

Incertidumbre jurídica: los riesgos del cambio legal

**Federico Escóbar
Rubén Ferrufino
Rolando Jordán
Pablo A. Rivero**



Fundación Milenio

ANÁLISIS

**INCERTIDUMBRE JURÍDICA:
LOS RIESGOS DEL CAMBIO
LEGAL**

Nº 12

Septiembre de 2011

Agradecemos el apoyo del Center For International Private Enterprise (CIPE) para la elaboración de los trabajos y de la Fundación Konrad Adenauer de Alemania para la publicación.

ANALISIS No 12

Incertidumbre jurídica: los riesgos del cambio legal

Primera edición, agosto de 2011

Autores: Federico Escóbar
Rubén Ferrufino
Rolando Jordán Pozo
Pablo A. Rivero
Equipo técnico de la Fundación Milenio

Asistente de investigación: Enrique Aranibar B.

Deposito Legal: 4-1-1939-11
Edición: Fundación Milenio
Tiraje: 500 Ejemplares

Fundación Milenio: Av. 16 de julio N° 1800, Edificio Cosmos, Piso 7
Teléfonos: (591-2) 2312788
(591-2) 2392341

Casilla Postal: 2498

Página Web: www.fundacion-milenio.org

Correo electrónico: fmilenio@entelnet.bo
milenio.bo@gmail.com

CIPE
Center For International Private Enterprise
1115 15 th. Streeth, N.W. Suite 700
Washington, D.C. 20005
www.cipe.org

Diseño e impresión: HOLDING servicios especializados
Teléfono: 2 494869
E mail: vladivc@hotmail.com

Impreso en Bolivia

CONTENIDO

PRESENTACIÓN	i
Mario Napoleón Pacheco	
SOBRE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE BANCOS	1
Rubén Ferrufino	
NUEVA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA MINERÍA	21
Rolando Jordán	
CONSIDERACIONES PARA LA REFORMA DE LA NORMATIVA LABORAL EN BOLIVIA	33
Rubén Ferrufino	
CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA NUEVA LEY DEL MEDIO AMBIENTE	51
Equipo técnico de la Fundación Milenio	
LEY DE TELECOMUNICACIONES ALCANCES, LÍMITES, PREOCUPACIONES Y PROPUESTAS A LA NORMATIVA, CON ÉNFASISTEN INTERNET	61
Pablo A. Rivero	
INVERSIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA	71
Federico Escóbar	

PRESENTACION

Cuando se "anuló" el D. S. 21060, a comienzos de mayo de 2011, las autoridades gubernamentales anunciaron que también suprimirían varias leyes de carácter económico que tienen vinculación con el referido Decreto en los ámbitos: minero, forestal, trabajo, bancos, inversiones y electricidad. A la fecha ningún marco legal de los sectores nombrados se ha modificado. Solamente se aprobó un nuevo marco legal para las telecomunicaciones y transportes, que inicialmente no estaban en la lista. También se conoce que se está trabajando en nuevas normativas en los ámbitos financiero, minero y laboral. En este contexto la Fundación Milenio ha apoyado la realización de varios trabajos y talleres para examinar las modificaciones en las normas de bancos, minería, laboral, medio ambiente e inversiones, con la finalidad de ofrecer a los tomadores de decisiones, empresarios, académicos y analistas, un conjunto de criterios que, consideramos, deben tomarse en cuenta en el momento de realizar los cambios en las leyes correspondientes.

Hemos solicitado a varios profesionales expertos en los temas que desarrollaron, que elaboren un documento que luego se sometió a un examen y discusión cuyas conclusiones sirvieron de insumos a los autores. El producto de este proceso, en cada uno de los temas, les ofrecemos en esta publicación.

Nuestro agradecimiento a cada uno de los autores y analistas que nos cooperaron en esta labor.

También damos las gracias al apoyo del Center For International Private (CIPE) y a la Fundación Konrad Adenauer (KAS).

Mario Napoleón Pacheco Torrico
Director Ejecutivo
Fundación Milenio

SOBRE LA MODIFICACION DE LA LEY DE BANCOS

Rubén Ferrufino*

Introducción

Uno de los sectores en los que se anuncian cambios normativos es el financiero. De acuerdo a declaraciones públicas de autoridades, con esto se estaría contribuyendo al cierre del ciclo neoliberal en el funcionamiento del sistema financiero en Bolivia. Son varios los ámbitos de la regulación donde se anuncian modificaciones y se han conocido posiciones de diversas autoridades, unas con competencia directa en la regulación financiera y otras no. Los medios de comunicación han difundido posiciones del Ministerio de Economía y Finanzas, así como de la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero ASFI, pero también posiciones de otras reparticiones como el Ministerio de Trabajo, respecto a los cambios normativos en el sistema financiero.

A efectos de la elaboración de la presente nota se ha investigado sobre la existencia de algún texto de propuesta de reforma de la Ley de Bancos; se ha consultado con varios sectores interesados en la materia y hasta la fecha de la elaboración del presente documento no se conoció un texto formal. En consecuencia, se ha trabajado en base a un recuento detallado y minucioso de estas declaraciones y lo que ellas denotan desde el punto de vista de la regulación del Sistema. Se ha identificado un conjunto de temas sobre los cuales existe ya debate y otros sobre los cuales algún actor ha mostrado interés (a través de declaraciones en los medios de comunicación). Igualmente se ha tenido contacto con gestores importantes del sistema financiero para capturar los temas que aquí se analizan.

El presente documento se organiza en tres secciones; la primera presenta un resumen de las tendencias internacionales en materia de regulación bancaria luego de la crisis (2007 a 2009) que afectó al sistema financiero, particularmente en los países desarrollados. La segunda hace un recuento de los temas en debate y presenta las preocupaciones que surgen en cuanto a las orientaciones que podrían tomar las nuevas regulaciones. Se presenta una descripción de lo que podría ser eventualmente la orientación de la nueva regulación y, donde corresponde, se alerta sobre las consecuencias positivas y negativas para el sistema. La tercera sección, que es la última, presenta el caso particular de la regulación de tasas de interés como un aspecto clave del debate entorno a esta reforma. En este caso el análisis es más profundo y se ofrece evidencia empírica y desarrollos teóricos para sustentar el análisis de las consecuencias de las posibles medidas en esta materia.

* Master en economía, con estudios en finanzas y pensiones. Fue profesor universitario y se desempeñó en cargos de jerarquía tanto en el sector público como privado en Bolivia. Fue funcionario internacional y consultor de organismos nacionales y multilaterales. Email: rubenferrufino@hotmail.com.

I. Tendencias internacionales en regulación bancaria

Luego de la última crisis financiera la orientación de las propuestas de reforma a la regulación se enfocaron en la necesidad de estabilizar los sistemas e implementar medidas preventivas para el largo plazo. En septiembre de 2010 el Grupo de los 20 aprobaron un nuevo paquete propuesto por el Comité de Supervisión de Basilea, mismo que se ha denominado Basilea III. Esta reforma exigirá a las entidades financieras que mantengan una porción mayor de su capital en forma de acciones ordinarias de terceros en sustitución de instrumentos híbridos. Adicionalmente se establece la necesidad de incrementar los requerimientos de capital y con ello reducir el impacto de la exposición a shocks de mercado. Basilea III incluye también nuevas reglas de liquidez que procure menos necesidad de las entidades de acudir al fondeo interbancario y que les permita cubrir los requerimientos de liquidez por al menos 30 días de manera autónoma. La propuesta es que las reglas de Basilea III se adopten gradualmente hasta el 2018.

En el ámbito europeo se promueve la puesta en marcha de fondos de rescate para entidades con problemas, mismos que se financiarán con contribuciones de las propias entidades. Por su parte, en los Estados Unidos la Ley Dodd Frank promulgada en julio de 2010 busca reducir situaciones en las que el gobierno tenga que rescatar entidades financieras. Esta norma incrementa requerimientos de capital e induce a que se constituyan mecanismos para que las entidades puedan seguir funcionando en potenciales crisis, sin acudir al Estado. Uno de esos principios es que las entidades desarrollen capacidades para poder amortiguar los ciclos económicos en sus operaciones. Se propone eliminar el concepto de Capital Tier III, se incluirá un nuevo indicador de apalancamiento más prudencial y se exigirá a las entidades financieras someterse con regularidad a exámenes de estrés.

Se establecen igualmente mecanismos para desincentivar el crecimiento excesivo de entidades financieras, de modo que se mitigue el concepto de "muy grande para caer" que hacía que el Estado se vea forzado a rescatar mega bancos. Se exige la conformación de "colchones de capital" que deberían ser usados para absorber pérdidas en periodos difíciles y la conformación de éstos podría limitar las políticas de distribución de dividendos.

Se ha reconocido que estas medidas pueden ralentizar algo el crecimiento económico, particularmente porque los mayores requerimientos de liquidez y capital implicarán una posible ampliación del spread de tasas de interés. Por su parte, estos requerimientos también van de la mano de un endurecimiento en la evaluación de riesgos, por lo que se prevé que el acceso al financiamiento sea más cuidadoso, pero también más restrictivo.

El consenso es que una mayor regulación manifestada a través de exigencias de capital y liquidez mejoraría la protección a los consumidores a la vez que aumentaría los requerimientos para dar financiamiento y como consecuencia aumentaría los costos de endeudamiento. Entre otras cosas se espera que la facilidad de los bancos para prestar fondos y créditos disminuya, aumentando así las exigencias dada una mayor aversión al riesgo por parte de las instituciones financieras.

En suma, la tendencia mundial es hacia sistemas financieros más capitalizados, mucho

más líquidos y menos apalancados. La constitución de provisiones, en ese escenario, representará porciones más grandes de los ingresos y por lo tanto, la política crediticia tenderá a ser más selectiva y la responsabilidad en las entidades por la calidad de la cartera será mayor. En ese tipo de contexto, las tasas de interés subirán hasta acomodarse a nuevos costos que genera un marco más duro de regulación. Pero también, las decisiones de colocación serán más autónomas en la medida que las entidades deben responder más pronto y con más de su capital, por las posibles pérdidas que se generen.

Finalmente, frente a un escenario de mayores requerimientos de liquidez lo natural es una migración hacia activos con tal característica y riesgo mínimo. Se anticipa un desplazamiento hacia títulos con garantía soberana lo que abre la interrogante sobre la ponderación de riesgo de este tipo de activos. Hasta ahora la ponderación ha sido la menor o cero, reflejando la seguridad de estos valores. Sin embargo, surge el debate frente problemas de déficit fiscal y más propiamente brechas en flujo financieros en gobiernos nacionales en países en desarrollo pero también desarrollados. Es cierto que toda garantía soberana se paga y que los Estados técnicamente no deberían quedar insolventes; sin embargo es un hecho que pueden ser ilíquidos y esta es justamente la contingencia que se quiere controlar. En tales casos, posiblemente se debería repensar la ponderación de riesgo de estas inversiones.

II. Temas susceptibles de debate

Existe un conjunto de preocupaciones en relación a la modificación de la norma financiera y en lo que sigue se presenta el desarrollo corto de todos estos factores. Se trata fundamentalmente de un recuento de iniciativas que han estado en discusión, han sido anunciadas o han generado interés normativo. No se hace una valoración exhaustiva de cada tema (con excepción del que se presenta en la siguiente sección) sino un análisis relativamente limitado por el espacio y relevancia en la presente publicación.

1. Constitución de entidades financieras

La aplicación de la normativa para la creación de entidades financieras ha sido de uso universal y todos los operadores (que fueron todos privados desde mediados de los 80) aspirantes a lograr una licencia o autorización han debido cumplir con los requerimientos de la Ley. En el marco del nuevo Estado que gestiona también entidades dedicadas a la actividad de intermediación financiera, existen las de segundo Piso como el Banco de Desarrollo Productivo (BDP) y entidades de primer piso como Banco Unión. En perspectiva es probable que en el futuro se gestionen nuevas entidades estatales y particularmente en el campo del financiamiento rural o de segmentos presumiblemente no atendidos por el sistema actual. Entonces, emerge la necesidad de que las normas para la conformación de entidades nuevas mantengan los niveles de rigor que ha tenido hasta ahora y no se produzcan exenciones para entidades estatales.

Es importante anotar que entidades, particularmente las llamadas Instituciones Financieras para el Desarrollo (IFD), han estado haciendo un importante trabajo en algunos sectores de clientes rurales y de bajos ingresos, de modo que resultaría relevante que la presencia de nuevas entidades estatales no vaya a afectar en la moral de pago u otras condiciones

en las que se ha trabajado durante años. Por ejemplo, existen iniciativas en áreas rurales donde tradicionalmente la cooperación había operado con donativos y transferencias, lugares donde es necesario promover el desarrollo agrícola no solo con crédito, sino con acceso a mercados, capacitación y asistencia técnica. El implantar un sistema de trabajo diferente a las donaciones ha sido un esfuerzo grande para cambiar aspectos culturales. Entonces, todos estos avances pueden verse afectados si de manera general se usa iniciativas financieras que NO reflejen costos y riesgos de mercado.

2. Operaciones en moneda extranjera

Expresamente existe una prohibición en la Constitución Política del Estado (CPE) para que entidades públicas operen en moneda extranjera. El artículo 326 del texto constitucional establece que las transacciones públicas en el país se deben realizar en moneda nacional. Si lo anotado significa que todas las operaciones del sector público deben ser en moneda nacional, ello implicaría que el Banco Central de Bolivia (BCB) no podría operar en moneda extranjera y eso traería consigo varios problemas como la administración de las Reservas Internacionales Netas (RIN) o en el caso más puntual para los bancos, la administración de encaje y fondo RAL. Entonces, de manera indirecta, si el BCB no puede prestar los servicios exigidos por la regulación como el encaje y otras reservas en moneda extranjera, de facto sucedería que los bancos privados no podrían gestionar pasivos ni activos en moneda extranjera. La otra interpretación más amplia en sentido que se cubre a todas las operaciones inclusive las privadas, obviamente dejaría al sistema sin la posibilidad de captar o prestar en moneda extranjera. Lo anterior puede responder a la clasificación de toda transacción bancaria como pública, debido a una naturaleza pública (de interés público) por razones diversas; por ejemplo para fines de control social y de transparencia. Cualquiera sea la interpretación el hecho es que se limita el uso de moneda extranjera en el sistema.

La dificultad con una redacción que cierra posibilidades es que eventualmente puede ser de interés del propio Estado y de la sociedad que existan alternativas. La experiencia del país ha mostrado que la recuperación de la base de ahorro nacional ha demandado en el pasado captaciones en monedas más duras y fuertes que la nacional. Particularmente el ahorro de largo plazo se ha conformado en moneda extranjera y a la vez, la posibilidad de que el sistema opere en moneda extranjera ha sido un factor que ha sido favorable a la construcción de RIN por parte del BCB luego de la crisis de mediados de los 80. La posibilidad de operar en moneda extranjera resulta relevante particularmente cuando se tiene un tipo de cambio nominal que se deprecia o cuando el nivel de reservas cambia de modo que comienzan a acumularse expectativas de devaluación. Lamentablemente no existe nada que pueda garantizar que lo descrito esté ausente de las posibilidades macroeconómicas en el futuro y por lo tanto, resulta más adecuado tener la ley abierta, lo que no impide que mediante reglamentos o directrices regulatorias se pueda direccionar en un sentido u otro la coyuntura.

No obstante lo señalado a favor de la libertad de operaciones en moneda extranjera y por supuesto la libertad cambiaria, cabe notar que en el pasado se ha llevado adelante una política preocupante en cuanto a la generación de pasivos en moneda extranjera y posiblemente este tipo de extremos deben ser motivo de regulación futura. Cualquier

cliente con saldos en moneda nacional podía convertir sin ninguna dificultad dicho balance a moneda extranjera. Para ello, no requería hacer un depósito usando monedas y billetes extranjeros. En la contabilidad de las entidades financieras se creaba un pasivo sin ninguna contraparte en billetes o monedas extranjeras. Se creaba la cuenta e inmediatamente figuraba como pasivo de la entidad el saldo que al tipo de cambio del día lograba generar el cliente.

De esa manera técnicamente se podía dar el caso de que todos los pasivos con el público se convirtan a moneda extranjera con la apertura de cuentas y operaciones meramente contables. Quizás un ejemplo hipotético un tanto extremo pueda ayudar a valorar el problema con lo descrito; en el límite, todas las entidades y todo el sistema podía haber realizado lo señalado y el problema surge con el siguiente posible resultado: la suma de todos los pasivos contables en moneda extranjera excede por mucho la suma de todos los billetes y monedas extranjeros efectivamente disponibles en la economía y por supuesto los que mantienen los bancos. En tal caso, el riesgo de dificultades de cubrir las obligaciones en moneda extranjera crece sin límites.

Fue muy fácil generar pasivos en moneda extranjera de modo que en el consolidado se llegó en cierto momento a lo descrito. Una cantidad de obligaciones en moneda extranjera que sobrepasó de lejos la disponibilidad de billetes en esa denominación. El riesgo llegó a ser grande y pudo poner al sistema en serio riesgo. En consecuencia, esta es una lección que merece atención, que puede pasar por regulaciones en materia de calce de monedas y otras disposiciones que habiendo un principio en la Ley, pueden bien ser desarrolladas en reglamento. Lo anterior, sin embargo, no guarda proporcionalidad con una medida de prohibición absoluta de operaciones en moneda extranjera, última que sería un exceso frente a la necesidad de control real del problema.

3. Política crediticia

En la materia se ha escuchado como orientación futura que se podrían establecer cupos sectoriales además de otros alcances como reducir o prohibir ciertos requisitos de gestión de riesgos. Por ejemplo, para ciertos tipos de créditos que no se requiera garantías reales.

El fijar cupos es equivalente a definir metas de cartera para el sistema y asumir de facto un escenario de cogestión de cartera. En tales esquemas se determina un mínimo de cartera en ciertos sectores; por ejemplo se puede definir que toda entidad financiera debe tener al menos un porcentaje en colocaciones en pequeños productores, cooperativas y otras organizaciones productivas. De hecho, la CPE en su artículo 47 se refiere a una asignación preferente de recursos financieros a favor de unidades productivas pequeñas, cuenta propias y gremialistas.

En el extremo se podría definir un cupo mínimo en empresas con vocación de desarrollo nacional (por ejemplo, si se define en ese sentido el crédito a empresas estatales). En esa línea se inscriben temas como la ponderación de riesgos para estas operaciones o los requerimientos para provisiones.

El problema de asignar cupos es que se está tomando decisiones de colocación desde el ámbito regulatorio o normativo. Entonces, no se podría exigir responsabilidad por la calidad de la cartera cuando los operadores (bancos) pueden argumentar con razón que fueron inducidos o presionados por la norma a colocar en sectores donde ya no existían condiciones de repago o donde los riesgos fueron muy elevados. Los cupos restan independencia y posibilidades de maximizar la combinación de riesgo - retorno. Frente a ello se puede argumentar que los bancos privados no tienen la visión de desarrollo y esta disposición apunta a incorporar este criterio. Puede ser cierto que, en general, los bancos carezcan de una visión de desarrollo (como los Bancos de Desarrollo o Fomento), pero el predominio de visión de retorno financiero permite que eventualmente se puedan transferir beneficios a los ahorristas y se acumulen recursos que también pueden fortalecer el patrimonio y con ello ampliar operaciones. Con ello se genera fortaleza y mayor cobertura. Por su parte, la visión de desarrollo bien puede ser implementada en las entidades financieras estatales que sí deben tener ese matiz en su misión.

Por otra parte, el fijar cupos puede generar un problema de deterioro de la calidad del crédito. Un cupo es una oferta de fondos prestables determinada y creciente en función de la expansión de la cartera o los activos (cuando se fijan como porcentajes de la cartera o los activos). Entonces, ello puede generar un exceso de oferta y necesidad de colocación, que eventualmente influya en la gestión del riesgo. Como existe una meta y el no cumplimiento tiene penalidad, entonces se asumen riesgos adicionales que no estarían presentes en un escenario de plena libertad de operaciones.

La otra posibilidad que preocupa es que para ciertos productos la norma flexibilice la política crediticia y por ejemplo se reduzca la exigencia de garantías. En el caso de algunas operaciones se podría determinar que no se exijan garantías de cierta naturaleza y sean suficientes otras de menor seguridad. En suma, que en un intento de flexibilizar el acceso al financiamiento se diluya la probabilidad de recuperación de los préstamos.

4. Política de reprogramaciones y cobranza

Determinadas contingencias en el pasado han inducido a situaciones de insolvencia o iliquidez en grupos de deudores. Eventos de desastre natural, contracciones repentinas de la economía como en 1999 y la emergencia de la mora, ha significado la conformación de asociaciones de deudores y otras organizaciones que han actuado en función de la coyuntura y los intereses de los afectados. En dicho contexto se ha ejercido presión para que se reprogramen deudas en base a criterios colectivos y ha sido cada vez más complejo para el sistema mantener el criterio de análisis y reprogramación individual de clientes. En ocasiones también se han presentado iniciativas desde el ámbito de autoridades de Estado. Frente a esto, es necesario que la ley refuerce el sentido de la responsabilidad única de la reprogramación en las entidades financieras, mediante proceso bilateral con el cliente y sin la participación o presión de terceros. Pero también es necesario que se den avances en la cobertura por contingencias que pueden afectar a muchos clientes mediante la ampliación de los seguros relevantes.

Frente a situaciones de mora las entidades tienen la obligación de recuperar los créditos y la tentación de la autoridad es influir en la política de cobranza. Existe un marco legal que define qué es posible hacer como acción de cobro extrajudicial y judicial. En ese marco, la acción reguladora debería apuntar a que se respete ese marco normativo y ninguna entidad se exceda. De igual manera, la autoridad debería velar que no se influya en el sentido contrario, debilitando la acción de cobro de las entidades acreedoras. El riesgo es que en un propósito de proteger al deudor se definan prohibiciones que hagan muy difícil la cobranza para las entidades. Por ejemplo, sería un problema que se limiten las acciones prejudiciales más allá de lo que hoy las leyes permiten pues ello induciría a llegar en la mayor parte de los casos a acciones judiciales que tienen costos significativamente mayores. Mayores costos de cobranza afectarían los intereses de la entidad pero también de los depositantes, cuyos recursos están comprometidos con los créditos en mora. Más complicado sería aún si es que se definen prohibiciones o asimetrías tratándose de deudores que son parte del sector público. Por ejemplo, empresas estatales deudoras con el sistema financiero, que por tener tal condición, quedan protegidas de algunas acciones de cobranza por parte de las entidades financieras.

5. Moral de pago

Este concepto tiene relación con la predisposición que tienen los clientes para amortizar capital e intereses en los plazos y condiciones pactadas. Cuando en el mercado crecen agrupaciones como Asociaciones de Deudores y otras organizaciones que cuestionan las operaciones bancarias, sin duda que la predisposición a pagar las deudas se debilita. Si de por medio existen problemas por los cuales los clientes sienten que han sido engañados, que no existe transparencia y se concretan abusos, la moral de pago se debilita más. No solo se trata de acciones de parte del Estado en sentido de reconocer a organizaciones que afectarán a la moral de pago, sino también acciones de las propias entidades financieras que pueden repercutir y generar el mismo problema.

Todas las partes deben contribuir a fortalecer la moral de pago y en ese marco, evitar problemas como los señalados. El propósito del fortalecimiento de la moral de pago debe ser transversal en todo el texto de ley que se vaya a proponer. Al respecto, se han visto declaraciones en las que se sugiere que el sistema premie por la puntualidad en los pagos a los mejores clientes; esta idea es positiva y es una muestra de lo que se puede hacer para fortalecer la moral de pago y en los hechos, todas las entidades han diseñado, a lo largo de los años, políticas en tal sentido.

Sin embargo, posiblemente estas y otras iniciativas dirigidas al fortalecimiento de la moral de pago deberían dejarse a decisión de las propias entidades y no fijarse en la nueva Ley. Las entidades han facilitado la calificación de nuevos créditos para clientes cumplidos, se han realizado sorteos entre los mejores clientes, se han dado premios individuales directos y menciones de reconocimiento. En fin, se han puesto en marcha una diversidad de mecanismos que cada entidad ha evaluado y calificado pertinente de acuerdo a la coyuntura y el mercado objetivo. Entonces, se debería dejar en libertad para que este proceso siga siendo flexible y de decisión interna de las entidades.

6. Transparencia y defensa del consumidor financiero

Durante los pasados años han sido crecientes los reclamos en cuanto a transparencia en las operaciones y particularmente en los costos para el consumidor financiero. Es absolutamente necesario reflejar el costo real para el cliente (tasa de interés implícita) y que este pueda elegir de un sistema que haga comparables los costos entre unas y otras entidades. En el pasado se han verificado casos en los que varios componentes de costos no han sido debidamente transparentados y ello ha generado controversias y mala imagen a las entidades. La concepción central debe ser que estos problemas debilitan al sistema y afectan a la moral de pago. En consecuencia, se genera la percepción de que existen abusos y eventualmente se percibe que las entidades establecen obligaciones importantes en la letra menuda o en otros formatos, para tomar ventaja de los clientes.

Aquí no se está afirmando que así sea la realidad. Lo que se está haciendo es alertar sobre percepciones que existen y pueden inducir a cambios en la normativa. Ahora, si la política sectorial es la absoluta transparencia, entonces en nada puede afectar que se modifique la norma en procura de este avance, el cual es importante para todo el sistema.

Por otra parte, también se presentan reclamos sobre los tiempos que pueden tomar algunas entidades para el procesamiento de préstamos. Al respecto, sin duda que pueden existir casos de clientes que se ven afectados por la extensión de plazos sin respuesta. Sin embargo, son más las desventajas que se generan al determinar plazos o límites de tiempo. Se debe partir del principio que a la entidad financiera le conviene colocar cartera lo antes posible; pero que también le conviene valorar lo mejor posible el riesgo emergente. Esto es también conveniente para el sistema y para los ahorristas. Entonces, poner plazos o tiempos límites no parece tener cabida en lo concerniente a la defensa del consumidor financiero. Es diferente exigir a las entidades el cumplimiento de plazos que ellas mismas fijen de acuerdo a su tecnología crediticia. En tal sentido, si una entidad define y anuncia al cliente que le tendrá una respuesta en un tiempo determinado, corresponde controlar que la entidad cumpla con ese plazo.

7. Auto seguro en el sistema financiero

El Artículo 330 de la CPE establece que el BCB no reconocerá deudas de la banca o entidades financieras privadas. Esto abre cuestionamientos sobre dos aspectos. El primero es si con esta redacción se está prohibiendo el rol de prestamista de última instancia que implícitamente suelen tener los bancos centrales. El segundo interrogante es si el BCB puede reconocer deudas de entidades financieras estatales (bancos estatales). La letra muerta significaría que no se elimina la competencia de prestamista de última instancia, lo que resulta positivo y no limita los derechos posteriores como acreedor a favor del BCB. Igualmente, implicaría que en el caso de Bancos Estatales, el BCB podría eventualmente llegar a reconocer deudas.

La realidad es que no se perciben situaciones de riesgo sistémico en el futuro cercano y que hagan pensar en una eventual participación del BCB. Por principio, es mejor que

el ente emisor no juegue ningún rol en estos escenarios y desde esa perspectiva la CPE es positiva en la materia. Ahora, en una hipotética situación de riesgo generalizado por cualquier factor, el costo de que la autoridad monetaria no diseñe y ejecute un plan es que el sistema colapse. Ahí se presenta un claro escenario de costo - beneficio (particularmente cuando el problema es liquidez y no solvencia patrimonial). En el pasado reciente, en países desarrollados los sistemas monetarios no solamente han diseñado paquetes de salvataje, sino que también han coordinado acciones entre ellos. Por ejemplo la Reserva Federal (FED) de EEUU y el Banco Central Europeo. En esta misma experiencia, luego de pocos meses de pasada la turbulencia, todos los bancos han reembolsado los recursos de préstamo recibidos en el pico de la tormenta.

En cualquier caso, resultaría un avance si se impulsa con la nueva norma la generación de un seguro de depósitos que se conforme bajo fiscalización del sector público, pero al interior de los operadores privados. Un seguro que sea operado por ellos y signifique una medida de seguridad que eventualmente beneficiará al propio sistema. Permanentemente se exigen incrementos patrimoniales en las entidades financieras como medida de resguardo. Este puede ser un mecanismo de seguro que distribuya costos de probabilidades de siniestros y sea menos onerosa para todos los participantes.

Con todo, es importante anotar que ningún seguro de depósitos tendría la capacidad de enfrentar una crisis sistémica. Para que eso suceda, los fondos acumulados en el seguro deberían ser muy cercanos al monto de las captaciones, situación que haría imposible la intermediación financiera.

8. Limitaciones a los flujos de capital

En la experiencia internacional la intervención de los sistemas financieros ha incluido entre sus propósitos evitar la salida de capitales de los países. Así, se han prohibido o limitado las transferencias internacionales, particularmente las salidas de capital. En otros casos también se ha limitado la llegada de capital, particularmente aquél denominado capital golondrina. En la teoría económica se han impuesto costos siguiendo conceptos como la "q de Tobín" para desincentivar las operaciones de corto plazo que incorporan volatilidad al sistema.

El resultado en todos los casos, a partir de restricciones, es que los flujos de capital dejen de llegar a la economía. La mejor señal para que los recursos paren de fluir al país es que si eventualmente llegan no podrán salir más. En otras experiencias se ha buscado proteger y evitar la salida de capital mediante prohibiciones y el resultado ha sido que los flujos se han reducido aún más. En tal sentido, si la norma estableciera limitaciones a operaciones de transferencias o giros, el capital de todas maneras encontrará la forma de salir.

9. Limitaciones a la distribución de la rentabilidad - mayor capitalización.

Sobre este particular la incomodidad surgiría del hecho que se pagan dividendos y luego los accionistas disponen de ellos con libertad. Muchos deciden llevar ese capital, que es totalmente privado, al exterior. Sobre este punto la tentación es exigir la capitalización

de utilidades y con ello lograr que una parte importante de las ganancias se quede en las entidades financieras. En los hechos esto implicaría subir el requerimiento de adecuación patrimonial, aspecto que de ocurrir debería ser para todos los operadores mediante un cambio en la norma para todos. Hacer ello, sin embargo, encarecería el crédito puesto que reduciría el apalancamiento, aspecto importante en la rentabilidad del sistema. Para compensar por ello, el sistema eventualmente podría incrementar tasas activas, reducir pasivas o buscar fuentes alternativas de fondeo (recursos externos más competitivos). La norma internacional fija el cociente de adecuación en 10 por ciento y la norma local también. Sin embargo, las entidades han mantenido voluntariamente una posición mayor a la requerida por la norma y ello también refleja la dificultad que existe en el sistema para colocar cartera.

La dificultad para expandir cartera no está vinculada a limitaciones en el sistema financiero. El sector real de la economía demanda poco financiamiento particularmente para actividades productivas y el subir la adecuación patrimonial implicará mayor seguridad para los depositantes por un lado, pero mayores dificultades para colocar cartera por el otro. Exceder la adecuación patrimonial más allá de su rol de defensa de las captaciones puede resultar económicamente ineficiente para toda la economía.

10. Bancarización obligada (expansión de agencias)

Es natural y legítimo el interés de la autoridad por ampliar la cobertura de servicios financieros a todo el territorio nacional. Igualmente sería interesante la llegada del crédito a todos los ciudadanos y en ese marco que se impulse la apertura de más agencias y oficinas en lugares distantes y rurales. Sin embargo, la presión para que ello suceda no necesariamente asegura buenos resultados. La especialización tiene ventajas importantes y vale la pena considerar esta solución. Hay entidades con capacidades, conocimientos y tecnología para llegar a ciertos segmentos de mercado. Por ejemplo, el crédito agrícola rural tiene particularidades en las que no todas las entidades financieras tienen experiencia y capacidad. Existen, en contraparte, entidades que están especializándose en este tipo de mercados y riesgos; están aprendiendo a controlar adecuadamente riesgos y reduciendo costos. Entonces, inducir a que todas las entidades se expandan en todas las direcciones y mercados no necesariamente es eficiente y al contrario, ello puede significar que los esfuerzos previos realizados por algunas entidades se vean negativamente afectados por las acciones obligatoriamente realizadas por otras. Por ejemplo, sobreposición de mercados y endeudamiento.

Resultaría más importante que las entidades financieras puedan proponer estrategias de ampliación de operaciones en el marco de evaluaciones técnicas que reflejen condiciones apropiadas para el efecto. Al ente regulador le interesa la expansión solo si esta no deteriora las operaciones y la calidad de los activos. Solo si los gastos administrativos asociados son razonables y no conducirán a un incremento de costos para los clientes. En suma, interesa una expansión o bancarización adicional, que sume a la fortaleza del sistema y no lo debilite.

11. Inversiones temporarias

Estas inversiones junto a las disponibilidades líquidas representan en gran medida la

oferta de fondos prestables. Son el potencial de expansión de la cartera y de financiamiento al sector productivo y por lo tanto deberían permanecer con características de rápida transformación en efectivo para realizar desembolsos a clientes. En el pasado reciente estas inversiones han crecido por los rendimientos comparativamente altos ofrecidos por el BCB en títulos de estabilización monetaria mediante las llamadas Operaciones de Mercado Abierto. El objetivo de estos títulos es regular la liquidez en el sistema y con ello contribuir a una política anti inflacionaria en la economía. La maduración de estos títulos regularmente es menor a un año, pero también son transables, de modo que con un descuento es posible acceder a liquidez en el corto plazo.

En general, la política de inversiones temporarias debería priorizar más la liquidez que el rendimiento en el portafolio. Por supuesto que deben ser inversiones con un grado importante de seguridad y ello se refleja conforme la norma en la ponderación de activos por riesgo. Más allá de ello, el criterio es que las propias entidades bancarias establezcan políticas de inversiones para estos recursos en el marco de los objetivos señalados. En consecuencia, son las propias entidades las que definen la estrategia de manejo de su liquidez temporal y las áreas de control interno como auditoría fiscalizan el cumplimiento de la norma. Por su parte, la Autoridad de Fiscalización también cumple con el deber de verificar que la entidad cumpla su propia norma, además de tomar conocimiento de estas políticas, de manera previa, para su registro.

El inducir a que estos recursos se dirijan hacia un tipo u otro de inversiones podría restar autonomía en el manejo de éstos y diluir el sentido de responsabilidad por estas decisiones. Por ejemplo, es claro que estos recursos no tienen un horizonte de largo plazo y no podrían financiar la compra de valores estatales con el fin de cerrar brechas en el presupuesto público. En todo caso, el argumento sobre el cual se basa es que no se intervenga en el manejo de las inversiones temporarias, menos dirigiéndolas a la compra de valores estatales.

12. Gastos de administración

La visión prevaleciente en la norma ha sido que desde el Estado no se deben regular componentes como los gastos administrativos, pues éstos están vinculados a la naturaleza del negocio al que las entidades llegan, la tecnología crediticia que define costos y otros aspectos propios de los factores de competitividad de cada entidad. Por ejemplo, el fijar techos puede resultar en que por los límites máximos no se pueda contratar personal que es importante para la estrategia y metodología crediticia, de modo que eso afecta la capacidad de gestión de las entidades.

Se asumió que el mercado regularía estos costos y que la competencia haría que las entidades se esfuercen por bajar gastos administrativos y en consecuencia, trasladen ese margen a tasas pasivas (para ampliar las captaciones); bajen la tasa activa para llegar a más clientes o una combinación de ambas cosas. No existe un estudio reciente que refleje que en efecto el mercado ha funcionado y ha sido un control eficiente sobre los gastos administrativos minimizándolos dada la restricción de que deben cubrir lo necesario para el funcionamiento de la tecnología. Sin embargo, tampoco existe evidencia de que ello no haya sucedido.

Existe, sin embargo, a nivel internacional la experiencia reciente sobre las compensaciones a ejecutivos en el mercado financiero más liberal del mundo: Estados Unidos. El tema de bonos y compensaciones a altos ejecutivos también se ha debatido en la Unión Europea a raíz de la crisis financiera de 2008. El Federal Deposit Insurance Corp (FDIC) junto a otros reguladores americanos como la Securities Exchange Comision están trabajando en límites a los bonos y el diferimiento en el pago de éstos por al menos tres años, luego de concluida la relación contractual entre los bancos y sus ejecutivos.

En general, lo que se requiere es el desarrollo de una industria bancaria sustentable en el largo plazo y en ese sentido se ha propuesto en esas experiencias eliminar bonos o compensaciones de corto plazo (anuales) que inducen a la toma innecesaria de riesgos. Peor aún, cuando estos incentivos son grandes, el resultado en el tiempo puede ser la toma de riesgos altos en la búsqueda de la retribución o premio anual (por ejemplo participación sobre utilidades o bonos por desempeño del año). Puntualmente el plan del FDIC responde a la Ley "Dodd-Frank financial overhaul law" de 2010, que encarga a los reguladores la incorporación de planes de retribución que no estimulen riesgos de corto plazo sino compensaciones contingentes con resultados de mayor plazo y se considere también por la calidad de los activos en un mayor horizonte de tiempo. Este fue uno de los principios que se acordaron en la reunión de 2009 en la que el Grupo de los 20 (20 economías más grandes del mundo) se juntaron para sintonizar medidas para enfrentar la crisis que estallo a finales de 2007 y 2008.

13. Adecuación patrimonial para Instituciones Financieras de Desarrollo (IFD)

Las autoridades regulatorias han decidido que deben existir instituciones financieras con vocación particular para promover el desarrollo nacional y que esta vocación se expresaría, entre otras cosas, en su carácter no lucrativo. Al presente existen entidades sin fines de lucro conformadas mediante el código civil como fundaciones, ONG's y otras. La idea de la autoridad es mantener este tipo de entidades y al tiempo limitar la formación de entidades tradicionales como sociedades anónimas en la forma de Fondos Financieros Privados y Bancos (posiblemente existe evidencia de que el mercado podría saturarse si ingresan muchas más entidades). En ese marco, las actuales entidades que tenían planificado su crecimiento mediante una migración hacia una sociedad mercantil tienen un importante problema.

La mayor parte sino todas las IFD no tienen accionistas. Algunas de estas entidades han desarrollado patrimonio pero insuficiente frente a las oportunidades de expansión y masificación de operaciones. Bajo la forma de IFD's no tienen capacidad para captar recursos del público y requieren de una ruta crítica clara para poder evolucionar y tener capacidad de ofertar productos en el pasivo y ser sujetas de mayores alcances en la fiscalización.

En dicho proceso la actual ley no prevé la forma en la que se tratará un problema importante respecto a la estructura propietaria y las perspectivas de ampliar capital para poder apalancar más recursos y expandir la cartera de préstamos. Siendo entidades sin accionistas y puesto que no pueden convertirse en mercantiles, se requiere idear la solución para que se pueda contemplar algún mecanismo de aportes de capital

adicionales que permitan que el patrimonio pueda crecer no solamente por la acumulación de resultados (ganancias) de gestiones previas. Caso contrario, la posibilidad que tendrán estas entidades para crecer con mayor rapidez será limitada.

En el pasado estas entidades han decidido conformar sociedades anónimas nuevas a partir de aportes conformados por la cartera de préstamos generada durante su periodo de operación como entidad sin fines de lucro. Así, se han incorporado nuevos accionistas y se ha ampliado capital. Sin embargo, al presente parece existir poca disposición regulatoria para que surjan nuevos FFP's o bancos.

Sobre el particular es importante señalar que la misión y vocación de desarrollo no la define la estructura legal de la propiedad sino la visión de los accionistas y propietarios de estas entidades. Si una entidad IFD se convierte en S.A. y para ello incorpora inversionistas institucionales locales o extranjeros, cuya misión es social y de desarrollo y se define además en los estatutos procesos complejos y de super mayorías para cambiar el giro o vocación institucional, poco importa si dejó de ser ONG o Fundación para convertirse en S.A. Existen, además, otros mecanismos que puede el regulador poner en funcionamiento. El primero es la valoración de los accionistas y una suerte de visto bueno respecto al perfil de los nuevos accionistas. Un segundo aspecto es que en el pacto de accionistas o el instrumento correspondiente se fije el compromiso de respetar el giro y la vocación de desarrollo de la entidad. Tercero, es posible que producto de todo lo anterior exista un compromiso para limitar el pago de utilidades (dividendos) por un determinado periodo de tiempo y con ello impulsar el crecimiento patrimonial y apalancar el impacto de fomento en estas entidades.

En suma, el problema es que la ley actual no prevé un mecanismo para que las IDF puedan ampliar su capital sin dejar de ser tales. Este problema, sin solución, conduciría a la postergación de estas entidades.

14. Microcrédito y financiamiento del comercio

Bolivia ha desarrollado amplia experiencia en la industria del microcrédito y a lo largo de décadas de operación la evidencia más fuerte es que se ha financiado con fuerza particular el comercio y la importación de productos, muchos de consumo. En el tiempo resultaría importante desde el punto de vista macroeconómico que la cartera de microfinanzas en actividades de transformación productiva se incremente. Ello reflejaría mayor capacidad innovadora, valor agregado y empleo para varios eslabones de cadenas productivas que serían fuente de empleo. Sin duda que este tipo de actividades no rotan capital a la velocidad del comercio y por lo tanto requieren de mayor plazo y condiciones de costo de financiamiento más acorde a procesos de crecimiento empresarial donde la mayor parte del flujo se reinvierte para lograr mayor crecimiento. La ley debería contemplar estos propósitos y establecer los incentivos para que el microcrédito pueda moverse hacia el equilibrio descrito.

Por naturaleza los costos del microcrédito son altos y ciertamente estos son recursos difícilmente compatibles con la descripción típica del flujo de una actividad productiva en crecimiento. Tasas altas y plazos relativamente cortos no son sostenibles con una

empresa pequeña o mediana en expansión acelerada y en el mejor de los casos éstos recursos pueden financiar capital de operaciones mas no capital de inversiones. La literatura ha descrito este tipo de incompatibilidad con el denominativo de "valle de la muerte" donde se estudia el impacto de los pasivos exigibles en una organización productiva que tiene que enfrentar el dilema de crecer rápido para llegar a punto de equilibrio o usar su flujo para amortizar deuda y postergar su crecimiento, lo que eventualmente la lleva a acumular pérdidas que comprometen el patrimonio.

En función de lo descrito es necesario que la ley permita opciones para combinar capitales para llegar en las condiciones adecuadas a cada caso. Los recursos de corto plazo y alto costo de las microfinancieras deberían poder combinarse con recursos de otras fuentes con mayor plazo y menor costo "blending" con orígenes diversos, entre ellos del Estado, a través de sus actuales y futuras entidades financieras de desarrollo.

Por otra parte, la misma concentración en actividades comerciales (que se explica en las limitaciones de plazo y costo) ha generado en el pasado situaciones en las que determinados usuarios han tomado ventaja del sistema microfinanciero para canalizar recursos hacia actividades irregulares de importaciones. Estos factores de riesgo deben ser contemplados en la Ley de modo que se proteja al sistema microfinanciero. Pero también, desde una perspectiva más amplia corresponde alinear todos los elementos de política para frenar actividades que dañan la producción nacional y destruyen empleo en sectores que son desplazados por las importaciones ilegales.

15. Estructura propietaria y gobierno corporativo en otras entidades

A lo largo de los años de vigencia de la actual Ley de Bancos se han presentado vacíos frente a retos muy importantes sobre la estructura de propiedad y el gobierno corporativo en entidades como las cooperativas y las mutuales de ahorro y préstamo para la vivienda (por citar dos ejemplos). En esencia, el patrimonio de estas entidades se ha generado con los aportes de los ahorristas vigentes pero también con los aportes de ahorristas del pasado (muchos ya no vivos). De ahí emerge una de las complicaciones en cuanto a la asignación de derechos en calidad de asociados y la conformación de la gobernanza en estas entidades. La nueva ley debería considerar principios claros en cuanto al tratamiento de estos casos, y entre ellos, procesos de transformación en sociedades anónimas u otras formas de propiedad que permitan el crecimiento más dinámico de ellas, de modo que puedan lograr mayor impacto en sus espacios de operación. Por ejemplo, mayor alcance frente a crecientes necesidades de soluciones habitacionales de interés social.

III. Tasas de interés

En esta sección se trata con mayor detalle la discusión sobre los niveles de tasas de interés, la libertad para que éstas puedan ser fijadas por el mercado o la alternativa de que puedan ser fijadas por regulación estatal.

Toda intención de regular o fijar tasas de interés, sobre la base de sustento técnico, debería partir de la constatación de que el mercado financiero no es eficiente fijando este precio. Es decir, el mercado no funciona. ¿Por qué puede ser que no funcione?

Porque existen comportamientos que se distancian de la competencia y entonces se tiene un esquema de monopolio, oligopolio o algo similar; por ejemplo colusión en la determinación de tasas de interés entre los actores del mercado. En consecuencia, la decisión de fijar tasas desde el Estado debería sustentarse en evidencia empírica que muestre que en efecto existe algún comportamiento no competitivo y por lo tanto, el trabajo de funcionarios públicos encargados de fijar tasas en la economía, sería una mejor asignación que la del mercado.

Para los años recientes no se conocen estudios que muestren, para la realidad boliviana, evidencia contundente de comportamiento no competitivo en la banca y peor aún, análisis estadístico formal que sugiera acuerdos de oligopolio. Entonces, ¿cuál sería la base técnica para la intervención estatal en la fijación de tasas de interés? Es posible que existan otras motivaciones nobles como la justicia, equidad, solidaridad, la reciprocidad u otros conceptos que no son parte de la teoría en la determinación de tasas de interés, pero ahora son parte de los principios que la CPE ha incorporado para el funcionamiento del sistema financiero. En lo que sigue solo se trabaja en lo técnico económico puesto que los otros alcances citados son más difíciles de valorar objetivamente y se desconoce la manera cómo estos podrían incorporarse en un marco conceptual formal en la materia.

Las tasas de interés son un precio central en la economía y reflejan la abundancia o escasez relativa de capital. Cuando son altas, éstas atraen capital al país y a las propias entidades financieras, de modo que la oferta de fondos prestables se incrementa y con ello bajan las tasas de interés. Lo contrario ocurre cuando de inicio son bajas. Los agentes incrementan sus opciones de inversión; frente a tasas más bajas varios proyectos se hacen más rentables y el capital enfrenta un costo de oportunidad menor. En lo formal, se usan tasas de descuento menores para la valoración de la rentabilidad de proyectos, de modo que el Valor Presente Neto y la Tasa Interna de Retorno se hacen más atractivas. Así, los recursos migran y los ahorros bajan; se contrae la oferta de fondos prestables, lo que en el tiempo puede significar una subida gradual de las tasas de interés. Entonces, existen mecanismos propios que regulan las tasas y tienden a corregir excesos o déficit de fondos.

Posiblemente uno de los sectores más difíciles de controlar es el financiero. Los capitales se mueven de muchas maneras y ciertamente es muy difícil retenerlos de manera coercitiva. Cuando las tasas de interés en un país son fijadas por la autoridad y eventualmente estas tasas tienen un techo, si existen valores mayores fuera de las fronteras, el resultado será que el capital encontrará la forma de salir del país donde las tasas son reguladas. En consecuencia, la fuga de capitales significará que al nivel de las tasas reguladas simplemente no existirá oferta de recursos para financiar cartera. Por otra parte, es imposible pensar que en la actualidad se pueda definir un esquema de tasas de interés y que éste se mantenga aislado del mundo, de modo que no pueda ser influenciado por el contexto internacional. Simplemente eso ya no es posible en esta época.

Pero además de reflejar algo tan importante como la abundancia o escasez relativa de recursos financieros, las tasas de interés reflejan la valoración de las opciones de riesgo en el tiempo. La teoría de la estructura intertemporal de las tasas de interés refleja

justamente esto y hace que tasas para periodos más largos puedan ser más altas debido a mayor incertidumbre o más bajas por mayor seguridad y menores costos de reinversión (liquidar posiciones y buscar otras alternativas, lo que denota riesgos y tiempos muertos para el capital).

También las tasas reflejan expectativas en cuanto a la evolución de otras variables centrales como la inflación y la depreciación. Tasas nominales más altas estarían incorporando mayor percepción futura de subida de precios, aspecto que al menos en el corto plazo puede significar un mecanismo automático de regulación. Mayores tasas nominales pueden encarecer el crédito y conducir a una menor expansión de la cartera en el inicio de periodos inflacionarios, de modo que esto contribuye a la estabilidad de la economía. Entonces, funcionan como un estabilizador automático al menos en el corto plazo.

En definitiva, las tasas de interés son una variable relevante y determinante de las decisiones de ahorro e inversión en la economía. Altas tasas desincentivan la inversión y estimulan el ahorro. En contraste, bajas tasas hacen exactamente lo contrario. En ambos casos, los niveles iniciales se mueven de modo que se induce gradualmente a un equilibrio entre ahorro e inversión en el largo plazo. La pregunta es si la fijación de tasas por parte de un ente regulatorio o normativo superará la suma de todas las decisiones en los mercados y en consecuencia, tal decisión de escritorio será más efectiva que la suma de miles de operaciones de agentes que construyen los equilibrios en el mercado financiero.

El proceso de fijación de tasas de interés hace que desde la perspectiva del regulador, quien bien puede estar motivado por la búsqueda de la igualdad y la justicia entre otros valores importantes, se defina niveles bajos para la tasa activa y niveles altos para la tasa pasiva (contraer el spread). Así, se beneficiaría a los ahorristas pagándoles un retorno más alto y también a los prestatarios, haciéndoles más barato el crédito.

Cuando las tasas de interés se reducen por decisión reguladora, éstas pierden otra característica importante que es la capacidad automática de selección de proyectos. A una determinada tasa, sólo un número de proyectos son rentables y capaces de pagar los costos del endeudamiento. Si se baja la tasa por decisión política, entonces el resultado es que muchos más proyectos pueden acceder a financiamiento. Hasta ahí todo bien. Sin embargo, al lograr que se abra una puerta más grande, sin duda muchos proyectos malos lograrían financiamiento y en definitiva eso podría significar un deterioro de la calidad de la cartera de crédito, aspecto que incidiría en el conjunto del sistema y su sostenibilidad. Las tasas ya no ayudarían a seleccionar los mejores proyectos en función de la protección a los depositantes que son los que reciben una parte importante del flujo de las colocaciones.

La intención de regular tasas podría sustentarse, entre otras cosas, en la presunción de que éstas son altas (las activas por ejemplo) y por tanto impiden el acceso a financiamiento de muchos sectores. El punto es que en los hechos no todos tienen la capacidad de endeudamiento idéntica y no todos son elegibles de crédito. Al final del día, el crédito es positivo solo cuando uno tiene la posibilidad de usar el dinero prestado

en la generación de mayores ingresos para repagar la deuda. Bajo esas condiciones el crédito es una bendición, pero bajo otras es solo deuda que se debe amortizar y además pagar un interés. Entonces, en el último caso la deuda se convierte en una maldición.

En los años recientes las tasas de interés han bajado en el país y la cartera no ha crecido de manera proporcional. Los niveles de tasas activas han sido los más bajos vistos en muchos años y no por ello la demanda de crédito ha crecido de manera importante. La oferta de fondos prestables ha crecido de manera acelerada, hecho reflejado en el abultado saldo de las inversiones temporarias y disponibilidades en el sistema. Tampoco por ello la cartera ha crecido de manera acelerada. Entonces, lo que la propia realidad del país refleja es que la ampliación del financiamiento no es un problema de tasas y tampoco de escasez de recursos. Son otros los factores que limitan la inversión privada y en consecuencia la demanda de financiamiento.

Por otra parte, si las tasas pasivas se elevan, entonces para la mayoría de los agentes resultaría mucho más interesante ahorrar antes que invertir. Si se piensa en el extremo absurdo para graficar mejor este argumento, todos decidirían ahorrar y ganar algo comparable a lo que ganarían invirtiendo. Solo que en el primer caso no hace falta hacer nada sino sentarse a esperar el devengamiento de intereses y cobrar. La pena, sin embargo, es que los bancos no tendrían capacidad real de pagar esos intereses si nadie invierte y en consecuencia no tienen ingresos financieros por cartera de préstamos.

El nexo entre el desarrollo de los sistemas financieros y el crecimiento económico ha sido ampliamente estudiado en el pasado por la ciencia económica. Varios estudios coinciden en señalar la existencia de una correlación entre el nivel de profundización financiera de una economía (reflejada como el cociente de la cartera del sistema respecto del PIB) y el nivel de ingreso. Sin embargo, la identificación de los canales mediante los cuales el desarrollo del sistema financiero puede tener efectos sobre el sector real o viceversa siguen siendo motivo de un amplio debate académico, el cual ha dado origen a muchos trabajos teóricos y empíricos. Un interesante recuento de la literatura relevante está disponible en los trabajos de Levine (1997) y Auerbach y Siddiki (2004).

En el cometido de lograr mayor profundización financiera, muchos países han adoptado políticas a favor de una mayor liberalización financiera con la eliminación de barreras a la entrada de entidades extranjeras en los mercados financieros locales, así como la supresión de controles a las tasas de interés. La implementación de este tipo de políticas en varios países del mundo ha encontrado soporte teórico en los trabajos pioneros de Mckinnon y Shaw (1973), que mostraron que la presencia de mecanismos de represión financiera resultan en un racionamiento del crédito, ineficiencia en la asignación de recursos y bajo crecimiento.

En contraparte, la intervención gubernamental directa en el sector financiero ha sido justificada como un mecanismo para promover los procesos de industrialización en sectores estratégicos y garantizar la protección al consumidor de servicios financieros de cobros excesivos por parte de las entidades que prestan estos servicios. Los mecanismos utilizados por las entidades gubernamentales para ofrecer productos

crediticios con bajas tasas de interés han incluido la creación de programas con tasas fijas por norma, así como la participación de entidades bancarias estatales en el mercado financiero con el objeto de presionar tasas a la baja (usualmente tasas subvencionadas). Hacia finales de los 80 muchas economías usaban límites a las tasas de interés. Los resultados con estas políticas han sido mixtos en el mundo. Algunos países han tenido resultados positivos transitorios, particularmente donde de inicio no existía el menor grado de competencia en la industria financiera. Demetriades y Luintel (2001) y Crotty y Lee (2002) muestran que los techos funcionaron en Corea del Sur en aquellos años. Sin embargo en la mayor parte de estas experiencias los resultados fueron el racionamiento del crédito y la desestabilización de los sistemas financieros tal como se refleja en el trabajo de Demetriades (2008). Finalmente, en este breve recuento de la literatura y la evidencia empírica corresponde citar el trabajo de Capera, Murcia y Estrada (2011) que explora la relación entre un límite superior a las tasas de interés y la profundización financiera en América Latina para el período 1980 y 2008. Los autores exploran a través de una aplicación del modelo clásico de Stiglitz y Weiss, 1981, el efecto negativo que puede tener la existencia de dicho límite sobre el nivel de crédito en la economía y los posibles efectos que podría generar el aumento o eliminación de dicho límite. Los resultados que ellos encontraron indican que la presencia de un límite restrictivo a las tasas de interés está asociada con un menor nivel de profundización financiera en América Latina para el período considerado.

Para cerrar algo de evidencia empírica sobre Bolivia; usando datos de la segunda parte de la década de los 80 y los primeros años de la década de los 90, Ferrufino (1993) encontró evidencia parcial de conducta oligopólica mas no evidencia de colusión en el sistema bancario de aquella época. Ese sistema financiero emergía de la crisis de la hiperinflación y de la debilidad institucional en materia de supervisión que por muchos años había quedado en manos del BCB. Desde entonces mucha agua corrió bajo el puente y sin duda se fortaleció - hasta cierto momento - la capacidad de regulación y supervisión independiente. Así, para el periodo más reciente que cubre hasta 2007, Díaz Quevedo (2011) concluyó que los datos para el sistema financiero boliviano no reflejan conducta oligopolica o colusiva. Al contrario, el autor sostiene que los datos evidencian que "la competencia en el sistema habría aumentado en los últimos años".

Estos importantes resultados fueron presentados por el autor en un especial evento organizado por el BCB el presente año. El autor además cumplía funciones en esta entidad durante el tiempo de la investigación, aunque aclaró pertinentemente que sus opiniones no reflejan la posición institucional. Con todo, este es el trabajo más reciente y relevante para la coyuntura en esta materia y muestra que desde el punto de vista técnico habrían pocos argumentos para fijar tasas de interés el sistema financiero.

Bibliografía

Auerbach y Siddiki (2004) Financial liberalisation; Economic development; Finance and growth, *Journal of Economic Surveys*, Volume 18, Issue 3, pages 231-265, July 2004.

Capera, Murcia y Estrada (2011). Efectos de los Límites a las Tasas de Interés sobre la Profundización

Financiera. Reporte de Estabilidad Financiera, Banco de la República, Colombia, 2011.

Crotty, James y Lee, Kang-Kook: (Is financial liberalization good for developing nations?: The case of South Korea in the 1990s). *Review of Radical Political Economics*, 2002, 34(3), pp. 327 - 334. ISSN 0486-6134. doi: DOI:10.1016/S0486-6134(02)00174-2.

Demetriades, Panicos O. y Luintel, Kul B.: (Financial restraints in the South Korean miracle). *Journal of Development Economics*, 2001, 64(2), pp. 459 - 479. ISSN 0304-3878. doi: DOI:10.1016/S0304-3878(00)00146-2.

Demetriades, Panicos; Du, Jun; Girma, Sourafel y Xu, Cheng-gang: (Does the Chinese Banking System Promote the Growth of Firms?)

WEF Working Papers, 2008.

Díaz Quevedo (2011). Estructura de mercado del sistema bancario Boliviano. Banco Central de Bolivia. La Paz - Bolivia.

Ferrufino, Rubén. "El mercado bancario boliviano". *Análisis Económico*, Vol. 7, pp 53-95 UDAPE. La Paz - Bolivia.

Levine, Ross: (Financial Development and Economic Growth: Views and Agenda). *Journal of Economic Literature*, 1997, 35, pp. 688-726.

Mckinnon Ronald y Shaw Edward (1973): (Financial Deepening in Economic Development).

Stiglitz, Joseph E. y Weiss, Andrew: (Credit Rationing in Markets with Imperfect Information), 1981.

NUEVA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL PARA LA MINERIA

Bases para una minería artesanal y comunitaria. Hacia la generalización de la minería informal y el minifundio minero

Rolando Jordán*

Introducción

Este artículo es un análisis de las cuestiones sustantivas del proyecto de reforma del código de minería, los aspectos adjetivos o procedimentales se deja pendiente como objeto de análisis a los profesionales especialistas en la ciencia y praxis del derecho. La versión en borrador corresponde a la presentada por los proyectistas del Ministerio de Minería en octubre del 2010.

El autor es economista e intenta valorar el contenido y alcance, de los objetivos de política de la presente reforma, su correlato con el estado y evolución de la industria minera, su coherencia conceptual, instrumentos técnicos y racionalidad, de los profundos cambios que se pretende introducir en esta reforma.

En general, a lo largo de más de dos siglos de tradición jurídica minera, en Bolivia se constata la existencia de una gran estabilidad en las reglas del juego y del conjunto de las instituciones que han gobernado la forma de adquirir, transmitir y ceder derechos mineros. Destaca en todo este tiempo, su carácter dominial, en el sentido que es del dominio originario del estado el suelo y el subsuelo con todas sus riquezas naturales, las aguas lacustres, fluviales y medicinales, así como los elementos físicos susceptibles de aprovechamiento.

Desde mediados del siglo XIX, el código de minería ha sido objeto de sólo cuatro reformas profundas, esta sería la quinta reforma fundamental del código. Cuarenta años promedio de vigencia para cada cuerpo de leyes y regulaciones de la actividad minera. En todos los casos, las reformas fueron el resultado de la presión de los hechos que habían evolucionado y necesitaban una adecuación del marco jurídico e institucional a una nueva realidad que la minería estaba experimentando.

La primera reforma de la legislación colonial adaptó las leyes heredadas de la corona española a la nueva realidad republicana, fue el producto combinado del choque de normas e instituciones feudales que impedían la emergencia de un proceso de transformación productiva en medio de una crisis de productividad que paralizó las actividades mineras por más de un siglo. La legislación minera colonial estaba destinada a explotar selectivamente y con tecnologías intensivas en uso de mano de obra una riqueza mineral abundante que afloraba en la superficie. Al comienzo "cosechar" la

* Economista, docente en la UMSA y la Universidad Privada de Bolivia. Es director del Centro de Estudios de Minería y Desarrollo (CEMYDE).

riqueza mineral requería mínimas condiciones necesarias para que el azoguero minero, el español o crillo dedicado a explotar los recursos minerales, por cuenta de la corona y en virtud de encomiendas reales, tenga acceso a mano de obra gratuita y abundante y a los elementales insumos necesarios para extraer y beneficiar minerales de plata y oro (coca, pólvora, mercurio, callapos, herramientas e instrumentos básicos y de las pastas de plata) . En lo esencial: el acceso a mano de obra gratuita, bajo un sistema de explotación y/o exterminio poblacional, llamado la mita y que fue heredado de los incas y adaptado a las necesidades del azoguero minero. Pero el objetivo central de todo el sistema de producción y distribución del excedente y renta minera, no puede ser otro que obtener una renta minera y que debía ser obligatoriamente pagada al dueño de todos los recursos en el suelo y subsuelo, existentes en las áreas coloniales, en este caso la corona española.

Así es como surge y se mantiene por más de 400 años el sistema económico estatal de tipo feudal, denominado proteccionismo estatal de la corona española en virtud del cual el estado real y sus funcionarios eran los únicos autorizados a realizar las transacciones de compra-venta de todas estas mercancías y proveer a los azogueros mineros para la realización de su actividad productiva. El monopolio estatal real del comercio exterior, tenía en los denominados estancos estatales (propiedad y control estatal absoluto de la producción, rescate y comercialización).

El sistema colonial de producción y comercialización de monedas de plata se estructuraba alrededor de tres instituciones reales estatales: Las Casas de Contratación de Cádiz y Sevilla, el Banco de San Carlos y la Casa de Moneda de Potosí. Los ejes de la política económica colonial fueron: el sistema del trabajo de la mita, la entrega obligatoria o monopsonio estatal en la compra de pasta de plata y la exportación de monedas de plata.

La minería transcurrió en crisis durante los primeros dos tercios del siglo XIX hasta 1872 cuando se diseñó una política económica de ajuste estructural destinada a frenar en seco el proceso inflacionario y el diseño de un nuevo modelo macroeconómico liberal, cuyos ejes centrales fueron:

- 1 Libre exportación de minerales de plata.
- 1 Eliminación de la mita y adopción del salario como medio de contratación de mano de obra.
- 1 Estabilidad macroeconómica sustentada en la eliminación de emisión de moneda feble.
- 1 Inserción al mercado internacional de capitales.

Se puede atribuir el proceso de transformación en la minería más al nuevo contexto macroeconómico que al marco legal e institucional. Las reformas de la legislación minera de los años 40's en el siglo XIX, se limitaron a adaptar la legislación colonial al nuevo estado republicano. Mantuvo el sistema de concesiones mineras y sus instituciones,

sólo se reemplazó al Rey por el débil Estado Republicano. En lo fundamental se mantuvo el sistema que norma la obtención, conservación y extinción de derechos mineros.

Bajo un contexto macroeconómico abierto, liberal y amigable, no sólo fue posible abatir la inflación, sino que el Estado boliviano pudo establecer un conjunto de reglas del juego y señales que permitieron la inserción de la minería boliviana al mercado internacional de capitales, que dieron inicio a su desarrollo capitalista, transformo su estructura productiva, ingresando, vía uso de la energía a vapor y tecnologías nuevas con economías de escala, a la fase de concentración o beneficio de minerales a través de plantas de concentración de minerales complejos de plata.

La minería de la plata no solo pudo acceder a la modernidad, sino que a la par de este salto tecnológico e histórico, pudo sortear con éxito y un alto crecimiento de la producción y productividad al derrumbe de los precios de la plata que siguió al abandono del bimetalismo oro/plata en 1872.

Por otra parte, las innovaciones introducidas en el proceso de producción minera y la modernización de la infraestructura y los servicios, posibilitaron y facilitaron una exitosa transición de la minería de la plata hacia el estaño desde fines del siglo XIX.

I. El código Saavedra de los años veinte

En opinión de la mayoría de los especialistas en derecho minero, el código Saavedra fue la culminación exitosa de un proceso de auge que sólo fue interrumpido por la emergencia de la Gran Depresión de fines de los años treinta.

El auge económico de la minería del estaño fue impulsado por un ambiente de precios de mercado en ascenso hasta 1927. Fueron los altos precios los que estimularon las altas rentas mineras y no a la inversa. El auge minero pudo desplegarse en un ambiente de creciente escases de mano de obra, lo que tuvo que ser resuelto dadas las presiones al alza de salarios, con una mecanización apresurada de las operaciones mineras.

En todo caso el auge, un producto de la modernización de técnicas y procedimientos mineros y en concentración, que se atribuye a la minería de la plata del último tercio del siglo XIX y a las altas rentas y precios del estaño, procesos que culminaron con una moderna legislación minera: el código Saavedra.

La principal innovación introducida por el código Saavedra no fue en el ámbito sustantivo que se mantuvo en lo esencial sobre la base del dominio del Estado sobre el suelo y subsuelo y la institución de la concesión minera como un derecho privado condicionado al cumplimiento de la obligación del pago de una patente minera y la demostración de que existe trabajo, donde si se introduce cambios es en materia procedimental. En efecto, la concesión minera otorgada por el Estado es un acto administrativo, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones y procedimientos, pero la presencia de controversias y observaciones al procedimiento de adjudicación de una concesión minera, debían ser resueltas en el ámbito judicial.

En materia tributaria, aunque establece como principal instrumento de contribución al impuesto a las utilidades de las empresas mineras, su escaso o bajo impacto sobre las recaudaciones del fisco determinó que fuera combinado con una regalía o impuesto a la exportación, totalmente acreditable al primero.

En todo caso el ambiente de amplia libertad de empresa y libre entrada y salida del mercado de minerales y servicios, posibilitaron un proceso de concentración y centralización de la propiedad en tres grandes grupos mineros: Patiño, Hoshchild y Aramayo, que dominaron el ámbito de la propiedad minera, la producción y la comercialización de minerales y concentrados frente a una débil o inexistente función reguladora del estado.

La emergencia de la Gran Depresión significó un freno a este proceso de prosperidad minera orientada a los mercados externos. La caída de los precios y la introducción de políticas de regulación de la oferta a partir de la conformación de un "pool" de empresas productoras de estaño a nivel mundial, impusieron frenos a este proceso y condiciones para la aplicación de regulaciones donde el débil Estado no tenía arte ni parte.

A partir de 1930 a las ya viejas contradicciones entre la burguesía minera y la clase terrateniente en pugna por las rentas mineras, se incorpora de manera vigorosa los sindicatos y la clase media que hacen carne del reclamo de la sociedad por una contribución fiscal mayor y una presencia mayor del Estado.

A las viejas disputas por mano de obra libre, entre terratenientes y empresarios mineros que nunca fueron resueltas mediante reformas democrático burguesas, como la eliminación de la servidumbre, se sumaron las presiones por un nacionalismo surgido de la guerra del chaco que se manifestó en las reformas del llamado socialismo militar.

El eje de las disputas por la renta minera se trasladó del ámbito tributario al de la distribución interna de la cuota de exportación asignada a Bolivia, cuota cada vez más reducida que debía ser distribuida entre los productores internos. Recordemos que la cuota de exportación fue la respuesta de la industria privada mundial del estaño al creciente exceso de oferta mundial de estaño y para restablecer el equilibrio del mercado y evitar que los precios sigan cayendo en picada.

En principio este mecanismo operó a favor de la concentración y los 3 grandes barones del estaño. A partir de finales de los años treinta el Estado intermedió distribuyendo la cuota en función de la producción, lo que permitió consolidar el predominio de la gran minería. Un esfuerzo importante para diversificar, modernizando y capitalizando la producción de la minería chica y mediana, fue el realizado por la cooperación económica de los EE.UU. En efecto misiones técnicas y de cooperación financiera permitieron desarrollar y crecer a varias empresas pequeñas, muchas de capital norteamericano. En este tiempo y en el esfuerzo por representar estos intereses emergentes, nace la Asociación Nacional de Mineros Medianos, el año 1937.

La creación del Banco Minero para el rescate y compra de minerales a precios y condiciones más competitivas, fue otro esfuerzo por mellar el monopolio en la compra de minerales, donde Hoshchild ejercía cierto monopolio.

El marco jurídico establecido por el código Saavedra, fue lo suficientemente flexible y liberal como para cobijar este conjunto de cambios institucionales y en la propiedad. Inclusive, este marco jurídico, dada su amplitud, no fue necesario modificarlo y menos eliminarlo luego de la nacionalización de la gran minería y la creación de la Corporación Minera de Bolivia (COMIBOL). La nacionalización y la creación de la COMIBOL fue realizada mediante decretos supremos que mantuvieron su vigencia complementando al código Saavedra, hasta el nuevo código Barrientos de 1965.

II. El código Barrientos de 1965

El código Barrientos de 1965, reconoce y llega a concordar un conjunto de disposiciones dispersas, a nivel de decretos supremos, que regulaban la existencia y funcionamiento del Estado en la industria minera boliviana en los ámbitos de la producción y comercialización de minerales.

Reconoce y legisla a la COMIBOL como la entidad encargada de la administración de las concesiones y activos nacionalizados en el año 1952. En un afán de protección establece, lo que a la larga sería un chaleco de fuerza que impedía su crecimiento, modernización y eficiencia: la declaración del carácter inalienable e imprescriptible de los yacimientos y activos nacionalizados. La política de diversificación y desarrollo hacia adentro, que permitió aquel proceso de sustitución de importaciones en el ámbito de los productos alimenticios, fue posible gracias a los recursos que en la forma de rentas fiscales y divisas baratas, fueron aportadas y extraídas de Comibol, para dar lugar al nacimiento de una nueva burguesía agroindustrial a partir del Estado.

No es ninguna casualidad que su incorporación al código de minería se dé recién en 1965, en pleno proceso de crecimiento y rentabilidad en la administración estatal minera a través de la COMIBOL. Tuvieron que pasar los años en los que el trasiego de recursos desde la COMIBOL hasta las tierras bajas del oriente y hacia la empresa estatal de hidrocarburos: YPFB, se realizaba con la descapitalización de la minería y gigantescos déficits financiados con el impuesto inflación. La consolidación de la COMIBOL, no solo como financiador del proceso de diversificación económica hacia el oriente y los hidrocarburos, sino como empresa capaz de generar excedentes y rentas, sólo fue posible luego que se abandonaron las ideas del Estado protector social y empezó una incipiente cultura empresarial minera estatal orientada a la eficiencia y la rentabilidad. Esto se dio precisamente en el período 1964-1969 y el código de minería, lo que hace es formalmente reconocer este importante rol de la Minería Estatal en una nueva estructura institucional de la minería boliviana y en su rol en el desarrollo nacional.

Para ello tuvo que aplicarse un programa de estabilización económica, un plan de rehabilitación y las medidas de mayo que permitieron crear esta incipiente cultura empresarial en el estado y con mucho éxito porque fue la base del mayor y sostenido crecimiento de la economía boliviana de 1964-1969.

Una innovación del código Barrientos fue la introducción del moderno régimen de regalías mineras a partir del reconocimiento de tres sectores de producción minera: COMIBOL, Minería Mediana y Minería Chica y Cooperativas. En efecto, la regalía se establece

como un impuesto del 38 por ciento sobre la utilidad presunta que se calcula como la diferencia del precio al momento de realizar la exportación minera y el costo de producción minera que fue fijado en los tres niveles en que se clasificó la industria minera. En los hechos llegó a ser un impuesto sobre la utilidad presunta de cada subsector minero. El costo unitario más alto era para la Minería Chica, luego venía el costo para la COMIBOL y finalmente un costo menor para la Minería Mediana.

Al mismo tiempo reconoce, dentro la nueva estructura institucional de la minería, la existencia de instituciones de servicios como Geobol, Instituto de Investigaciones Minero Metalúrgicas y la entidad encargada de la administración de concesiones mineras a partir de su unidad: la pertenencia minera equivalente a una hectárea.

III. El código de minería de 1997

El código de minería de 1997 es un retorno a los principios y fundamentos del código Saavedra. Al igual que todas las reformas anteriores respondieron a la necesidad de adecuar la legislación a los cambios en la estructura productiva que desde la década de los años setenta se fueron tímidamente produciendo particularmente en el ámbito de la minería privada.

Los primeros esfuerzos orientados a ingresar a una nueva minería a cielo abierto empiezan en la Minería Mediana, en los años setentas, con la introducción de la draga de Estalsa y de Dragalines en Comsur para la explotación de yacimientos de estaño de baja ley en depósitos de tipo aluvial. El bajo nivel de inversión en exploración y reservas limitadas en estos depósitos limitaron el alcance de estos cambios y la duración de estas operaciones.

El verdadero cambio ocurre a mediados de los años ochentas, luego del derrumbe del precio y mercado del estaño que obligó a la Minería Mediana a abandonar la minería del estaño por falta de rentabilidad. Allí se plantea la necesidad de incursionar hacia las economías de escala y a introducir nuevas tecnologías de extracción y concentración de minerales, mediante procesos de inversión que apostaban a la necesidad de desarrollar una nueva minería polimetálica y la Gran Minería.

Estos emprendimientos para modernizar y diversificar la producción minera desde la minería tradicional del estaño, wolfram y antimonio hacia la minería polimetálica de complejos de zinc, plomo y plata y hacia la nueva Gran Minería a cielo abierto del oro y la plata, quizá no habrían tenido el impulso necesario en ausencia del nuevo marco de apertura macroeconómica iniciado con el DS. 21060, que empezó siendo un típico programa de ajuste estructural anti inflacionario y en función de la profunda crisis de precios de los minerales tradicionales, derivó en un conjunto de reformas estructurales orientadas a impulsar profundos cambios en el ámbito de la minería privada.

Los principales cambios tecnológicos introducidos apuntaban a fuertes inversiones en exploración y desarrollo en yacimientos de potencial geológico que no se disponía en la minería mediana, pero sí en la COMIBOL, es caso de los yacimientos polimetálicos ubicados en el Cañadón Antequera. Por otra parte, la innovación hacia la nueva gran

minería recibe un impulso a partir de la inserción del capital nacional con el mercado internacional de capitales. Este es el caso de Inti Raymi, donde con una inversión cercana a US\$ 180 millones se ingresa en la era de la minería a cielo abierto y la lixiviación a base de cianuración para el tratamiento de minerales de oro de muy baja ley.

Reformas parciales en la legislación minera fueron introducidas en 1991, que apuntaban básicamente a la introducción del contrato de riesgo compartido como una relación temporal para un objeto determinado, entre dos empresas, pero que no genera una sociedad mixta entre COMIBOL y potenciales inversionistas privados para incorporar capital, tecnología y capacidad empresarial, en yacimientos que fueron nacionalizados en 1952, pero bajo la modalidad de contratos para objeto específico y sin comprometer un cambio en la propiedad de los yacimientos en manos del Estado.

Aunque el ambiente de los precios de las materias primas en el mercado internacional presentaba un panorama de bajos precios, el desafío a la sobrevivencia vía mejoras sustanciales en la productividad y competitividad, fue el estímulo para realizar inversiones muy importantes en el sector privado. Entre los años 1992-1997 ocurre la crisis asiática, Bolivia se incorpora al mercado internacional de capitales de riesgo con la presencia de más de 50 compañías "junior" captando recursos en las bolsas de Canadá y EE.UU. Realizaron inversiones de riesgo en prospección y exploración para la el desarrollo de nuevos depósitos masivos de baja ley. Es en este contexto que se desarrolla, a partir de 1994 el proyecto San Cristóbal y asimismo el de San Bartolomé. En ambos casos, durante la década de los años noventas se realizaron inversiones de riesgo en exploración financiadas con "equity" (ahorro interno de la empresas) y captaciones de recursos mediante la venta de acciones.

El nuevo código de minería del año 1997, no hace otra cosa que traducir en el ámbito jurídico un conjunto de transformaciones que ya se estaban dando en el ámbito productivo desde los años setentas.

Sólo así se puede entender una de las principales innovaciones introducidas como es la de concebir a la concesión minera (pertenencia o cuadrícula) como un derecho real distinto al de la propiedad del predio en que se encuentra, como un bien inmueble, transferible y transmisible por sucesión hereditaria y que puede constituirse sobre ella hipoteca y ser objeto de cualquier contrato. La concesión minera es concebida como un derecho real condicionado al pago de una patente anual. Así la reserva positiva como resultado de un proceso de inversión y preproducción minera y que es el resultado de una inversión de alto riesgo en prospección y exploración, tiene un valor como activo real y financiero en tanto constituya la base para la generación de un Valor Actual Neto que es necesario maximizar.

La Cuadrícula Minera como unidad de medida de la concesión minera (25 hectáreas) y su incorporación dentro de la Carta Geográfica Nacional y la celeridad y certidumbre del procedimiento simple y expedito para adquirir, conservar o transferir derechos mineros, forma parte esencial de las garantías de seguridad jurídica a la gran inversión necesaria para la consolidación y crecimiento de la minería polimetálica y la Gran Minería.

Forman parte, también de este ambiente de seguridad jurídica el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas a la consulta previa establecida en la Constitución Política del Estado y el Convenio 169 de la OIT.

Asimismo, el establecimiento de un sistema de patente única con escala progresiva referida a la antigüedad de la concesión, es un instrumento eficaz para evitar la acumulación y engorde de concesiones mineras improductivas. Su defecto quizá fue partir de una base muy baja y no efectivizar el mecanismo de indexación, decisión política que el administrador del Estado y la legislación convalidó su incumplimiento. La distribución descentralizada de la recaudación de las patentes establece que un 30 por ciento beneficia al municipio donde se encuentra la concesión minera y el 70 por ciento para el sostenimiento del sistema del Servicio Técnico de Minas, la Superintendencia de Minería y el Servicio Geológico de Minería.

La incorporación del contrato de riesgo compartido como una asociación temporal y por objeto determinado entre el Estado y el inversionista privado, para posibilitar capital, tecnología y capacidad empresarial necesarias para el desarrollo de las propiedades nacionalizadas en 1953.

El principio del desarrollo sostenible de la minería se aplica en el código de 1997 cuando se establece que las actividades mineras deben realizarse con sujeción a la Ley del Medio Ambiente y sus reglamentos. Se pretende que la internalización de los costos ambientales a nivel de las empresas mineras se realice mediante estándares o límites de contaminación permisibles y licencias ambientales a ser obtenidas administrativamente y controles administrativos que permitan asumir al concesionario minero las responsabilidades derivadas de los flujos de contaminación generados y asimismo de los pasivos ambientales, cuando el concesionario no delimita mediante un estudio de evaluación ambiental y deslinda las responsabilidades sobre pasivos ambientales.

Un exceso que refleja el sesgo ideológico que inspiraba el proceso de reformas estructurales, es la limitación, innecesaria a mi juicio, a las actividades de la Corporación Minera de Bolivia. El código establece que sólo puede cumplir la función de administración de las propiedades nacionalizadas en 1952, a través sólo de la firma de contratos de riesgo compartido y contratos de arrendamiento, estableciendo la prohibición a realizar las actividades mineras por cuenta propia. Este exceso inducido por la pretensión de adjudicarse en condiciones discrecionales las propiedades mineras fue injusta y grosera, habría bastado establecer que al igual que cualquier empresa privada pueda realizar actividades mineras a condición de generar excedentes mineros.

Finalmente el régimen tributario minero establece la incorporación de las actividades mineras al régimen general de impuestos sujeto al pago de un Impuesto Complementario Minero (ICM) en reemplazo del tradicional régimen de regalías mineras. Este sistema establece la vigencia del principio de acreditabilidad del ICM contra el impuesto a las utilidades debiendo pagar el operador minero el mayor de los dos impuestos al final de cada gestión anual.

El ICM es un impuesto establecido sobre la base de un porcentaje que es función lineal del precio de mercado y que fija límites mínimo y máximos de tributación para cada

mineral o metal producido y/o exportado y que se paga al momento de exportar los minerales. Establece asimismo un tratamiento de excepción para las ventas al mercado interno consistente en el pago del 60 por ciento del ICM cuando las transacciones de compra venta se realizan en el mercado interno.

El código de minería de 1997 establece un sistema de distribución del ICM descentralizado y que beneficia únicamente a las prefecturas departamentales donde están ubicadas las concesiones mineras.

IV. El proyecto de reforma del código de minería de octubre de 2010

A diferencia de las anteriores reformas de la legislación minera, el proyecto presentado por la administración gubernamental actual, no pretende adecuar el ámbito legal a una nueva realidad productiva minera, por el contrario, al postular un fundamento y procedimientos estatales para adquirir, mantener y transferir derechos mineros exactamente opuestos al contenido y filosofía liberal del código de minería de 1997, parece pretender transformar la base económica de una minería moderna privada a otra estatal a partir de cambios en la legislación y la superestructura jurídica.

Por tanto, más que un conjunto de normas y reglas del juego que regulen los derechos de los sujetos mineros, el proyecto termina siendo un régimen de uso y aprovechamiento estatal de los recursos mineros para beneficio del pueblo boliviano.

El cambio fundamental radica en que luego de ratificar que la propiedad de los recursos naturales existentes en el suelo y subsuelo son de "dominio directo, indivisible e imprescriptible del pueblo boliviano; su administración corresponde al Estado en función del interés colectivo" (Art.5), elimina la institución centenaria de la concesión minera y la reemplaza por el contrato minero y las licencias.

A este efecto clasifica el territorio nacional en tres áreas: Reserva Fiscal, Área Minera de Aprovechamiento Estatal (AMAES) y Área Minera de Aprovechamiento por Particulares (AMAP).

Por tanto el principio que rige el uso y aprovechamiento de los recursos minerales es que el Estado tiene el derecho de uso y aprovechamiento de los recursos minerales, a través de empresas estatales o mixtas; y otorga derechos de uso y aprovechamiento a particulares a través de contratos y licencias.

Consecuentemente, las áreas otorgadas mediante contratos mineros son intransferibles, inembargables e intransmisibles por sucesión hereditaria. Todos los recursos minerales son declarados como estratégicos y "de interés público para el desarrollo del país y del pueblo boliviano" (Art.12).

Otros principios y objetivos prioritarios que de forma declarativa se mencionan en el proyecto son:

- 1 La protección del medio ambiente.
- 1 La prospección y exploración minera.
- 1 El carácter estratégico de la industrialización.
- 1 El desarrollo tecnológico.

Estos objetivos son indiscutibles para cualquier estrategia, sin embargo, que se puedan alcanzar mediante un control centralizado y rígido por parte del Estado, en una base productiva caracterizada por su heterogeneidad estructural, tamaño y capacidad de gestión y considerando las enormes deficiencias y falencias que el Estado muestra en cuanto al conocimiento del inventario de los recursos mineros, la escasez de capital humano, ausencia de infraestructura de información, medios técnicos y limitaciones a nivel del gasto público necesarios para el seguimiento y supervisión de los contratos, todo ello nos mueve a sostener que son objetivos de carácter meramente declarativos sin ninguna posibilidad de alcanzarlos dado que el cómo y cuándo aparecen muy difusos y poco realizables.

Los sujetos de derechos mineros son las personas naturales o jurídicas, estatales, privadas o sociales, nacionales o extranjeras, que tengan capacidad jurídica para ser titulares de derechos y contraer obligaciones establecidas en el marco normativo vigente.

30

El ejercicio de estos derechos se realizará a través, exclusivamente, de la negociación y firma de las siguientes modalidades contractuales:

- 1 De prospección y exploración, y,
- 1 De uso y aprovechamiento de recursos minerales.

Estos contratos sólo pueden ser negociados y suscritos por el Estado representado por el Ministerio de Minería y Metalurgia y particulares, en áreas de aprovechamiento privado (AMAP). Estos contratos para tener validez deben ser aprobados individualmente por la Asamblea Legislativa del Estado plurinacional.

Las Empresas Estatales, la Corporación Minera de Bolivia, entre otras, están excluidas de la obligación de adquirir derechos a través de contratos. Sin embargo, en la realización de sus actividades mineras pueden negociar y suscribir las siguientes modalidades contractuales con el sector privado en las áreas de aprovechamientos estatal (AMAES):

- 1 Contratos de asociación: al parecer corresponden a los contratos de riesgo compartido por el cual el Estado representado por una empresa estatal puede contratar la realización de todas o parte de las actividades mineras con el sector privado, sin comprometer la propiedad del Estado sobre los yacimientos mineros. En estos contratos la participación del Estado en la Utilidades no debe ser inferior al 51 por ciento y un representante Estatal debe necesariamente presidir el Directorio.

- I Contratos de operación: son contratos de servicios o subcontratación parcial o total de servicios por parte de una empresa estatal con una empresa privada.
- I Contratos de arrendamiento: en virtud de la cual la empresa estatal permite a la Cooperativas el acceso al desarrollo de actividades mineras en las AMAES.

El proyecto de código de minería establece que dentro de un plazo perentorio, los derechos pre constituidos por pertenencias o por cuadrículas, deben ser convertidos (adecuarse sostienen) a la modalidad contractual correspondiente, bajo sanción de caducidad de los derechos pre constituidos, en caso de incumplir el plazo que se establezca.

Las Cooperativas Mineras gozan de un tratamiento preferencial para hacer valer sus derechos pre constituidos. Este tratamiento les permite la vigencia indefinida y sin condiciones adicionales de sus contratos de arrendamiento pre existentes, siendo la única causal de extinción de sus derechos la falta de pago de los derechos de vigencia (Art. 91).

Por otra parte, en un esfuerzo por preservar las recaudaciones por patentes mineras, el proyecto establece un extraño régimen de licencias mineras cuyo pago por parte del cualquier sujeto de derecho minero, le faculta a realizar dichas actividades mineras.

El proyecto de código mantiene las previsiones del código de 1997 respecto a la Consulta Pública y al Medio Ambiente.

En la política tributaria es donde el proyecto intenta algunas innovaciones que parecen resultar de una evaluación crítica de las reformas introducidas en la Ley aprobada el año 2008. En efecto, la estructura y naturaleza del régimen tributario propuesto, nuevamente corresponde, con algunas variantes, al establecido en el código de 1997. Consiste en la incorporación de la minería al Régimen General de tributación al impuesto sobre las utilidades acompañada de un impuesto ciego sobre el precio bruto sujeto a una escala que parte de una tasa mínima y crece porcentualmente hasta alcanzar la tasa máxima.

Recordemos que en el código de minería del año 1997, se introduce el principio de acreditabilidad del impuesto a las utilidades sobre la regalía minera denominada Impuesto Complementario Minero (ICM) al termino de la gestión fiscal anual, debiendo pagar el productor minero el mayor de los dos impuestos. En la reforma del 2008 respondiendo a la presiones fiscales vigentes en el actual gobierno, elevaron la tasa del impuesto a la utilidad de las empresas mineras del 25 por ciento general hasta el 34.5 por ciento y limitó el ámbito de aplicación del principio de acreditabilidad cuando los precios son bajos y la suspende cuando los precios del mercado superan a ese precio de referencia para cada mineral.

El efecto recaudación generado por el mayor impuesto sobre las utilidades no fue superior al obtenido con la tasa anterior más baja, lo que llevó a los proyectistas a volver al impuesto general del 25 por ciento sobre utilidades, pero a crear en cambio un

impuesto adicional sobre utilidades sólo para las empresa grandes con ventas superiores a Bs. 210 millones anuales (US\$ 70 millones). Pero no se corrigen los factores que hacen a la rigidez de la regalía que deja de captar ingresos para el Estado cuando los precios son muy elevados y al contrario, obliga al productor minero a pagar impuestos cuando está incurriendo en pérdidas.

Una evaluación de los aspectos sustantivos del proyecto de código de minería nos muestra que el Estado abre un abanico muy amplio de discrecionalidad en cuanto al contenido y alcance de cada contrato que el Estado negocie con particulares o Cooperativas. En efecto, dado que ningún yacimiento es igual a otro en cantidad y calidad de reservas (que habitualmente no se conocen por ausencia de inversiones de riesgo en exploración), tamaño, ubicación del yacimiento, la negociación de las bases del contrato se realizará en un ambiente de ausencia de información y estará marcado por un alto grado de improvisación y discrecionalidad. La ausencia de medios técnicos, presupuestarios y de capital humano en el Estado (Ministerio de Minería y Metalurgia) determinarán la imposibilidad de llevar delante de manera mínimamente eficiente, las labores de seguimiento y control en la negociación y cumplimiento de los contratos a ser suscritos.

Una primera estimación nos muestra que el Estado tendría que negociar al menos 10,000 contratos con el sector privado y las Cooperativas. Para hacerlo, tendría que multiplicar el tamaño de la burocracia del Estado y multiplicar esfuerzos y recursos para dotar de los medios técnicos y humanos necesarios para llevar adelante estas tareas. Lo más probable, es que sea un cuello de botella en el proceso de adecuar u obtener derechos mineros y que todo ello se desarrolle un ambiente de amplia discrecionalidad, improvisación y corrupción.

El principal problema del proyecto de código de minería es su carácter esencialmente teleológico, en la medida que se pretende transformar por ley la naturaleza moderna y privada de la producción minera en otro escenario de tipo estatal y muy burocratizado. La constatación de los bajos niveles de inversión pública en minería, frente al carácter privado e inmensamente superior de la inversión privada que ha sustentado el proceso de modernización y diversificación de la estructura productiva minera en las últimas tres décadas, nos dicen lo contrario.

CONSIDERACIONES PARA LA REFORMA DE LA NORMATIVA LABORAL EN BOLIVIA

Rubén Ferrufino*

Introducción

Luego de la aprobación del nuevo texto constitucional y frente a la necesidad de adecuar las leyes al mismo, se ha anunciado la elaboración de 8 proyectos de ley que además serían el instrumento por el cual se de sepultura al D.S. 21060 y las bases neoliberales de la economía. Una de esas leyes tiene relación con el trabajo y sustituiría a la Ley General del Trabajo de 1942. Al momento de la elaboración del presente documento se conoció un texto de proyecto de nueva ley que habría sido discutida y en alguna medida concertada entre el Organo Ejecutivo y los trabajadores (Central Obrera Boliviana) durante la gestión 2010. Se trata de un documento que consta de 123 artículos y 12 títulos, el último de ellos bajo la denominación de "Disposición Especial". De acuerdo a algunos antecedentes, este texto habría sido motivo de trabajo entre las partes señaladas en 2010. Se habría llegado a cierto consenso en los primeros 51 artículos. También habría sintonía en los artículos 58 al 96 y no habría ningún tipo de acuerdo en los artículos 52 al 57. Este texto tiene una estructura muy parecida sino igual a la de la vieja ley laboral.

El mencionado texto servirá de base para la discusión que aquí se presenta. Sin embargo, más que hacer comentarios sobre este texto, que en definitiva puede variar antes de su aprobación, se presentarán principios que se consideran pertinentes y deberían ser parte de la discusión. De inicio se adelanta que la principal característica de una eficaz normativa laboral es su equilibrio y su capacidad de promover el desarrollo de nuevas fuentes de empleo, balanceando los derechos y obligaciones de las partes. El empleo se genera en entidades productivas donde son parte ambos, empleadores y trabajadores. Por lo tanto, se requiere una visión integral de la unidad productiva (empresa, cooperativa, etc.) antes que confrontacional entre trabajadores y empleadores. Sin duda que la ley debe proteger al trabajador por su condición de dependiente y vulnerable. Sin embargo, también debe balancear los intereses que hacen que las fuentes de trabajo persistan en el tiempo y se amplíen; al final, el trabajador tiene tal condición mientras existan las fuentes de empleo.

El empleo es central, pues la economía no tiene relevancia por sí misma sino por el resultado que genera en lo social. Es decir, por el bienestar y prosperidad que puede producir para los habitantes de un país. Resulta que uno de los mecanismos de entrega de ese bienestar es el empleo y la remuneración. Entonces, la normativa que regula

* Master en economía, con estudios en finanzas y pensiones. Fue profesor universitario y se desempeñó en cargos de jerarquía tanto en el sector público como privado en Bolivia. Fue funcionario internacional y consultor de organismos nacionales y multilaterales. Email: rubenferrufino@hotmail.com.

estos dos objetivos debe ser de la mayor calidad y eficiencia en el conjunto de normas económicas y sociales. La ley debe procurar el mayor alcance y cobertura (ser universal). En tal sentido, una ley de trabajo que no se ocupe del grueso de los trabajadores que prestan servicios en la informalidad y no tienen NINGUNA protección sería incompleta. Peor si su alcance efectivo es una fracción pequeña de la población ocupada, como sucede con la formalidad en Bolivia.

La Ley General del Trabajo debe sentar las bases para lograr, en el marco de una estrategia y con gradualidad, incorporar la mayor cantidad de trabajadores hoy desprotegidos. Este marco normativo debería establecer principios y directrices para que luego, mediante decretos reglamentarios y programas específicos concebidos bajo el paraguas de la Ley, se pueda avanzar hacia una mayor formalidad. Se trata de un delicado equilibrio donde la sola imposición de la Ley significaría la desaparición de empleadores informales y con ellos fuentes de trabajo importantes para la sociedad. En gran medida la informalidad, particularmente la de subsistencia, es un problema económico por el cual unidades productivas son incapaces de asumir los costos de la formalidad pues ello les significaría la quiebra. Entonces, la ley debe reconocer primero i) la existencia de empleo informal desprotegido; ii) debe sentar las bases para lograr avances hacia una solución en ello y iii) debe considerar que cuanto más onerosa es a formalidad también mayor será el trabajo informal y por tanto, mayor el trabajo sin ninguna protección.

I. Las características requeridas de una nueva ley laboral

Al igual que en otras regiones del mundo, en la Bolivia de los últimos 30 años el trabajo se ha convertido en un bien cada vez más escaso. Desde la óptica económica neoclásica se concibe al trabajo como otro bien sometido a las fuerzas del mercado. Así, existiría una oferta laboral conformada por el conjunto de ciudadanos que requieren trabajar, y una demanda conformada por las unidades productivas, el Estado y otras organizaciones que demandan trabajadores. Frente a lo anotado cabe señalar, sin embargo, que el mercado de trabajo en Bolivia ha mostrado ser absolutamente desequilibrado, al punto que la visión neoclásica de la economía parecería no tener cabida en la descripción del mismo. Se trata de una situación de permanente exceso de oferta, y por lo tanto, alto desempleo y bajas remuneraciones.

Lo más grave en el país es la falta de fuentes laborales, el subempleo y la baja productividad del trabajador (limitada capacitación), lo que hace que acceda a inadecuada remuneración. El permanente exceso de oferta genera un mercado asimétrico donde los trabajadores son tomadores pasivos de condiciones que establecen pocos empleadores. En perspectiva esto puede agudizarse en los próximos años y en ese contexto, la Ley del Trabajo debe proteger y sancionar excesos. Pero igualmente importante o quizás más, es que la Ley sea un instrumento que impulse y facilite la creación de empleo desde el ámbito de su competencia.

El trabajo es una necesidad antes que una mercancía; sin embargo, aún cuando el concepto no sea agradable para la mayoría, la realidad es que existe un mercado laboral desequilibrado y socialmente injusto. En los últimos años la carencia de trabajo ha

significado la mayor tasa de migración al exterior del país y la mayor incidencia de hogares disueltos. Es cierto que el objetivo normativo es defender el trabajo, pero en el camino no puede desconocerse que la generación y permanencia del trabajo depende de la economía y de las condiciones que se establecen para el desarrollo de unidades productivas.

Entonces, a diferencia de la visión parcial que solo enfatizaba en los derechos del trabajador (que inspiró la ley de 1942), el análisis contemporáneo debería integrar la necesidad de lograr también condiciones para proteger e impulsar la producción y las unidades generadoras de empleo. El mercado de trabajo¹ ha evolucionado desde 1942 en muchos sentidos. Para empezar, un paso importante ha sido reconocer la importancia del capital humano en el desarrollo de las naciones y es en función a ello que las normas ya no son laborales sino de desarrollo de recursos humanos.

En el país lo más relevante ha sido el surgimiento agresivo de la pequeña unidad productiva, como respuesta a la necesidad de autoempleo o empleo familiar en pequeña escala. En ese ámbito usualmente informal, no predomina la Ley ni los principios fundamentales del trabajo digno. Es en ese amplio espacio donde se produce el empleo infantil y donde se posterga algo tan importante para el desarrollo humano y la economía, como es la formación en base a educación y salud.

La estabilidad laboral no depende de la existencia, rigidez, o exclusivamente del sentido protectivo de la norma. En el sector productivo de cualquier país el trabajo depende del éxito de la unidad productiva en lo general y de la capacitación y pertinencia de la educación para la generación de valor, en lo particular. En los mercados formales no basta la calidad de la educación sino la consonancia que debe tener ésta con las vocaciones productivas de los países y hasta sus regiones internas. Entonces, el empleo tan importante para el bienestar, depende de la capacidad de conjuncionar mano de obra, capital y otros factores, de modo que el producto final pueda monetizarse exitosamente y cubrir adecuadamente el costo laboral.

La normativa de 1942 y sus posteriores parches se desarrollaron sobre la concepción de una suerte de confrontación entre trabajadores y empleador, donde se hace lo posible para limitar los abusos del segundo. Sin duda que hay excesos (lo que no se puede generalizar) pero estos se gestan en el desbalance que hace que algunos empleadores tengan mucha gente dispuesta a emplearse por menor remuneración y menos derechos. Pero más allá de lo descrito, una norma para ahora y el futuro debe reconocer que existe una convergencia de intereses entre trabajadores y empleadores, lo que lleva a una dependencia mutua importante.

Sin trabajadores capacitados ninguna industria tiene futuro. En el tiempo, los trabajadores adquieren experiencias que no son fácilmente encontradas en el mercado laboral. El empleador capacita e invierte tiempo y recursos en formar trabajadores para asegurar una gestión que le permitan competir y ganar la preferencia del consumidor local e internacionalmente. Entonces, el concepto de que el trabajo es fácilmente sustituible -

1 Se puede cuestionar el denominativo de mercado en base a una lectura que comprende que el trabajo no es una mercancía. Sin embargo, el punto es que existen en la realidad actual de Bolivia muchos dispuestos a trabajar y pocos dispuestos a contratar. En otras palabras, mucha oferta y poca demanda.

que no existen costos, incluso sin considerar los que fija la ley - para el despido, es un mito equivocado. El empleador pierde mucho cuando por alguna razón uno o varios de sus trabajadores tienen que desvincularse. Pierde capacidad productiva, pierde en gestión, pierde capacidad de innovación y pierde operadores en los que tenía delegadas responsabilidades importantes. En el otro lado de la moneda, el trabajador también pierde y ciertamente puede perder más que el empleador.

El nuevo marco constitucional establece alcances que deben ser la base de la concepción normativa y por lo tanto corresponde su consideración. En relación al trabajo menos protegido el texto (Artículo 47) señala que "los trabajadores de pequeñas unidades productivas urbanas o rurales, por cuenta propia y gremialistas en general, gozarán del Estado de un régimen de protección especial, mediante una política de intercambio comercial equitativo y de precios justos para sus productos, así como la asignación preferente de recursos económicos financieros para incentivar su producción". El artículo 48 establece que "las disposiciones sociales y laborales son de cumplimiento obligatorio".

"Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección a los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor del trabajador". La norma luego señala que "Los derechos y beneficios reconocidos a favor de los trabajadores no pueden renunciarse y son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos". Posteriormente se dice que "los salarios y sueldos devengados, derechos laborales, beneficios sociales y aportes a la seguridad social no pagados, tienen privilegio de preferencia sobre cualquier otra acreencia y son inembargables e imprescriptibles".

36

Lo señalado representa un avance en varios sentidos y vacíos en otros. En cuanto a las pequeñas unidades productivas, se establece la necesidad de que el Estado las proteja. En nuestra visión, el tipo de protección que necesitan del Estado es de incentivos para crecer, para ampliar operaciones, para vincularse a mercados más grandes, lograr mayores ganancias, expandir patrimonio y al mismo tiempo formalizar el empleo. En suma, requieren ayuda para prosperar, antes que una protección para permanecer en una especie de cápsula de ventajas distantes a la realidad de sus negocios. Como sea, con esa diferencia de matiz, el propósito es absolutamente positivo. Lo que está ausente es la definición de un sentido claro de desarrollo empresarial. La informalidad es, en su mayoría, un problema económico y no de negligencia a cumplir la ley. Entonces, en la medida que un pequeño productor crece, amplía clientes y comienza a tener contacto comercial con empresas formales más grandes, automáticamente se formaliza. La necesidad y los potenciales beneficios lo obligan a formalizarse y la mayor capacidad económica le permite asumir los costos. Lo que la norma debería declarar como principio es la trayectoria correcta hacia la formalidad y la obligación de asumir responsabilidades como el empleo formal, con beneficios sociales y con la observancia de derechos laborales. Resulta paradójico que en un precepto constitucional y el texto específico en materia laboral se ignore la necesidad de que el sector informal, donde el empleo no cumple con ningún derecho del trabajador, evolucione en el sentido correcto (dejar la informalidad hacia la formalidad). Los principios que se definen deben quedar establecidos para la aplicación a favor de todos los trabajadores del país y no solamente para los que tienen empleadores formales.

En el pasado reciente el Estado ha fijado incrementos salariales en el sector privado y este es un tema importante en cualquier normativa laboral. Sin embargo, por ley no se puede determinar la sostenibilidad financiera de las empresas. Por ley no se puede mantener o incrementar sus ventas y generarles un ingreso suficiente como para cubrir obligaciones laborales establecidas en la norma. Los organismos internacionales de defensa de los derechos laborales y la práctica en muchos países, reconocen que quienes tienen la mayor información para determinar la capacidad de una unidad productiva para incrementar salarios y beneficios, sin que ello ponga en riesgo la operación, son los empleadores y los trabajadores. Sin duda existen asimetrías en cuanto al acceso a información y en perjuicio de los trabajadores. Particularmente, en Bolivia puede darse el caso de falta de transparencia y precariedad en las normas de contabilidad y auditoría que son necesarias para dar fe de la veracidad de la situación de una unidad productiva.

Nuestra percepción es que es mucho más razonable resolver estos asuntos mediante negociaciones antes que establecer de manera ciega un incremento por Ley. Entonces, lo correcto sería generar normativa que obligue a llevar adelante negociaciones equilibradas, donde las partes tengan igual información y se equipare la capacidad de análisis y determinación de espacios de ajuste. El equilibrio en una adecuada negociación debería establecerse como principio legal y mediante reglamento determinar cómo se establece esa condición y cómo se financia el fortalecimiento de la capacidad de los más vulnerables, que ciertamente son los trabajadores. En el sector público prevalece el principio de negociación entre el Estado como empleador y sectores importantes de sus trabajadores. Los maestros y los trabajadores de salud negocian con el Estado sus incrementos salariales de manera regular. ¿Por qué no prevalece el mismo concepto en el sector privado?

La tendencia es hacia una norma más inflexible y en esa línea se fija en la Ley la disposición que prohíbe el despido injustificado. Por la normativa reciente, se considera justificado el despido cuando se produce un perjuicio material causado con intención en los instrumentos de trabajo; revelación de secretos industriales; omisiones o imprudencia que afecten la seguridad e higiene industrial; la inasistencia injustificada; incumplimiento total o parcial de convenio laboral; robo, hurto por parte del trabajador. Es decir, las causales reconocidas como justificadas son relativas a problemas de conducta del trabajador. No se reconocen aspectos importantes como son las condiciones económicas de la unidad productiva. ¿No es causal justificada el hecho real y frecuente que las unidades productivas o comerciales se vean ante la contingencia de contracción de ventas, reducción de demanda y mercados y otros problemas que hacen necesario el achicamiento de la producción?

En lo que sigue se presentan algunos comentarios generales y otros puntuales sobre el texto al que se tuvo acceso. El objetivo es reflejar las dificultades que representa la norma pero también dejar principios de propuesta donde corresponda. Esto último abre espacio para que se hagan múltiples críticas al presente trabajo, costo que el autor asume con agrado en el marco de un esfuerzo de construcción plural de algo tan importante como la Ley del Trabajo.

II. Comentarios al Texto Revisado

En una perspectiva nueva, solo el balance, el justo medio, y la simetría en derechos y obligaciones de la normativa contribuirá al empleo estable y creciente en el largo plazo. El excesivo peso en cualquiera de las partes de la balanza destruye el empleo. Excesos a favor del trabajador no solo desincentivan el empleo, sino hacen inviable a la empresa, que es la fuente generadora de éste. Excesos a favor del empleador establecen un marco injusto, insostenible, generador de protesta social, confrontación, paros, huelgas y otras acciones que inviabilizan la inversión y la empresa. En consecuencia, en lo pertinente y con límites racionales, la norma debe cumplir el rol preferencial de proteger al trabajador, pero también debe cumplir la misión de proteger el empleo. Esto último implica que también se debe velar por la unidad productiva o empresa.

De manera general, el texto que se revisó mantiene mucho de la vieja visión de 1942. Se hacen más duras las penalidades contra el empleador y se amplían los presuntos beneficios para el trabajador. Pero en lo formal se mantiene la estructura de desarrollo de capítulos, secciones y artículos donde se revisan contenidos para cambiarlos en el sentido señalado. El texto revisado intenta desmenuzar, más que el previo, posibles situaciones (casuística) donde el trabajador podría ser atropellado. En el intento identifica unas cuantas situaciones pero con seguridad este ejercicio deja por fuera otras, de modo que no son cubiertas. Pero también el texto es excesivamente reglamentario y por ello se redactan 123 artículos; se fijan procedimientos detallados, se definen plazos y términos pero además se describe el proceso administrativo para el trámite de éstos.

Dentro su ámbito y competencia, la norma debería contemplar posibilidades para impulsar programas de incentivo al empleo. Por ejemplo, podría eventualmente considerar ciertas excepciones de cumplimiento de costos y obligaciones (de manera temporal y previo acuerdo con el Estado y los trabajadores) a cambio de compromisos de incremento en el empleo. De manera más general, la autoridad competente debería poder establecer flexibilizaciones temporales para que, bajo ese paraguas, las empresas puedan expandir empleo mediante acuerdos vigilados por el Estado.

1. Contratos de trabajo

En materia de contratos se reconoce el concepto de contratación temporal por trabajo estacional. Específicamente el texto dice "Trabajo Estacional o por temporada es la actividad laboral de tiempo completo cuya duración es inferior a un año, que se repite todos los años y está estacionalmente vinculada a ciclos biológicos o climáticos correspondiente a los sectores agrícola, pecuario, silvicultura y otras actividades comprendidas en ésta modalidad". En el intento se deja por fuera otras actividades estacionales como el comercio que es más intenso hacia finales de cada año.

En materia de contratos se cuestionan los civiles pues se concluye que éstos se han usado en el pasado para evadir los costos de una relación laboral. Frente a esto se define restringir el uso de estos contratos y en consecuencia se limita el marco legal para la incorporación de trabajadores eventuales que son requeridos en función de la estacionalidad de la producción. Pero cabe preguntarse si el verdadero problema está

en los costos del empleo formal, que dicho sea de paso, se incrementan con la nueva propuesta. Por ejemplo, se exige el pago de desahucio inmediatamente vencido el periodo de prueba; si el trabajador es despedido habrá devengado tres sueldos por el periodo de prueba, tres por desahucio, duodécimas de aguinaldo, duodécimas de vacaciones, duodécimas de quinquenio y logrará una liquidación mayor a lo que recibió por el periodo de trabajo efectivo. En el ejemplo, trabajando tres meses lograría un ingreso equivalente a siete meses o más. ¿Será este un adecuado esquema de protección al trabajador o un mensaje para que el empleador evite contratar nuevo personal?

2. Remuneraciones

En materia de remuneraciones el texto recupera de la vieja ley parámetros que no dejan mucho espacio a la negociación entre partes. Por ejemplo, se define para las horas extraordinarias y los días feriados un 100 por ciento de recargo al salario vigente (el triple cuando se trata de domingos). En consecuencia, la posibilidad de que la empresa pueda operar por urgencia, por ejemplo para cumplir un compromiso comercial, representa incrementar en el doble uno de los principales costos de las ventas, que son los salarios. Con esos niveles de recargo, sin duda que la operación se hace no rentable y la señal que envía este tipo de normativa es que NO se debe incurrir en la necesidad de horas extra ni feriados. El enfoque de la normativa fue posiblemente el penalizar o impedir la sobrecarga laboral y así proteger al trabajador. Sin embargo, con ello se ha eliminado toda posibilidad de que exista un espacio de ingreso extra para el trabajador, cuando éste libremente decida prestar servicios adicionales.

En nuestra visión, el texto nuevo debe partir de dos principios. El primero es que nadie debe ser obligado a trabajar extra o en feriados; esa debe ser decisión libre del trabajador. De esa manera, se protege de un abuso al trabajador. El segundo principio es que se debe establecer un recargo razonable, que no signifique una penalidad para el empleador y una oportunidad improbable para el trabajador. Si se fijara el carácter libre de poder aceptar o no cargas de trabajo adicionales a las pactadas originalmente en los contratos y se deja a negociación entre partes el porcentaje de premio sobre la remuneración habitual, es posible que sin dejar de proteger al trabajador, se le pueda crear una oportunidad de ingreso extra.

Algo ausente en la normativa es la posibilidad de acordar un salario fijo, quizás en el rango más bajo del mercado, pero a ello sumar un salario variable que potencialmente pueda incrementar en mucho el total ganado. Estos esquemas, en función de la producción, permiten que los trabajadores puedan duplicar o triplicar su salario, en la medida que la producción y las ventas se incrementan. En los hechos existen este tipo de sistemas de remuneración en el país y es necesario contemplarlos como una posibilidad que deberá ser regulada por la norma. Aquello indispensable deberá ser normado, de modo que no se caiga en el problema recurrente de que por excesiva reglamentación se desincentive el uso de esta opción. Finalmente, la decisión de establecer sistemas de remuneración con factor variable debe ser libre, particularmente para las unidades productivas que ya están funcionando y tienen contratos laborales vigentes. Podrán estar vigentes los regímenes fijos con componente variable y permitir que los trabajadores decidan, en función de sus intereses, migrar hacia este tipo de sistemas de remuneración o quedarse en el sistema tradicional.

El texto mantiene detalles innecesarios y poco efectivos en cuanto a lograr un beneficio real para el trabajador. Por ejemplo, se dice que cuando el trabajo se verifique en lugar que dista a más de dos kilómetros de la residencia de la trabajadora o del trabajador, la empleadora o el empleador estarán obligados al traslado en vehículos destinados para el transporte de pasajeros, o en su caso retribuir el monto del costo del traslado. En tal caso los costos de transporte requerirían ser monitoreados regularmente para cumplir con esto. El empleador requeriría conocer y validar estos costos y además debería verificar en algún momento el domicilio de sus trabajadores. Estas no son tareas del giro del negocio y no mejoran el desempeño empresarial que al final del día es la fuente de mejoras para el trabajador.

En otro orden de temas, existen excesos inaplicables motivados por la visión de protección al trabajador y no al trabajo. La ley establece que la sustitución de la empleadora o del empleador, así como la modificación total o parcial referida a la propiedad de la empresa o establecimiento laboral, no afecta los derechos, beneficios y conquistas que emanan de la relación de trabajo, que mantendrán su vigencia, continuidad y exigibilidad con la nueva empleadora o empleador o los nuevos empleadores. Hasta ahí todo bien. Pero luego se señala que en caso de insolvencia del nuevo empleador o empleadora, el sustituido será responsable solidario del sucesor hasta un año después de la sustitución. Este es un grave problema pues el sustituido ya no tiene responsabilidad en la empresa y no puede asumir por errores que puede haber cometido el nuevo dueño. Lo que se propone se convierte en un pasivo contingente que haría imposible la compra venta de propiedad productiva. Nadie vendería con el riesgo de tener que asumir, un año después de dejar el control de la empresa, problemas generados por la nueva administración.

3. Jornada laboral

La propuesta de ley define la jornada máxima de trabajo en 8 horas diarias y 48 horas semanales para hombres y 40 para mujeres. Nuevamente se busca proteger al trabajador de posibles abusos. Sin embargo en ese propósito se crean dificultades grandes. No se dice que pasará con los trabajadores que cumplen funciones bajo modalidades especiales. Por ejemplo arreglos por los que se trabaja 20 días y descansa 7 seguidos. En tales casos se trabaja más de 48 horas semanales, lo cual estaría prohibido. Entonces, ¿este tipo de modalidad de trabajo que conviene a ambas partes desaparecerá?

4. Visión protectora al extremo de presumir discapacidad del trabajador

La visión protectora hacia el trabajador es transversal en toda la propuesta de ley llegando a absurdos que ponen en duda las capacidades mentales de los trabajadores. Por ejemplo, la norma señala que la remuneración se pagará en día de trabajo, en el lugar de la faena o cuenta bancaria individual, quedando prohibido hacerlo en lugares de recreo, venta de mercaderías o expendio de bebidas alcohólicas, salvo que se trate de trabajadoras o trabajadores de estos establecimientos. Esto refleja una intencionalidad de protección que en el fondo asume una absoluta carencia de responsabilidad del trabajador. Se asume que el trabajador por recibir su pago en un lugar de venta de mercaderías o bebidas dilapidara su salario. Entonces el Estado debe protegerlo de su empleador y de sí mismo, pues es incapaz de controlar su conducta.

Lo que se explica refleja un espíritu que se repite en varios ámbitos de la Ley propuesta e induce a pensar en un empleador motivado por demonios que le inducen a pagar en cantinas o centros comerciales. Lo cierto es que existe mucho prejuicio en este tipo de redacción y lo que eso logra es vitalizar confrontaciones empleador-empleados que eran parte del pasado. Ciertamente la probabilidad de que un empleador pague en los lugares citados es mínima como también lo es aquella que anticipa que el trabajador, por ese simple hecho, dilapidara su salario.

5. Estabilidad laboral

Uno de los objetivos que se ha buscado con la ley es la estabilidad laboral, tomando en consideración solo un componente que hace a este resultado. Sin duda, la permanencia en el trabajo depende de una norma adecuada que evite abusos, pero también depende de la estabilidad, sino crecimiento, en las actividades empresariales. El enfoque prioritario de la normativa boliviana ha estado en el primer componente relativo a fijar altos costos de desvinculación y el nuevo texto reitera ello, mientras que las políticas dirigidas a la estabilidad de la unidad productiva han sido mucho menos atendidas.

De acuerdo a la norma existen tres disposiciones que se focalizan en la estabilidad laboral. En el primer caso, se reitera el contenido del artículo 16 de la norma antigua respecto a las causales de despido que dan lugar al alejamiento del trabajador sin derechos a prestaciones sociales. Es decir, sin costo para el empleador. Todas estas causales son atribuibles a faltas graves por parte del trabajador y fueron señaladas previamente en este trabajo. Cuando no se atribuyan causales a faltas del empleado, se tienen las dos otras disposiciones referidas al preaviso y la indemnización por tiempo de servicios prestados.

El preaviso es una notificación anticipada sobre la decisión del empleador de prescindir de los servicios del trabajador. El concepto es que ante esta notificación anticipada, el trabajador pueda tomar las previsiones necesarias para poder emprender la búsqueda de una fuente laboral alternativa y de esa forma, otorgarle la oportunidad de evitar caer en un periodo de desempleo. El tiempo de preaviso es de tres meses, en los cuales se asume que el trabajador podrá tomar las acciones pertinentes para encontrar una fuente laboral alternativa. Luego de varios años de experiencia con esta disposición se tienen los siguientes criterios para su valoración.

Desde el punto de vista del trabajador la medida tiene un lado positivo pues le notifica en avance sobre una decisión que afectará sus ingresos. Esto le ayuda a tomar previsiones respecto a sus gastos o respecto a compromisos que podría asumir y que luego representen una carga difícil de enfrentar sin empleo. Sin embargo, la notificación y su condición de empleado con preaviso no lo eximen de la responsabilidad de cumplir con sus funciones, horario y reglamentos (en la propuesta de Ley se define una tolerancia de una hora diaria para la búsqueda de trabajo). Esta tolerancia resulta insuficiente para una labor usualmente difícil como es encontrar un nuevo empleo. En consecuencia, el beneficio efectivo para el trabajador es el anuncio anticipado de la decisión del empleador, pero no así la limitada libertad para emprender la búsqueda de otro trabajo.

Desde el punto de vista del empleador la medida tiene igualmente pocas ventajas. La más importante o quizás la única, es que en vez de tener que pagar de una sola vez el desahucio, lo puede hacer en tres meses a través de los salarios correspondientes al periodo de preaviso. Esto podría leerse como un alivio desde el punto de vista de flujo de caja. Sin embargo existe una contraparte de costo muy importante. Una vez anunciada la decisión de desvinculación, es totalmente natural esperar una baja significativa en la productividad del trabajador. Ello puede implicar costos más altos dependiendo de la relevancia del cargo que ocupa el trabajador; por ejemplo, retraso en las tareas no solamente de él sino de toda un área o línea de producción, con un costo superior en merma de producción a lo que significaría el pago del desahucio.

Por lo anotado, la medida no es frecuentemente usada puesto que no representa una protección efectiva para el trabajador ni una medida de equilibrio para el empleador. Para el trabajador resulta mucho más conveniente recibir en un solo pago su desahucio equivalente a tres meses y luego dedicarse a tiempo completo a buscar alternativas de empleo. Para el empleador que requiere de un funcionario clave en su proceso, igualmente resulta más efectivo hacer el pago completo y tomar las provisiones para incorporar a un nuevo trabajador acorde a sus expectativas.

El tercer componente referido a la indemnización por tiempo servido dispone que el empleador pague al trabajador un sueldo completo por cada año de servicios prestados. La idea fue establecer un costo a la desvinculación y de esa manera inducir mayor estabilidad laboral. Es decir, que el empleador tenga que enfrentar un costo importante cuando decida desahuciar a un trabajador y en consecuencia deba valorar con detalle su decisión. Detrás de lo señalado se apunta a regular una decisión del empleador que eventualmente podría ser excesiva, injusta o apresurada. Para que no corresponda el pago, el trabajador tendría que haber incurrido en faltas graves, situación que no es la que se busca regular con esta medida. Entonces, efectivamente se incorpora un mecanismo de estabilidad laboral desde el punto de vista discutido. Sin embargo, con el tiempo se ha dispuesto que cuando se trate de un retiro voluntario de parte del trabajador, igualmente procede el pago de la indemnización. Es decir, siendo que no existe de por medio una decisión del empleador, misma que podría caer en los extremos señalados, y más bien es el empleado el que se retira, - por ejemplo, para aprovechar una oportunidad de empleo más ventajosa - igualmente opera el pago de éstos beneficios.

En la búsqueda de un intermedio estuvo en vigencia la condición de que el trabajador debiera haber cumplido al menos 5 años continuos de labor para acceder al beneficio, aún cuando éste se retire voluntariamente. Así, se evitaría también el abuso por parte de aquél trabajador que apela a este derecho, renuncia, cobra y luego repite la práctica con otro empleador. Sin embargo, recientemente se dispuso que ya no es necesario el cumplimiento de los 5 años para el pago. A partir del inicio de labores y cumplido el término de prueba, el trabajador que renuncie cobra igualmente, por duodécimas, el derecho de indemnización. Esto, a su turno, responde a la práctica de algunos empleadores que inducían la renuncia de trabajadores, poco antes que éstos cumplan los 5 años de servicio y de ese modo eviten el cargo correspondiente.

Como sea, la norma no está cumpliendo el objetivo de generar estabilidad laboral. Lo que parece tener más sentido es diferenciar la naturaleza del alejamiento en función

de la decisión del empleador o del empleado. Por ejemplo, antes de los 5 años de servicio, corresponderá el pago de indemnización cuando se trate de una decisión del empleador. Entonces, el trabajador tiene un mecanismo de estabilidad laboral y para el empleador ya no existe el incentivo para despedirlo poco antes de los 5 años. Puesto que se trata de una situación de desvinculación, el trabajador debe denunciar sin tener temor a enfrentar el despido, cualquier situación de presión por parte del empleador para disfrazar su despido mediante una renuncia voluntaria.

En contraste, cuando se trate de la decisión del trabajador, el pago corresponderá cuando éste cumpla los 5 años y no antes. En este caso, el pago de quinquenio ya no tiene la connotación de protección ante decisiones arbitrarias del empleador, sino constituye una compensación por el compromiso y estabilidad laboral concedida por el trabajador a la empresa. La realidad es que la estabilidad laboral es un beneficio para ambas partes, particularmente cuando se trata de un trabajador valioso. Un trabajador estable significa valor para la empresa, mientras que la excesiva rotación implica costos en términos de adiestramiento y capacitación.

Lo que está olvidado en la norma es el otro componente de generación de estabilidad laboral. Se ha descrito un mecanismo de costo para el empleador, pero no existe un complemento de incentivo a la estabilidad laboral. La evidencia es que una adecuada combinación de penalidades e incentivos es la mejor manera de inducir a determinados resultados socialmente deseados. El componente de incentivos no está previsto en la norma y corresponde equilibrar ese desbalance. El argumento que fortalece esa necesidad está vinculado a la estabilidad que requiere la unidad productiva en la demanda de los bienes y servicios que genera. En toda esta discusión es imprescindible recordar que la fuente del empleo está ligada al comportamiento del mercado, de las ventas, de la competencia leal y del contrabando, entre otros factores. Entonces, el enfoque requiere de integralidad en su solución. Si las ventas se contraen dramáticamente por la volatilidad de la economía y el empleador enfrenta la necesidad impostergable de adecuar y reducir el tamaño del negocio, con la norma actual enfrenta mayores dificultades por las sanciones que debilitan más aún la posición financiera de la empresa, afectando a más trabajadores y destruyendo más la estabilidad laboral.

6. Limitación en la gestión del recurso humano

La propuesta de ley recupera del texto viejo ciertas disposiciones que representan una intervención en el manejo óptimo de los recursos humanos en las unidades productivas. Por ejemplo, se define que ante vacancias, el trabajador inmediatamente inferior debe asumir funciones, estableciendo condiciones de honorabilidad, competencia y antigüedad en el servicio, para que ello se produzca. Al respecto cabe comentar que la norma está sustituyendo la atribución del empleador, de la propia organización y de las normas internas de desarrollo organizacional, para decidir sobre la asignación de responsabilidades. Es muy probable que este tipo de alcances sean poco o nunca cumplidos por la mayoría de los empleadores, incluyendo al propio Estado y sus diversas entidades. Entonces, ¿cuál es la relevancia de una normativa que no se cumple por tener un carácter excesivamente reglamentario y oficioso? El texto revisado da un paso más y establece que la reducción de salario es un despido indirecto (hasta ahí bien). Pero también señala

que cuando el trabajador haya sido cambiado de funciones a un cargo de menor jerarquía aún con el mismo salario, igualmente se considera despido indirecto. Aquí surge el problema de valoración, a veces subjetiva, del cargo. En una empresa un funcionario es relevado de sus funciones ejecutivas de línea y se le asigna funciones de asesoría a la Gerencia General. ¿Tiene mayor o menor jerarquía?

7. Terciarización

La norma parte del concepto de que en el pasado las empresas han terciarizado procesos para burlar el cumplimiento de la normativa y las cargas sociales. Al respecto no se conoce un estudio de evasión a la normativa laboral mediante fraude, simulación u otro medio, como consecuencia de las modalidades de subcontratación, tercerización, externalización, enganche u otras modalidades en tareas propias y permanentes del giro del establecimiento laboral (En conformidad con el Decreto Supremo No. 0521 de 26 de mayo de 2010). Lo señalado enfatiza en actividades del giro y que sean permanentes como procesos que regularmente no se deberían terciarizar y en consecuencia generarían sospecha de fraude.

Este es otro exceso pues el punto central no es que las actividades terciarizadas sean propias del giro. La contabilidad es transversal y podría considerarse actividad permanente. Siendo así no estaría contemplada la posibilidad de terciarizar la contabilidad cuando si se puede hacer eso. La terciarización puede darse en fases del propio giro. Por ejemplo el acopio de materia prima en ciertos casos (compra y acopio de cueros crudos en todo el Altiplano para venderlos a empresas que hacen el curtido). En cierto grado, esta redacción esta condicionando lo que puede ser terciarizado y lo que no, debido a las consecuencias en términos de presunción de fraude.

La preocupación inicial es válida y sería suficiente establecer en la ley que la autoridad podrá evaluar las condiciones de toda terciarización y cuando determine que esta responde a un propósito de evasión de cargas sociales, procederá una sanción que el reglamento definirá.

III. Otras iniciativas para el Texto

La nueva normativa laboral no puede replicar la deficiencia de la vieja norma en sentido que su alcance efectivo sea solamente la unidad productiva formal. Del total de la Población Económicamente Activa (PEA), aproximadamente un 23 por ciento se desempeña en el sector privado, bajo condiciones de formalidad y sujeta a los beneficios, derechos y obligaciones. Un 7 por ciento se desarrolla en el empleo público y 70 por ciento de la PEA no está siendo alcanzada por la norma. Entonces, si el objetivo es proteger el empleo para los bolivianos, una propuesta que llegue solamente a una pequeña fracción carece de universalidad y efectividad. La nueva norma laboral tiene que extender controles a la informalidad; se podrán diseñar procesos y tiempos de adecuación, pero lo central es que el empleo informal y sus consecuencias deben ser materia de contenido y propuesta de la nueva ley.

Es claro que la informalidad está vinculada a los altos costos del empleo formal y los gravámenes que se establecen sobre la planilla. Mientras esto no cambie y se racionalicen

costos, expandiendo la carga a una base de contribuyentes más amplia, el empleo informal persistirá y la ley laboral no tendrá efecto alguno sobre la gran mayoría de los trabajadores bolivianos.

El reto es disminuir los costos de la formalidad sin que ello incida en una reducción de los beneficios de los trabajadores. Se trata de encontrar formas alternativas de financiamiento de varios de los componentes extra salariales que van ligados a la planilla. En la medida que el empleo se hace menos caro, sin afectar los salarios y trasladando algunos costos a otras bases imponibles, el costo de la formalidad se reduce. Por otra parte, corresponde encarecer el costo de la informalidad. Para lograr ello se pueden ir incorporando gradualmente condicionantes como la demostración de formalización para acceso al crédito (a partir de ciertos montos de financiamiento solicitados). Lo propio para la participación como proveedor en bienes y servicios contratados por el Estado. Desde el sector privado formal los contratos con proveedores incluirán una cláusula por la cual el proveedor declara que no tiene empleados informales y no está evadiendo responsabilidades sociales. Es cierto que el contratante no tiene capacidad de fiscalización ni competencia concedida para el efecto por la Ley. Sin embargo, en caso de verificarse la vulneración a la cláusula señalada y se comprueba que el empleo no cumple con los beneficios previstos por la norma, esta vulneración podrá ser causal de disolución unilateral de contrato. Es decir, se crea un costo potencial adicional a la informalidad.

En el ámbito del financiamiento de la pequeña y micro empresa, podría establecerse como requisito de acceso y elegibilidad crediticia, la presentación de planillas, contratos laborales y otros. Las microfinanzas en Bolivia han incrementado sustancialmente el crédito promedio y en varios casos atienden clientes con requerimientos de capital importantes. Es claro que el pequeño productor no puede formalizarse y pedirle planillas simplemente implicaría eliminar el micro crédito. Sin embargo, en aquellos montos grandes que son concedidos por entidades microfinancieras, es posible pensar en un rol inductor de formalidad. La idea es lograr empleo digno y no destruir en el intento fuentes de empleo, que por los costos emergentes podrían terminar cerradas.

La disponibilidad de empleo y la calidad de éste dependen de la evolución de la oferta y la demanda de trabajo. Cuando la oferta es mayor, el resultado es el desempleo y la baja remuneración a éste. Es decir, la oferta creciente hace que el precio del empleo (que son los salarios) bajen. Más aún, cuando se tienen muchas fluctuaciones en la economía y la demanda de bienes y servicios es volátil, mientras la oferta laboral crece, la demanda se contrae y ello genera el peor resultado. Escaso empleo mal remunerado.

1. Propuestas para mejorar la calidad de la oferta de trabajo

Cada año un contingente muy grande de jóvenes engrosa la fuerza de trabajo y la cantidad de unidades productivas crece a un ritmo menor o decrece por baja inversión, contracción de mercados o competencia desleal como el contrabando. Frente a esto, es claro que la demanda será regularmente menor a la oferta. Por lo tanto, corresponde pensar en lo que puede lograrse con el autoempleo, la microempresa o la unidad productiva familiar. Un aspecto importante que debe contemplarse es la formación de

emprendedores desde la escuela. Se requiere formar profesionales, técnicos medios o superiores que tengan como objetivo desarrollar su propia actividad y no dependan de un empleador. La propuesta es formar futuros emprendedores capaces de tomar riesgos y generar empleo.

2. Espíritu emprendedor

Como herramienta de lo señalado se puede pensar en lo que se denomina incubadoras de empresas, las que podrían funcionar con recursos humanos y financieros del sistema de universidades estatales. Establecer este tipo de facilidades en la nueva Ley Laboral sería un avance sustantivo en la materia. Las incubadoras son centros donde se desarrollan ideas de nuevos emprendimientos y donde se hacen inversiones relativamente pequeñas para iniciar este tipo de negocios, asegurando que éstos tengan un promotor o dueño, joven egresado o profesional, obsesionado con su idea y apoyado por profesionales universitarios que le otorguen apoyo. Al inicio es difícil que un emprendimiento naciente pueda pagar buenas remuneraciones y cumplir con toda la carga social; entonces, esto requiere de alguna consideración en la Ley.

3. Oferta educacional y capacitación

Los centros de formación no pueden seguir ofertando formación y capacitación que no tiene demanda en el país. Tanto los oferentes de educación y capacitación estatales como privados deben realizar estudios permanentes que muestren las perspectivas para sus egresados o titulados. La publicación de estadísticas de empleo de sus titulados y otros indicadores que protejan a los consumidores de educación y capacitación. El concepto es similar a la protección que se brinda a cualquier otra inversión. Por ejemplo, cuando un consumidor financiero demanda un instrumento como un Depósito a Plazo Fijo, detrás está un sistema de información que es fiscalizado por un organismo regulador. En el caso de la educación, debería instalarse algo parecido. Los consumidores de educación y capacitación realizan una inversión en capital humano con la expectativa de lograr retornos mediante oportunidades de empleo. Entonces, los oferentes de educación deberían publicar regularmente las expectativas de las carreras que ofertan y las condiciones esperadas del mercado laboral en esas disciplinas.

La ley debe contemplar un espacio preferente para el tema de la capacitación. Nuestra visión es que la capacitación está entre los factores de mayor impacto en las condiciones laborales. La calidad de la oferta laboral determina la estabilidad, la productividad y la remuneración correspondientes. Entonces, debe contemplarse en la ley, como derecho y deber, la capacitación. El trabajador y el empleador deberían compartir los costos de capacitación en cierta proporción, más aún cuando dicha capacitación tendrá un efecto importante en la productividad y el beneficio para la empresa.

4. Facilitar mayores opciones de empleo

Una tendencia mundial y también en Bolivia, es hacia la búsqueda del empleo múltiple; el trabajador requiere y opta por más de un empleo para mejorar sus ingresos. Sin embargo, cargas como el aporte al sistema de salud o la aplicación del Régimen

Complementario al IVA permanecen invariables y desincentivan la demanda de modo que el mercado no funciona. El trabajador ya está cubierto en salud por su empleo central y un aporte adicional por un segundo empleo no le representa mejor calidad o cobertura de salud. Entonces, representa un cargo adicional para el segundo empleador, sin beneficio para el trabajador. En el segundo caso, la aplicación del RC IVA podría quedar exenta en el empleo complementario de modo que el trabajador se vea beneficiado con la totalidad del ingreso que devenga esta segunda actividad.

Adicionalmente, en el marco de lo señalado, los costos incrementales que se establecen para trabajos nocturnos y en días feriados deberían reducirse para estimular la demanda y que la oferta extra sea absorbida adecuadamente. Para estimular la oferta debe existir una diferenciación por el trabajo en los horarios descritos, pero no debe ser tan elevada al punto de desincentivar el empleo. Una característica empírica de la oferta de trabajo adicional es que ésta se correlaciona con la edad promedio de la fuerza laboral. Cuanto más joven es la fuerza laboral, mayor es la oferta de trabajo adicional (múltiple). Coincidentemente, la fuerza laboral del país es joven y reaccionaria positivamente ante este tipo de incentivos. Los jóvenes tienen mayores condiciones de trabajo adicional y también enfrentan mayores necesidades económicas cuando recién están conformando familias y tienen crecientes responsabilidades.

5. Certificación de competencias laborales

En la realidad del país, una parte importante de la capacitación del trabajador proviene de su experiencia laboral. Es decir, adquiere habilidades y competencias mediante un proceso de capacitación informal por la transferencia de conocimientos de otros obreros, trabajadores y técnicos más antiguos. Este proceso de capacitación no deja, sin embargo, constancia a favor del trabajador. No existen de por medio, diplomas, certificados ni títulos que avalen los conocimientos del trabajador y por lo tanto, su saber no queda avalado por nadie. Esta característica genera dificultades de movilidad de la mano de obra y costos para los empleadores. Sucede que un trabajador calificado no puede demostrar a un potencial nuevo empleador sus condiciones de experiencia y conocimiento. La especialización es cada vez más importante y el conocimiento puntual de procesos industriales, el manejo de maquinaria y tratamiento de materias primas es valorado crecientemente. Entonces, el trabajador requiere de un sistema de certificación de competencias laborales y el empleador requiere lo mismo a efectos de poder contratar con más seguridad al trabajador, sabiendo que éste tiene la experiencia deseada y esta es certificada.

En suma, la puesta en funcionamiento de un sistema de certificación de competencias laborales tendrá un efecto muy importante sobre la oferta laboral y sobre la movilidad del trabajo, situación que permite a los trabajadores tener mayores condiciones para lograr encontrar empleos con las condiciones más ventajosas para ellos. En la experiencia mundial, éstos sistemas de certificación requieren de un importante componente de subvención al trabajador, para que éste pueda pagar los costos de la certificación. En el tiempo cuando se genera masa crítica de certificaciones los recursos de subsidio se reducen hasta que el sistema puede llegar a ser autosostenible. Como sea, el impulso inicial debe ser estatal, en cumplimiento a su función de promover el empleo como principal política social.

6. Reinserción laboral

Luego de una experiencia de desempleo, el trabajador requiere mejorar su perfil e incrementar capacidades que le permitan una adecuada reinserción laboral. Es en ese marco que se inscriben los programas de capacitación para un nuevo empleo. La actualización de conocimientos y la renovación de saberes son factores que incrementan el valor de la mano de obra, contribuyen a encontrar nuevo empleo y contribuyen a la obtención de mejores remuneraciones. La nueva Ley debería establecer los principios y procesos generales para que esto suceda a favor del trabajador. Una forma, entre varias para lograr el cometido, es mediante la asignación de "bonos" de capacitación a desempleados, para que éstos los usen en aquella formación que sea más relevante a su área de trabajo. Se trata de asignaciones por el lado de la demanda, donde queda a responsabilidad del trabajador la decisión del tipo de capacitación que requiere. Usualmente, este tipo de incentivos por el lado de la demanda suelen tener mejor efecto que aquellos que se generan por el lado de la oferta, donde es el Estado el que crea cursos, los gestiona y es el responsable de la capacitación. En nuestra visión, el Estado puede exigir a los proveedores de capacitación estudios que certifiquen la relevancia de la capacitación ofertada y la forma en que el mercado de trabajo premia y reconoce esta capacitación. Entonces, el Estado cumpliría un rol de fiscalizador de la relevancia y calidad de los productos de capacitación y su pertinencia con la realidad del mercado laboral. Los bonos a que se hace referencia no son asignaciones en efectivo, sino documentos valores intransferibles que el trabajador usará para cubrir los costos de su capacitación. Por su parte, el Estado certificará centros con currícula especializada en programas puntuales de reinserción laboral una vez que cada uno de ellos presente estudios y evidencia relevante que muestre la viabilidad de los citados programas.

7. Los primeros empleos y la experiencia laboral

Uno de los más importantes impedimentos sobre la oferta laboral es la falta de experiencia, particularmente para la fuerza de trabajo joven. Esta dificultad es relevante incluso para profesionales jóvenes que naturalmente no tienen ninguna experiencia puntual en el área en el cual desarrollaron su formación profesional. Entonces, los empleadores exigen alguna experiencia y como los jóvenes no la tienen, no consiguen empleo y tampoco experiencia. Los programas denominados "mi primer empleo" y similares tienen el potencial de contribuir a solucionar estas deficiencias y corresponde incluir en el nuevo texto de Ley de Recursos Humanos un conjunto de disposiciones en esta dirección. Los programas de "pasantías" en el sector privado son muy limitados en cuanto a su extensión y se requiere establecer algún mecanismo que contemple incentivos para su ampliación.

Por ejemplo, se puede establecer que toda unidad productiva con un número mínimo de trabajadores, esté obligada a incorporar gente recién titulada, en calidad de pasantes o lo que se quiera denominar a estos trabajadores. La remuneración podría adecuarse al salario mínimo por un periodo definido y el incentivo será la exención temporal de cargas sociales, en el entendido que se trata de una forma complementaria de capacitación. Vencido el plazo fijado por norma, el pasante puede ser incorporado a la planilla o alternativamente puede ser desvinculado. En ambos casos el joven trabajador se

beneficia. Si es incorporado como funcionario regular, asume todos los derechos que le corresponden. Si no es incorporado, habrá acumulado experiencia laboral que es un requisito para empleo en otra unidad productiva. La obligatoriedad de incorporar un porcentaje relativamente pequeño de nuevos trabajadores recién titulados como profesionales, técnicos superiores o medios, aplicará también al sector público, de modo que el efecto del programa sea amplio e importante a nivel nacional.

8. Medidas para mejorar el nivel y la calidad de la demanda

No resuelve el problema del desempleo la sola mejora de la calidad de la oferta laboral, tampoco ayudan solamente los programas de reinserción y menos los mecanismos coercitivos que hacen más dura la normativa. El hecho es que la oferta laboral aumenta a un ritmo muy veloz; los contingentes de nuevos trabajadores, técnicos y profesionales suman y crecen, mientras que el número de empleadores está estacando o decrece. Entonces, es muy evidente que se requiere un esfuerzo importante para que la nueva normativa laboral permita la expansión de la demanda de trabajo. La nueva Ley laboral debe ayudar a crear condiciones adecuadas para ampliar la demanda de empleo y ello pasa por entender que se requiere mejorar las condiciones de las unidades productivas, generar incentivos condicionados para que se expanda el empleo y combinar apropiadamente los estímulos y penalidades, para que el resultado sea mayores fuentes de trabajo.

La demanda de trabajo depende de factores que incluyen la inversión y la creación de nuevas unidades productivas. Por otra parte, existen factores microeconómicos que pueden estimular la demanda de trabajo sobre los cuales se enfatiza en esta subsección.

La demanda de trabajo es generada por los empleadores que pueden ser tanto del sector privado como del público. Siguiendo además los principios señalados en la Constitución, depende de la actividad económica que generen el Estado, las Empresas, la Organización Económica Comunitaria (que puede o no contemplar retribución monetaria al trabajo), y la Social Cooperativa. Cuantas más dinámicas sean todas estas formas de organización económica, mayor será la demanda de mano de obra y eventualmente, la mayor demanda también incrementará los salarios. De manera simple, una economía en crecimiento y con sectores relativamente equilibrados en su contribución al PIB, genera mayor demanda de empleo y mejor retribución a éste.

9. Costo del empleo

Como en todo escenario donde existe oferta y demanda, el precio es un factor relevante para el equilibrio. Un precio alto, desincentiva la demanda. En el caso del empleo, el precio relevante es el costo global del empleo. No solamente se limita a los salarios, sino al costo global que representa para el empleador la contratación de personal. En tal sentido, todas las cargas sociales que se han discutido previamente son parte del costo global y en la medida que éstas sea demasiado altas, tienden a desincentivar la demanda de trabajo.

10. Herramientas de política de empleo

Economías como la boliviana enfrentan con cierta regularidad periodos de alto desempleo y ello se explica en la volatilidad de la economía, la caída en la demanda y factores importantes como el contrabando. Por lo anotado, resulta adecuado pensar que la norma laboral tenga mecanismos que se puedan activar mediante decisión del Órgano Ejecutivo, para establecer incentivos temporales y regulados para la creación de empleo, también transitorio. El mayor costo para la sociedad es la carencia de empleo y desde esa óptica y en el marco de la temporalidad, resulta importante que la Ley autorice para que se puedan crear incentivos a la demanda de trabajo. Por ejemplo, la Ley autorizará para que mediante Decreto Supremo y por un tiempo limitado, se puedan reducir costos laborales para estimular la demanda. Se dejará en suspenso algunos de los componentes que encarecen el empleo, como contribuciones o los costos asociados a la desvinculación. Con ello, se puede impulsar la demanda de manera transitoria y cuando se perciba que las condiciones han regresado a la normalidad, se levantará la dispensación de estos costos.

En mercados donde la oferta excede por mucho a la demanda, la imposición de costos no salariales adicionales en la búsqueda de protección al trabajador, conduce a un resultado no deseado. El empleador, dado que existe suficiente oferta laboral, sustituye trabajadores actuales por otros que están dispuestos a trabajar por una menor remuneración. En el fondo, lo que sucede es que los costos incrementales al trabajo son transferidos a los trabajadores, a través de menores salarios. Así, en el neto, el empleador compensa el incremento en costos no salariales con una bajada en el costo de las remuneraciones. Es absolutamente importante reconocer que es imposible controlar esta situación en un mercado donde el exceso de oferta es creciente.

11. Causales de desvinculación laboral

Resulta indispensable establecer en el nuevo marco legal, un conjunto general de situaciones que pueden dar lugar a la desvinculación laboral. En la propuesta se tiene como causales situaciones de conducta casi delictiva del trabajador. No reconoce que existen causales asociadas a las condiciones del negocio tales como el deterioro de las ventas, contracción de mercado y otras. Cuando se producen situaciones de tal naturaleza, las unidades productivas se ven limitadas a mantener el mismo nivel de empleo y eventualmente entran en una situación que pone en riesgo todo el empleo que ellas generan. El concepto es que dichas situaciones son reflejadas en estados financieros auditados y por lo tanto, deben ser demostradas por el empleador a efectos de poder desvincular a trabajadores en exceso a su real capacidad. El cuidado que esto amerita es que no se use esta opción como mecanismo arbitrario de despido y que exista de por medio la necesidad de explicar la situación de insostenibilidad de empleo por razones de mercado, a quienes corresponda.

CONSIDERACIONES EN TORNO A UNA NUEVA LEY DEL MEDIO AMBIENTE

Equipo técnico de la Fundación Milenio

Introducción

La Comisión de Región Amazónica, Tierra, Territorio, Agua, Recursos Naturales y Medio Ambiente de la Cámara de Diputados de la Asamblea Legislativa Plurinacional ha manifestado su propósito de elaborar una nueva Ley General del Medio Ambiente, en reemplazo de la No. 1333 de 27 de abril de 1992, aun vigente. Este propósito se complementa con la intención de hacerlo al modo de la vieja usanza democrática: con la participación de los diversos actores involucrados en esta problemática. Con esta finalidad ha convocado a un primer Foro Medioambiental realizado el pasado mes de abril en la ciudad de La Paz. Dicho evento contó con la participación de legisladores, autoridades del Poder Ejecutivo y miembros de organizaciones sociales y ambientales.

Puede discutirse si la prioridad de la gestión ambiental actual sea elaborar una nueva ley, sobre todo si tomamos en cuenta la urgencia de contar con políticas y acciones operativas para enfrentar los cada vez más severos problemas ambientales actuales. Pero no se puede menos que reconocer el mérito de esta iniciativa legislativa, en tiempos en que el Poder Ejecutivo impone la agenda parlamentaria. Habrá que ver hasta dónde llega este esfuerzo, pero puestos al desafío de encarar una nueva ley ambiental, echemos un vistazo al pasado y tratemos de sacar algunas lecciones que, quien sabe, podrían ser tomadas como referentes si esta iniciativa prosperara.

I. Origen de la ley 1333

La ley No. 1333 actualmente en vigencia, fue promulgada en abril de 1992 por el entonces Presidente de la República Jaime Paz Zamora. Fue el corolario de una auspiciosa etapa de arranque de la gestión ambiental estatal en Bolivia. Por entonces, los temas ambientales estaban en alza en el contexto internacional. El mundo entero estaba a la expectativa de la primera Cumbre de la Tierra que se celebraría en Rio de Janeiro pocos meses después, en junio de ese mismo año. En todos los países circulaban propuestas, ideas, políticas y programas sobre los más diversos aspectos de la gestión ambiental. Esta fuerte influencia internacional, expresada en generosos aportes financieros y no menos vehementes impulsos para adoptar políticas y programas ambientales, tuvo un fuerte impacto en Bolivia.

De esa época data la creación de la Secretaría Nacional del Medio Ambiente, elevada al rango de Ministerio para incrementar su jerarquía política y capacidad de decisión y ejecución de iniciativas ambientales. De ella dependieron dos importantes instrumentos.

Por una parte, el Fondo Nacional para el Medio Ambiente -FONAMA-, diseñado para aprovechar de la manera más óptima posible las diversas oportunidades de financiamiento que la cooperación internacional brindaba en ese momento. Pocas veces Bolivia tuvo un instrumento de la eficacia del FONAMA en la provisión de recursos para programas ambientales que, por lo demás, se prolongaron mucho más allá de la vida de este organismo. Por otra parte, el Plan de Acción Ambiental de Bolivia -PAAB- que generó un proceso ampliamente participativo para el diseño de políticas públicas para la gestión ambiental, de modo de orientar y priorizar adecuadamente las nuevas inversiones en este campo y coordinar los diversos esfuerzos en una estrategia común a partir de las propias necesidades del país y sus regiones.

Poco antes, en 1990, se había realizado la Marcha por el Territorio y la Dignidad protagonizada por los pueblos indígenas de las tierras bajas del país que asumían por primera vez en nuestra historia un rol protagónico como actores políticos y sociales. Como resultado obtuvieron la conquista de los primeros territorios indígenas del país, bajo su propia gestión autónoma. Entre ellos, el Territorio Indígena Parque Nacional Isiboro Sécore, el TIPNIS, concedido a los pueblos Mojeño, Yuracaré y T'Simán. Este territorio se constituyó en un símbolo de las conquistas indígenas y de un nuevo tipo de gestión ambiental, la compartida entre el Estado y estos pueblos en el manejo de territorios que tienen el doble carácter de territorio indígena y área protegida.

Es en este contexto de fuerte impulso político expresado en múltiples iniciativas, en el que se formuló la ley 1333. Nació de una iniciativa parlamentaria, en la Comisión de Medio Ambiente de la Cámara de Diputados y fue elaborada con el aporte de diversos actores sociales. Sobre todo, de aquellos más comprometidos con los postulados de la conservación y el desarrollo sostenible, los nuevos paradigmas del desarrollo instalados en el país desde entonces.

Fue un tiempo de ilusiones y logros, de visiones y acciones idealistas, en algunos casos hasta ingenuas. Pero sobre todo, fue una época de esfuerzos múltiples y colectivos con niveles de coordinación básicos entre sí que permitieron a la joven gestión ambiental boliviana, aprovechar de un contexto internacional no solo propicio sino con la posibilidad económica real de financiar sus sueños.

II. Breve balance de la ley 1333

Los paradigmas ambientales no fueron los únicos de ese tiempo. Como es bien sabido, el mundo también estaba muy atento a las nuevas perspectivas que ofrecía el proceso de "reformas estructurales" de los estados, por usar otra etiqueta que reemplace la ya muy gastada que se usa para designar a ese "modelo" de desarrollo.

Bolivia ya había tenido una primera fase de estas reformas y, a partir de agosto de 1992, poco después de ser promulgada la Ley del Medio Ambiente, se inició la segunda. No es este el lugar para un balance integral de dichas reformas y sus consecuencias. Nos limitaremos aquí a seguir las vicisitudes de la Ley mencionada en el marco de la gestión ambiental en general. Advertamos, no obstante, que no nos es posible saber, a ciencia cierta, cual fue la influencia real de los nuevos paradigmas del Consenso de Washington

en la flamante gestión ambiental boliviana y, cual la de otros factores, como el de la propia cultura política boliviana y sus prácticas de esa etapa en particular. Posiblemente hubo un poco de todo.

El caso es que la Secretaría Nacional del Medio Ambiente se convirtió en Ministerio del Medio Ambiente y Planificación, órgano rector de todo el proceso de planificación del desarrollo del país. En su tiempo, este Ministerio fue uno de los considerados "superministerios" del gobierno. Fue importante para consolidar en el país los conceptos de conservación y de desarrollo sostenible, poniendo en vigencia una serie de normas y políticas ambientales de diverso orden. Pero quizá, pese al alto nivel político alcanzado, sus portavoces en la escena de las decisiones políticas pocas veces lograron que estos conceptos de desarrollo se impusieran sobre las demandas y precarios equilibrios del desarrollo económico en general.

Más aun, vista a la distancia, la gestión ambiental pareció diluirse y perder energía pese a su nueva jerarquía y sonoro rótulo. El Plan de Acción Ambiental fue cancelado inmediatamente y posteriormente, también el FONAMA, luego de una larga agonía en la que se fueron disminuyendo paulatinamente sus atribuciones y logros.

La ley siguió vigente. Un reconocido experto boliviano en gestión ambiental la ha calificado como una ley "virtual", puesto que sus postulados no coinciden con la realidad concreta. Sus mandatos no estaban respaldados financieramente y, a veces, ni políticamente. Los cortos recursos financieros fiscales asignados a los organismos de gestión ambiental hicieron que estos se tornaran dependientes de los aportes de la cooperación internacional, con todas las ventajas y desventajas que esta situación supone, especialmente a la hora de establecer políticas, prioridades y procedimientos. Al tiempo, la propia cooperación comenzó también a disminuir sus aportes, de modo que la gestión comenzó a verse cada vez más disminuida en su capacidad de imponer la ley y desarrollar sus programas.

En lo político, las nuevas leyes que se promulgaron inmediatamente después, referidas al aprovechamiento de recursos naturales, como la de hidrocarburos y minería, no parecen haber estado en consonancia con ella. Por otra parte, la ley no fue complementada con normas específicas. Hasta el momento no contamos con una actualizada ley de aguas, o una de biodiversidad. Tampoco se han reglamentado varios otros aspectos, como el aprovechamiento de la vida silvestre, por ejemplo. La promulgación de la Ley Forestal, en cambio, si fue un aporte sustantivo al proceso.

En el ámbito judicial, la Ley de Medio Ambiente no logró hacerse de un espacio en la cultura y las prácticas del sistema jurídico nacional, por lo demás, crónicamente en crisis. Más allá de la formalidad, no ha pasado de ser una suerte de "rara avis" legal, muy poco usada por usuarios, profesionales y autoridades en el campo de la jurisprudencia. En fin, tampoco contó con procesos suficientes de promoción, difusión y educación ambiental en diversos campos. La Ley se iba quedando sola. Ya no era parte de toda una estrategia de gestión ambiental, un documento vivo que era sobre todo, un instrumento de trabajo cotidiano.

Con todo, la ley se mantuvo vigente. Teniéndola como referente, desde esta nueva época en adelante se realizaron significativos avances en la gestión ambiental, que deben mencionarse. En primer lugar, se promovió la institucionalización de la gestión ambiental. Desde ese Ministerio y desde otros, de manera transversal, se desarrollaron diversas iniciativas que terminaron estableciendo una creciente capacidad de gestión ambiental en el país, no solo a nivel nacional, sino también departamental y sobre todo municipal. En esos nuevos escenarios se desarrollaron las más diversas iniciativas. Desde ambiciosos planes de uso del suelo hasta sencillos reglamentos para los desechos sólidos. No es poca cosa en un país como el nuestro. Esta capacidad más o menos se mantiene hasta ahora pese a que sucesivos cambios políticos, reglamentarios y/o de personal, la crónica escases de recursos técnicos y financieros, la burocratización de algunos de sus procedimientos, casos lastimosamente frecuentes de corrupción, o simplemente la pérdida de prioridad política, la vienen socavando incesantemente.

Un campo donde la capacidad de gestión ha registrado un avance notable ha sido el de la administración de las áreas protegidas del país. Se ha institucionalizado el Servicio Nacional de Áreas protegidas, el SERNAP, y en todas estas áreas se cuenta con personal profesional, aunque no siempre en cantidad suficiente y con los recursos necesarios. En ellas se desarrollan programas de manejo y conservación de diverso alcance y éxito.

Pese a cierta ambigüedad en las normas, en varios de los Parques Nacionales los pueblos indígenas originarios participan en estos procesos, mediante sistemas de coadministración. Junto a ellos, se han desarrollado también no solo planes de manejo y conservación sino incluso de aprovechamiento sostenible de algunos de sus recursos en beneficio de esta población.

Pueden destacarse también los avances que, en un grado razonable, alcanzó el sector forestal. Con cierta renuencia al principio y con más confianza después, vistos los resultados, el sector forestal se avino a las nuevas normas y prácticas para su desarrollo. La nueva ley Forestal y sus políticas de estímulo como la del Sello Verde, incentivaron la exportación de productos forestales que provengan de bosques sujetos a planes de conservación y manejo sostenible, incrementando el interés empresarial por el manejo de los bosques y la generación de valor agregado a su producción. Por otra parte, se desarrollaron también importantes programas forestales a nivel municipal y comunitario en bosques de las tierras bajas del país que alcanzaron un desarrollo notable.

Algunas ramas de la industria siguieron esta vía, como el sector del cemento y de la producción de azúcar. El sector agroindustrial también avanzó en algún grado, aunque menos de lo necesario para tener una producción ambientalmente sostenible. En sectores como la minería e hidrocarburos los avances fueron modestos.

Las evaluaciones de impacto ambiental y las licencias para diversas actividades lograron aceptación y algún grado de institucionalidad, pero terminaron perdiéndose en un manejo burocrático con escaso impacto real en la calidad ambiental. Algunas iniciativas en mejorar la calidad ambiental urbana, como el manejo de los residuos sólidos o el manejo de aguas servidas prosperaron en algunas ciudades, pero siguen constituyendo un desafío donde queda bastante camino por recorrer.

El avance desproporcionado de la frontera agrícola, especialmente por parte del sector agroindustrial así como por los procesos de colonización, constituye un problema crítico sin perspectivas de solución. Los desbosques y las quemadas consecuentes no sólo no han podido ser frenadas sino que se incrementan peligrosamente.

Las diversas sanciones que establece la ley para diversas transgresiones al medio ambiente que, en determinados casos llega a la privación de libertad y la cárcel, nunca han llegado a aplicarse. Las modalidades de participación social en la gestión ambiental establecidas han quedado cortas y tampoco se han realizado avances sustanciales en este campo.

III. Los nuevos desafíos ambientales

A nivel global, el cambio climático y el calentamiento global, amenazas latentes hace 20 años cuando se promulgó la ley, hoy son peligros reales y cotidianos con impactos directos en el medio ambiente del país.

Como en muchos otros lugares del mundo, los glaciares de la cordillera andina, unos más que otros, han comenzado a disminuir y, en casos, como la conocida pista de esquí de Chacaltaya, de manera severa. Esta merma en los glaciares podrá afectar al conjunto de los ecosistemas andinos y, adicionalmente, pondrá en riesgo el abastecimiento de agua potable de varias ciudades que hoy en día dependen básicamente de esa forma de provisión, como La Paz y El Alto.

Otro de sus efectos a nivel local ha sido el incremento de la frecuencia de las corrientes del Océano Pacífico, como El Niño y La Niña. A su paso el régimen de lluvias en el interior del continente aumenta de manera notoria, provocando inundaciones en diversas regiones. Este fenómeno es particularmente notable en la enorme cuenca amazónica del país, que cubre casi el 70 por ciento del territorio nacional y que finalmente desemboca en las llanuras benianas. Si se asocia la frecuencia de lluvias mayores con la pérdida de cobertura vegetal debido al incremento de cultivos en porciones importantes de la ladera oriental andina, como las de la región del Chapare y los Yungas paceños, los efectos de la inundación resultan más frecuentes y severos.

En otro orden, se ha incrementado peligrosamente la ya existente contaminación de los diversos cursos de agua del país. La contaminación con residuos de minerales como el plomo y el arsénico afecta toda la cuenca del Pilcomayo en el sur, a niveles alarmantes. Este tipo de contaminación, al no ser biodegradable, provoca efectos permanentes que afectan el equilibrio de los ecosistemas fluviales, especialmente a su fauna y eventualmente ponen en riesgo la salud de la población que se alimenta de sus peces, como el conocido caso del Sábalo del Pilcomayo. Los ríos amazónicos por su parte, especialmente el Madre de Dios y el Madera, de donde se extrae oro aluvional, resultan severamente afectados por el uso indiscriminado de mercurio. Son considerables también los residuos químicos que se vierten a los cursos de agua desde las numerosas fábricas de cocaína, no solo ya en la región amazónica sino en varias otras regiones. Otra fuente de contaminación de los ríos amazónicos son los propios desbosques. Los suelos de esta región contienen niveles importantes de mercurio que, al quedar expuestos a la lluvia por la pérdida de la cobertura vegetal, discurren por la vía de la lixiviación hacia los ríos.

En varios casos los acuíferos subterráneos, especialmente en áreas de alta densidad demográfica como los valles de Cochabamba, están también contaminados o, lo que es peor, se observa un franco descenso de sus caudales.

La contaminación de vertientes y cursos de agua superficial cercanos a poblaciones mayores y pequeñas se ha incrementado en grados nunca vistos. En ellos se vierten todo tipo de desechos, desde domésticos hasta industriales, afectando la salud de la población local y además, la calidad ambiental aguas abajo.

Los estudios de impacto ambiental, especialmente para la construcción de infraestructura industrial o de caminos comienzan a perder vigencia de manera peligrosa. Un caso emblemático es el de la construcción de la carretera de Cochabamba a Trinidad que atravesará el Territorio Indígena y Parque Nacional Isiboro Sécore, sin los estudios necesarios y con la expresa oposición de los pueblos originarios del área.

Existen problemas severos de contaminación y mal manejo de las aguas en varias cuencas internacionales. Desde el modesto Silala hasta el lago Titicaca, pasando por las represas que se construyen en el río Madera a pocos kilómetros de nuestra frontera, o el desvío inconsulto y perjudicial de aguas en el curso bajo del Pilcomayo. En el caso mencionado de las represas del río Madera, no se han realizado estudios de impacto ambiental en la cuenca boliviana de este río ni se ha emitido pronunciamiento oficial alguno al respecto, pese a que sus efectos serán más que previsibles.

56

También han aumentado drásticamente los procesos de erosión y desertificación. Algunas fuentes estiman que la desertificación irreversible de suelos del área andina alcanza casi al 40 por ciento de su superficie total.

IV. Un problema ambiental pendiente

Con todo, el gran problema ambiental sigue siendo la incesante pérdida de cobertura vegetal y la conservación de los bosques. Algunas fuentes afirman que sólo el año pasado se ha quemado, por producto de malas prácticas agropecuarias, cerca al 10 por ciento de la superficie total de los bosques, con la consiguiente e incalculable pérdida de la diversidad biológica, afectando severamente sus ecosistemas y contribuyendo a la erosión y al cambio climático.

El país no ha desarrollado todavía una visión integral para su desarrollo rural. Hay todo un conjunto de elementos que estimulan la tala de los bosques a favor de la agricultura, y que desincentivan la conservación de los bosques.

La panacea de la mecanización agrícola se impone de manera arrolladora en las tierras bajas, sin ninguna consideración sobre sus efectos en la cobertura vegetal, la conservación de suelos, la calidad de las especies, etc. El bajo precio de estas tierras permite a los grandes inversionistas avanzar sobre la frontera agrícola abandonando los suelos gastados por las malas prácticas agrícolas.

En el otro caso, las poblaciones de colonizadores hacia las tierras bajas traen consigo

sus costumbres, valores y prácticas agrícolas andinas que tampoco convienen a las necesidades de sostenibilidad productiva de las áreas boscosas.

La propia normativa sobre tierras induce a prácticas de desbosque. El viejo lema de la ley INRA: "la tierra de de quien la trabaja" obliga al agricultor, pequeño o grande, a trabajar su tierra. Esto es, de manera unívoca, desboscarla para iniciar la agricultura. Sin desbosque no hay, al parecer, un uso social de la tierra y, por consiguiente, razón para conservarla en propiedad.

Una nueva visión ambiental sobre el desarrollo rural podría contribuir en desarrollar las potencialidades de cada región, a valorizar los diversos tipos de bosque del país que, por fortuna y pese a todo, todavía son muchos, a generar prácticas productivas con menos ocupación de espacios y más altos y sanos rendimientos.

V. Insumos importantes para una nueva ley ambiental

1. La Constitución Política del Estado

Un elemento a tomarse seriamente en consideración al momento de encarar, eventualmente, una nueva ley ambiental es el generoso aporte que en esta materia ofrece la CPE vigente. En efecto, aproximadamente 200 de sus más de 500 artículos, una proporción inédita en relación a las anteriores constituciones, hacen referencia directa o indirecta a la temática ambiental, desde perspectivas diferentes y no siempre bien integradas, aunque en general bajo una visión razonablemente orientada por criterios de conservación y desarrollo sostenible, en sus diversos ramos: desde la conservación general de los ecosistemas naturales del país, hasta el manejo de las áreas protegidas, pasando por la regulación general, como corresponde a esta norma, de las actividades extractivas, la agropecuaria, la industria y el medio ambiente urbano. La conservación y adecuado manejo de la tierra, los recursos hídricos y los bosques merecen en ella especial atención.

Este conjunto de preceptos constitucionales, anteriores en tiempo a la política de la Madre Tierra, y de carácter menos ideologizado que ésta, ofrecen insumos importantes para el diseño de normas y políticas ambientales.

2. Los servicios ambientales

Otra área importante en la que se han alcanzado avances significativos es la de los servicios ambientales. Hoy en día el país está mejor capacitado en esta materia y cuenta con organismos, personal profesional, tecnología, bases de datos, metodologías y experiencia acreditada en diversas áreas de la gestión ambiental, lo que podrá ser otro importante insumo en la perspectiva de una nueva ley ambiental.

VI. La gestión ambiental actual

La actual política de gestión ambiental es, por decir lo menos, contradictoria. Por una parte promueve una intensa actividad a nivel internacional, proclamando los Derechos

de la Madre Tierra, concebidos como nuevo paradigma en la relación armónica entre los hombres y la naturaleza. Logra, en tiempo record, la aprobación de una escueta Ley que los consagra y con ese instrumento participa a plenitud en reuniones, congresos, cumbres y todo tipo de eventos que, en profusión, se suceden efectivamente en campo internacional. Tal parece el nuevo escenario, o si se quiere, "el ambiente", de la actual gestión ambiental: el de los salones de las grandes reuniones internacionales donde se combate en un mundo de ideas maniqueo: las justas y verdaderas recogidas de las cosmo visiones indígenas, destinadas a derrotar a las demás ideas, todas ellas falsas y "neoliberales".

Funcionarios de la Cancillería y de la Defensoría de los Derechos de la Madre Tierra están en permanente lucha y frecuentes viajes, con los postulados y postulantes de los nuevos enfoques del cambio climático: el Protocolo de Kyoto, la Cumbre de Cancún, etc. La Cumbre de Río y la Agenda 21 son ya parte del pasado, como lo es a Ley 1333, aunque esté en vigencia. Se trata al parecer de un debate conceptual muy serio que no se permite distracciones con sucesos menores como los impactos ambientales de las represas hidroeléctricas que se construyen en el río Madera. O el impacto ambiental de una carretera que cruzará diametralmente la más grande, antigua y principal área protegida del país, el TIPNIS.

Por otra parte, el actual Ministerio de Medio Ambiente y Agua ha perdido totalmente su protagonismo al frente de la gestión ambiental en Bolivia. Con un trabajo técnico modesto en el área de la biodiversidad, sus mayores esfuerzos parecen concentrarse en apoyar los hasta ahora poco concretos postulados de la Defensoría de la Madre Tierra, constituida de facto en la cabeza política real de la gestión ambiental estatal. Las expectativas iniciales generadas respecto a la jerarquización de la gestión, manejo y normatividad de las aguas se han extraviado. La cabeza del organismo ya es pieza de negociación ante eventuales embates de aliados políticos insatisfechos. Las relaciones entre el "ambiente" de la naturaleza y de los grupos humanos concretos que trabajan en ella permanecen lejanos a sus preocupaciones.

En las Gobernaciones y Municipios, con alguna esporádica excepción, no registramos eventos que den señales de movimiento en el sector ambiental y todo apunta al paulatino languidecimiento de sus organismos, capacidad operativa y hasta idoneidad funcionaria.

Siguen siendo las ONG's ambientalistas, las que llevan por ahora la mayor parte de las actividades en el campo de la conservación, el desarrollo sostenible, los servicios ambientales, la investigación y el desarrollo de políticas y conocimientos en estos campos. Sin embargo, dada la naturaleza de estos organismos, sus esfuerzos se limitan, naturalmente, a proyectos y/o regiones determinados. Muchas de ellas, consideradas "neoliberales" por el gobierno, han reducido significativamente sus inversiones, personal e iniciativas en buena parte debido a su conflictivo relacionamiento con las autoridades del sector.

Comentario final

Por las consideraciones expuestas, no parece fácil el intento de elaborar una nueva ley ambiental realmente participativa, desde una iniciativa parlamentaria. El escenario

político actual hace difícil un debate real, amplio y transparente de estos problemas.

Pero si el intento persistiese, deben tomarse en cuenta las lecciones del pasado. Una ley sola, aislada, sin un sólido respaldo político, sin estrategias de implementación ni normas complementarias, sin instrumentos y organismos dispuestos a hacerla cumplir, puede finalmente llegar a promulgarse, pero sus efectos serán limitados.

Quizá una alternativa posible sea el tratar de concretar, en normas y políticas operativas, los altos postulados de la Madre Tierra. Trabajar en leyes sectoriales no deja de ser una posibilidad al respecto. Seguimos con una ley de aguas del siglo XIX y los distintos avances técnicos hacía una ley de la biodiversidad han chocado hasta ahora con dificultades políticas.

Otra alternativa, útil en el pasado y sobre la que se tiene experiencia, es la de la transversalización de contenidos ambientales. Las nuevas leyes de tierras, producción agropecuaria y desarrollo rural deberían contar con diversos aportes desde una perspectiva ambiental, procurando una visión integrada de los problemas, como hemos mencionado.

Pero, ¿quien introduce estos elementos? El fortalecimiento de los organismos estatales de gestión ambiental es otra prioridad. Organismos sobre todo centrados en los dramas ambientales del propio país.

LEY DE TELECOMUNICACIONES ALCANCES, LÍMITES, PREOCUPACIONES Y PROPUESTAS A LA NORMATIVA, CON ÉNFASIS EN INTERNET

Pablo A. Rivero*

Introducción

El presente documento analiza el alcance y proyección del Proyecto de Ley de Telecomunicaciones¹ en base a los textos corregidos y remitidos por la Comisión de Planificación, Política Económica y Finanzas de la Cámara de diputados a la Asamblea Plurinacional. El documento final, así como los precedentes, posee un eminente carácter técnico, es de amplio alcance multisectorial e indiscutible complejidad, por lo que este paper hace particular énfasis crítico en lo referido a Internet.

En este sentido, el objetivo de este trabajo es discutir y analizar especialmente aspectos referidos a las condiciones de democratización de las telecomunicaciones y las tecnologías de información y comunicación (TIC), abordar dudas sobre reconfiguración del mercado de las telecomunicaciones, la regulación y convergencia tecnológica, la seguridad y el control de la información electrónica, relaciones de mercado, acceso y prestación de servicios, contrastados con los principios establecidos por la Constitución como el derecho a la información y la comunicación de todas y todos², la libertad de expresión, la igualdad de acceso, la inviolabilidad de la privacidad, entre otros.

Se argumenta que el proyecto de Ley de Telecomunicaciones presentado por el Viceministerio del ramo y revisado por la Comisión antes señalada ha avanzado en varios aspectos, propone cambios y ajustes necesarios para la inclusión digital y el ejercicio pleno de derechos constitucionales y universales en materia de telecomunicaciones/TIC aunque deja interrogantes y dudas en temas de regulación, licencias y transectorialidad, abordaje digital, así como medidas más precisas hacia la generación y apropiación de tecnologías.

Este proyecto de Ley surgió como una propuesta eminentemente concebida desde el mercado donde la reducción de la brecha digital, la inclusión digital y democratización del acceso a las telecomunicaciones/TIC quedaba en el enunciado. El proyecto final aprobado en grande y detalle por la Cámara de Diputados, sugiere algunas correcciones

* Cientista político (Universidad Nuestra Señora de La Paz, Bolivia) y Máster (con distinción) en Comunicación Política Internacional, Cabildeo y Campañas (Kingston University, Inglaterra). Ha sido facilitador del programa Focuss.Info de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Rotterdam (Países Bajos) y gestor de Comunidades Virtuales en el PNUD. Actualmente es docente, investigador y consultor independiente.

1 Este análisis se hace a partir del proyecto de Ley aprobado por la Cámara de Diputados en Detalle (22/07/2011).

2 "Artículo 106. I. El Estado garantiza el derecho a la comunicación y el derecho a la información. II. El Estado garantiza a las bolivianas y los bolivianos el derecho a la libertad de expresión, de opinión y de información, a la rectificación y a la réplica, y el derecho a emitir libremente las ideas por cualquier medio de difusión, sin censura previa."

en el rumbo previo aunque deja pendiente una reglamentación clara y ciertamente dudas en el carácter transectorial, digital y convergente que es como se presenta y proyecta el sector de las telecomunicaciones en nuestro tiempo.

I. Consideraciones iniciales

La normativa proyectada parte del principio fundamental, constitucionalmente reconocido³, del acceso universal y equitativo a los servicios de telecomunicaciones y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC). El proyecto de normativa propone garantizar el uso eficiente del espectro electromagnético y proteger a las y los consumidores con criterios de calidad, asequibilidad, protección a la privacidad, eficiencia económica, "neutralidad tecnológica"⁴, entre otros principios.

Ahora bien, los criterios anteriores, indudablemente principalistas y concordantes con el mandato constitucional, entran en algunos casos en conflicto de aplicación y operativización con el objetivo de inclusión digital mediante la reducción de la brecha digital, la democratización y el acceso universal a las telecomunicaciones/TIC.

Parto de los datos e información disponible sobre acceso, penetración y usabilidad de internet en Bolivia. Dichas cifras se presentan no del todo fiables y sin un respaldo estadístico sólido. En la exposición de motivos se señala que "las conexiones de internet tienen una penetración de 1.2 por ciento, lo que representa que solo (sic) 1.2 de cada 100 habitantes tienen conexión a internet en su domicilio"⁵.

Es más, apelando a una comparación no respalda en la región, la exposición de motivos también sugiere que "[l]as cifras de Internet en Latinoamérica están en constante crecimiento, de hecho es la que presenta la tasa de crecimiento de usuarios que se conectan a Internet más elevada a nivel mundial, durante el 2010 e inicios del 2011 creció un 15 por ciento o lo que en otras palabras significa que ahora representamos (en América Latina) aproximadamente el 8 por ciento del total mundial de usuarios"⁶.

La exposición de motivos de la Ley también señala que los usuarios que se conectan desde cibercafés o cafés internet, oficinas, telecentros, escuelas, universidades y otros llegan al 24.5 por ciento del total de la población. En el área urbana, el 38 por ciento de la población tendría acceso a internet, mientras que en el área rural menos del 1 por ciento⁷.

Con todo, la realidad demuestra que las instancias estatales y gubernamentales en Bolivia no han hecho una recolección seria y amplia de datos sobre conectividad, asiduidad y usabilidad de internet.

3 El Artículo 20 de la Constitución dice:
"I. Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones. II. Es responsabilidad del Estado, en todos sus niveles de gobierno, la provisión de los servicios básicos a través de entidades públicas, mixtas, cooperativas o comunitarias. En los casos de electricidad, gas domiciliario y telecomunicaciones se podrá prestar el servicio mediante contratos con la empresa privada. La provisión de servicios debe responder a los criterios de universalidad, responsabilidad, accesibilidad, continuidad, calidad, eficiencia, eficacia, tarifas equitativas y cobertura necesaria; con participación y control social."

4 Este principio se discute y analiza en la sección referida al Software Libre.

5 Página 4.

6 Ibid.

7 Los datos que maneja el proyecto de Ley son del 2006.

Revisando y trabajando datos del Sistema de Medición de Condiciones de Vida (MECOVI) de 2008⁸ es posible encontrar datos que reflejan de manera algo más precisa la situación de conectividad en el país, aunque siguen siendo insuficientes para un análisis preciso de la situación de conectividad en Bolivia.

Dicha encuesta muestra que el 5 por ciento de los hogares del área urbana tienen conexión a internet, mientras que en el área rural la conexión domiciliar es casi cero. Cabe subrayar que los percentiles más altos en cuanto a ingreso concentran más del 70 por ciento de la conexión a domicilio, dato que refleja la directa relación entre la brecha socioeconómica con la brecha digital.

Siguiendo con la misma encuesta, el 42 por ciento de la población accede a internet fuera del hogar, estimándose que estas familias acuden a cibercafé o telecentros, o que se conectan desde sus fuentes laborales, escuelas, universidades u otros.

La encuesta también revela que, en promedio, los hogares en Bolivia destinan Bs. 18.5 al mes para conectarse a internet. Sin embargo, ajustando la información a partir de los deciles más bajos, se puede observar que los hogares en los 5 deciles de menor ingreso económico gastan en promedio Bs. 5.0 al mes (y tienen una conexión domiciliar no mayor a 1 por ciento), lo que supondría dos o tres horas de conexión a internet al mes.

Las estadísticas de penetración, usabilidad y asiduidad de uso de internet son ciertamente insuficientes, considerando además que ahora se puede acceder a servicios de conexión a través de módems móviles y también teléfonos celulares. A pesar de ello, están reflejando que quienes más acceden son los miembros de hogares con mayor ingreso, situación que se presenta como un desafío en la visión de garantizar el pleno derecho a las TIC y ampliar progresivamente la cobertura, el acceso y la calidad de servicios para la mayoría de la ciudadanía.

II. Usuario

La definición de usuario propuesta en el proyecto de Ley (artículo 6, párrafo II, inciso 14) define a éste como "la persona natural o jurídica que utiliza los servicios de telecomunicaciones y tecnologías de información y comunicación, como destinatario final. Para efectos de esta ley, se considera a los socios de las cooperativas de telecomunicaciones como usuarios".

Esta definición propone una corrección respecto a la definición original en el primer proyecto de Ley donde se determinaba y limitaba el ámbito de usuario a la relación contractual, sea tácita o expresa, con una empresa proveedora de servicio. Al incluir en esta definición además a los socios de cooperativas de manera explícita se reduce la asimetría en relación a éstos.

8 Especial agradecimiento a José Gabriel Espinoza quien me proporcionó la información temática pre-sistematizada y construyó matrices generales a partir de los datos relevantes de hogares, área urbano/rural, ingreso, años de educación, tipo de conexión, etc.

III. Espectro electromagnético y convergencia

Otro aspecto crucial abordado desde la exposición de motivos, además concordante con el artículo 3, parágrafo I del proyecto de Ley, es el de la definición del espectro electromagnético como recurso natural. De acuerdo al artículo 348 de la Constitución⁹ éste es de "carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país". Por mandato constitucional y lo expuesto en la Ley, implicaría que su utilización, aprovechamiento y concesión, como los otros recursos naturales de propiedad de los bolivianos, debiera estar normado de acuerdo a reglamento específico, en esta caso por el Plan Nacional de Frecuencias (artículos 9, 10 y 11 de la Ley), y desde allí se debería establecer reglas claras de concesión, uso comunitario, uso prioritario para investigación, educación y desarrollo de tecnologías propias, etc.

La normatividad sobre el espectro electromagnético y la utilización del espectro radioeléctrico en tanto recursos naturales estratégicos debiera ser un avance que abra la oportunidad para un uso y aprovechamiento socialmente eficiente y con visión de desarrollo equitativo y plural¹⁰. Sin embargo, el proyecto de Ley aquí establece un criterio de concentración de poder y sobre todo cierta miopía respecto al presente y futuro tecnológicos.

Veamos por qué.

El Plan Nacional de Desarrollo 2006-2011¹¹, por ejemplo, señala en el punto 4.6.2 referido a Telecomunicaciones que: "El acceso universal a la información, al conocimiento y a la comunicación como bienes públicos es responsabilidad del Estado, quien intervendrá soberanamente en todos aquellos espacios que son de interés social, para promover servicios públicos en condiciones de calidad, continuidad y accesibilidad económica para eliminar la marginación y la exclusión contribuyendo a la posibilidad de Vivir Bien" (PND 2007).

Ahora bien, mediante la norma aquí analizada, el Estado tomaría el control de hasta el 33 por ciento de las frecuencias disponibles, porcentaje igual que para el uso comercial. El restante 34 por ciento esta designado a uso social comunitario y de pueblos indígenas, originarios y campesinos en proporciones iguales (17 por ciento para cada sector).

Este criterio de redistribución impacta decididamente en contra de las inversiones privadas y empresas comerciales en el sector analógico de radio y televisión principalmente. Asimismo, no está acompañado de condiciones reales y materiales (en términos de recursos económicos ni tecnológicos) para incidir efectivamente en el "acceso universal a la información, al conocimiento y a la comunicación", sobre todo de quienes menos acceso tienen (áreas periurbanas y rurales).

9 Artículo 348.

I. Son recursos naturales los minerales en todos sus estados, los hidrocarburos, el agua, el aire, el suelo y el subsuelo, los bosques, la biodiversidad, el espectro electromagnético y todos aquellos elementos y fuerzas físicas susceptibles de aprovechamiento.

II. Los recursos naturales son de carácter estratégico y de interés público para el desarrollo del país.

10 Hay una observación que preocupa sobre la asignación de frecuencias que se aborda en la sección Otras preocupaciones.

11 **V e r t e x t o c o m p l e t o e n**
http://www.sns.gob.bo/planificacion/documentos/5_PND%20VERSION%20OFICIAL.pdf

Además, y quizá esto es lo más concreto y preocupante, se propone una mirada analógica, desagregada y vetustamente alejada de las dinámicas sociales de comunicación e información actuales y dominantes que tienen una eminente orientación digital.

La normativa así propuesta posterga la apuesta gravitante por la convergencia tecnológica y por tanto la posibilidad de canalizar y garantizar efectivamente la oferta de servicios que concedan el acceso a servicios integrados de telefonía fija, móvil, internet y televisión digital, a costos acordes al ingreso promedio nacional y bajo una lógica de inclusión, tanto en zonas urbanas y rurales, pero sobre todo haciendo un fuerte énfasis en los cinturones periurbanos, que es donde mayor concentración de población hay pero también menor cobertura y menos foco de interés.

Considerando el dinámico mercado global de desarrollo de tecnologías para las telecomunicaciones/TIC y los altos costos de inversión, entre otros factores, con una decisión política de esta naturaleza anclada en finales del siglo XX -lo que para las telecomunicaciones hoy es demasiado tiempo-, repito, sin una visión clara de convergencia de servicios, se puede vaticinar que la brecha digital seguirá su tendencia creciente.

IV. Tarifas

Un elemento directamente relacionado al punto anterior es el régimen tarifario (capítulo VI). El Proyecto de Ley propone una estructura de precios equitativa en el enunciado pero con una contradicción en su aplicación. Supone que las tarifas garanticen "la provisión eficiente de cada servicio" y también atienda "los principios de solidaridad y asequibilidad", lo que refleja una posición problemática al momento de operativizar el servicio en las críticas y limitadas condiciones actuales.

Así pues, el mayor problema se presenta en el contexto de aplicación en el corto y mediano plazo. De acuerdo con un informe del Observatorio Regional de Banda Ancha, recientemente lanzado por la CEPAL, las tarifas de internet en Bolivia son las más caras de la región¹² y los niveles de ingreso entre los más bajos del continente. Ante esta realidad, la ley no establece mecanismos efectivos, desde el mercado, lo social e inclusivo, para garantizar el derecho universal de acceso a las telecomunicaciones/TIC. Es más, se debería tomar en cuenta no sólo el dato concreto de la CEPAL sino también la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas quien, en reciente sesión, ha declarado el acceso a internet como un derecho humano¹³.

En síntesis, en lo que a medidas normativas para la inclusión digital y la democratización de las telecomunicaciones/TIC vía internet respecta, este proyecto de ley corrige aspectos interesantes y ciertos principios para la inclusión digital pero no tiene completa correspondencia concreta con la reducción efectiva de la brecha digital, la inclusión digital de los sectores hasta hoy excluidos, ni tampoco la democratización del acceso a las telecomunicaciones y a las tecnologías de información y comunicación.

12 La nota de prensa dice: "En un extremo de la lista se ubica Bolivia, donde la tarifa (medida por Paridad de Poder Adquisitivo) fue de 300 dólares por Mbps..." Vea la nota completa en <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/prensa/noticias/comunicados/5/43555/P43555.xml&xsl=/prensa/tp/p6f.xsl&base=/prensa/tp/top-bottom.xsl>

13 CNN México (2011). 'La ONU declara el acceso a internet como un derecho humano'. Nota online, disponible en <http://mexico.cnn.com/tecnologia/2011/06/08/la-onu-declara-el-acceso-a-internet-como-un-derecho-humano>.

V. Aspectos positivos

Es oportuno y necesario destacar algunos aspectos positivos del proyecto de Ley, sobre todo haciendo énfasis en internet, conectividad, seguridad, privacidad y reconocimiento electrónico.

El artículo 23 establece que "los nuevos proyectos de infraestructura para brindar servicios de energía eléctrica, hidrocarburos y transportes deberán incorporar la instalación de fibra óptica y/o ductos y cámaras...". Esta determinación incide directa y positivamente en la expansión de puntos de interconectividad así como el ordenamiento de las redes de servicios.

Es importante también destacar la explícita obligatoriedad de interconexión y acceso para todos los servicios, incluido internet, a lo que se suma el servicio público de voz sobre Internet. Este último tendrá que tener un reglamento específico pero ciertamente constituye un aspecto positivo ya que es una solución tecnológica para empresas y varios niveles del Estado.

El reconocimiento de la firma electrónica, la firma digital, la plena validez jurídica del documento digital, así como los lineamientos básicos para el comercio electrónico, son aspectos positivos y que hacía tiempo eran necesarios en la legislación boliviana. Será importante que los reglamentos correspondientes establezcan las condiciones claras para la convergencia con el sistema financiero y así viabilizar las transacciones e intercambio de bienes y servicios vía internet.

VI. Aclaración sobre la privacidad del correo electrónico

En otro orden, varios líderes de opinión a través de medios de comunicación, Asambleístas de oposición y algunos expertos involucrados en la temática han expresado su preocupación, en mayor o menor medida, a la posible intromisión a la privacidad en las comunicaciones mediante correo electrónico.

Al respecto, se debe hacer algunas diferenciaciones y aclaraciones. Por un lado, la norma establece clara y explícitamente la inviolabilidad y el secreto de las comunicaciones privadas (artículo 55) de acuerdo además a garantías constitucionales¹⁴. El proyecto inicial proponía la protección al empleador quien otorga una herramienta electrónica de trabajo a un empleado para el cumplimiento de sus funciones.

En el proyecto final, se hace una diferenciación entre correo electrónico personal en el artículo 87 (por ejemplo aquellos que uno obtiene gratuitamente en Yahoo, Gmail, Hotmail u otros de dominio propio) y aquellos que sean proporcionados por la empresa o institución para fines exclusivamente laborales (artículo 88), lo que se aprecia como una medida acertada.

14 Artículo 21 de la Constitución. "Las bolivianas y los bolivianos tienen los siguientes derechos: 6. A acceder a la información, interpretarla, analizarla y comunicarla libremente, de manera individual o colectiva." Artículo 25 de la Constitución. "I. Toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio y al secreto de las comunicaciones privadas en todas sus formas, salvo autorización judicial."

Esta norma no quiere decir que una empresa determinada podrá intervenir los correos electrónicos personales, sino que la titularidad del correo electrónico laboral le pertenece al empleador y éste deberá establecer las condiciones expresas de uso y acceso notificadas al empleado.

Considero, por tanto, que el artículo 88 no es un atentado a la privacidad y es más bien una medida de protección y respaldo a las empresas e instituciones para el uso eficiente de instrumentos de trabajo.

VII. Gobierno electrónico y Software libre

Es positivo el decidido planteamiento del gobierno electrónico, como medida tendiente a la eficacia del aparato estatal, de acercamiento entre la ciudadanía y la administración pública, acelerando trámites y auspiciando la transparencia de gestión, a todo nivel del Estado, y la optimización de servicios públicos. La norma sugiere además la compatibilización de los sistemas en los distintos niveles de administración del Estado, aunque esto seguramente tomará bastante tiempo considerando que la Ley Marco de Autonomías y las cartas orgánicas están en proceso de instrumentalización y ni siquiera aún en la operativización.

El artículo 75, interesantemente incluido en el mismo capítulo de Gobierno Electrónico, proponía en su redacción original la "promoción de la utilización del software libre y estándares abiertos, sin perjuicio de utilizar y desarrollar software propietario, garantizando la compatibilidad entre los sistemas existentes y a ser implementados, en el marco de la soberanía y seguridad del Estado". Sin embargo, y en la revisión en detalle, se propuso la modificación de promoción y priorización del software libre y estándares abiertos.

Este cambio tiene un impacto ciertamente interesante en el horizonte de posibilidad para la apropiación y generación de tecnologías desde el país. Siguiendo ejemplos de países como Brasil¹⁵ o Inglaterra, por ejemplo, es posible ver como éstos han asumido una decisión contundente a favor del código abierto, considerando que las patentes y ataduras a software con licencia o de código cerrado restringen el pleno desarrollo de tecnologías y reproducen la relación de dependencia con compañías transnacionales.

En términos prácticos y reales, los costos de compatibilización de sistemas en el Estado e implementación del gobierno electrónico, considerando además los niveles de descentralización y autonomías, no son bajos y en algunos casos pueden llegar a relativizarse en términos de beneficio respecto a la oferta de software privativo. A pesar de ello, la apuesta decidida por el software libre representa la posibilidad de transferir tecnología para la investigación en ciencia y educación, reconfigurar el mapa educativo, impulsar el desarrollo económico creativo, la profundización de la democracia y la reafirmación de pilares de identidad y cultura, aspectos que son una inversión a largo plazo.

¹⁵ Véase el portal del Gobierno de Brasil <http://www.softwarelivre.gov.br/> y la referencia de migración al Software Libre. El caso de Inglaterra se realiza la migración por sugerencia de los empleados públicos como una medida para reducir gastos frente a la crisis económica y evitar despidos.

Otro aspecto que merece consideración y propuestas es el referido al dominio ".bo". La norma establece que la administración de éste se mantiene en la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia, ADSIB, siendo que el primer proyecto de Ley transfería esta competencia al Viceministerio de Telecomunicaciones lo que se constituía en un avance y permitiría el diseño e implementación de políticas de fomento al uso masivo -o al menos en mayor proporción del que actualmente se usa- del dominio ".bo".

Hasta ahora, bajo la ineficiente administración de la ADSIB, los costos de operación elevaban los precios, siendo muy poco atractivos y restringiendo así su utilización masiva. Además, no existía una estrategia clara de masificación del dominio .bo que es una "marca país".

La modificación de en el último proyecto de Ley aprobado denotan el lobby político de la ADSIB para su subsistencia, se constituye en un retroceso pero sobre todo compromete seriamente la posibilidad inicialmente planteada de lograr la reconversión al .bo (por ejemplo ofreciendo planes competitivos y a bajo costo para quienes usan el .com o .org, fomento, concesiones o costos nominales a PyMEs, jóvenes menores de 30 años, organizaciones civiles sin fines de lucro, agrupaciones ciudadanas, iniciativas de pueblos indígenas, entre otros).

VIII. Generación de tecnologías

Otro aspecto que sugiero debiera considerarse es el de generación y/o desarrollo de tecnologías para las telecomunicaciones y la información y la comunicación. El proyecto de normativa crea el Programa Nacional de Telecomunicaciones de Inclusión Digital PRONTIS (artículo 64), instancia que sería el organismo gubernamental de gestión y financiación a la producción de tecnología, de contenidos y aplicaciones, con especial énfasis en el área rural y sectores de interés social.

Tal como está planteado, es una medida necesaria y positiva, incluso porque también se establecen mecanismos de financiamiento desde el manejo de la burocracia sectorial en beneficio del Estado, desde el mercado y también la cooperación internacional.

Sin embargo, el PRONTIS debería estar planteado -y esta es una diferencia cualitativa sustancial- idealmente de manera referencial en la redacción final de la Ley o en su defecto de manera concreta en el reglamento, desde una perspectiva y horizonte filosófico de la generación, producción y reproducción de tecnologías propias.

El genuino avance hacia la inclusión digital y el pleno ejercicio del derecho colectivo y universal a las tecnologías de la información y la comunicación pasa por romper la relación de dependencia tecnológica que se reproduce también a escala de países.

Ahora bien, conviene precisar qué se entiende por "tecnologías propias" y cómo se integra este concepto al mercado en una perspectiva de economía mixta y plural¹⁶.

16 Cabe señalarse que no hay una sola aproximación a las "tecnologías propias" como principio o concepto, los abordajes son amplios y a veces entran en conflicto. Aquí se presenta una visión moderada y plural.

En primer lugar, al hablar de tecnologías propias no me refiero al desarrollo de hardware o software "bajo bandera". No se replica una lógica de pertenencia a un estado-nación. Por el contrario, se concibe como el flujo libre y abierto además de la generación transnacional del conocimiento a partir de las necesidades y condiciones particulares de un determinado contexto socioeconómico y cultural. Éste puede ser replicado y/o adaptado, en el libre mercado y la apertura de espacios de conocimiento, a las condiciones de otro contexto socioeconómico y cultural.

En segundo lugar, la generación de tecnologías propias significa la complementación en el Estado y el mercado de la oferta tecnológica. No es realista ni responsable sugerir que un Estado en vías de desarrollo tiene la capacidad de desarrollar sus propias tecnologías obviando las ya existentes (normalmente desarrolladas por empresas transnacionales) pero resulta imperativo proponer que al menos las instituciones estatales se propongan impulsar decididamente y priorizar la utilización de tecnologías desarrolladas por sus empresas, institutos/centros de investigación y ciudadanos.

En tercer lugar, es un principio orientador que fomenta la creatividad y la propuesta hacia la creación. El desarrollo de tecnologías propias es ante todo un modelo para la educación libre y liberadora que se complementa con la idea de liberalizar las opciones de mercado, incorporando ventajas competitivas a pequeñas y medianas empresas, además de incentivando el emprendimiento, y de otorgar al ciudadano las mejores condiciones para que opte por opciones diversas, rompiendo así cualquier monopolio implícito respecto al uso de tecnologías para las telecomunicaciones/TIC.

IX. Convergencia y regulación

El consultor y experto en telecomunicaciones, Eduardo Rojas de la Fundación REDES, viene promoviendo en varios espacios el principio de convergencia y de la regulación transectorial¹⁷ para los servicios en telecomunicaciones/TIC. Si bien el primer elemento está considerado por el artículo 2 como parte de los objetivos de la Ley, debiera profundizarse en los reglamentos y operativizarse de manera coherente y sistemática, respondiendo a las condiciones en que se presenta y usa la tecnología hoy en día.

La propuesta de implementación de la ley y regulación de esta actividad multi y transectorial propone tres instituciones con tareas y responsabilidades distintas (el Viceministerio de Telecomunicaciones, la Agencia para el Desarrollo de la Sociedad de la Información en Bolivia, ADSIB, y la Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transporte - ATT). En una perspectiva de convergencia y regulación eficiente, este modelo aparece como conflictivo, burocrático y poco eficiente.

17 Puede accederse a la propuesta de la Fundación REDES a través de su sitio <http://www.fundacionredes.org/>

Referencias y fuentes

- 1 Asamblea Plurinacional (2011). Proyecto de Ley de Telecomunicaciones. Comisión de Planificación, Política Económica y Finanzas de la Cámara de diputados.
- 1 Bolaño, C., Mastrini G. & Sierra, F. (2004)'A Latin American Perspective for the Political Economy of Communications' in *New Perspectives on Critical Communication Studies*, Vol. 11 - 2004, No. 3
- 1 Instituto Nacional de Estadística (2009). Sistema de Medición de Condiciones de Vida en Bolivia. Información proporcionada por el consultor José Gabriel Espinoza.
- 1 Presidencia del Estado Plurinacional (2007). Plan Nacional de Desarrollo "Bolivia Digna, Soberana, Productiva y Democrática para Vivir Bien" 2006 - 2011. La Paz - Bolivia. Documento online, disponible en http://www.sns.gob.bo/planificacion/documentos/5_PND%20VERSION%20OFICIAL.pdf
- 1 Presidencia del Estado Plurinacional (2009). Constitución Política del Estado. La Paz - Bolivia.
- 1 Departamento de Ciencias de la Computación de la Pontificia Universidad Católica de Chile. (2008-9). Estrategia Digital: Uso del Software Libre en el Estado. Documento online, disponible en http://cmsi.colnodo.apc.org/upload/77736973706f7274616c646f63756d65/Uso_de_Software_Libre_en_el_Estado.pdf (acceso directo).

INVERSIONES Y SEGURIDAD JURÍDICA

Federico Escóbar*

Introducción

Las personas y empresas que invierten desean que su capital esté lo más seguro posible, esperan que las condiciones políticas, económicas y jurídicas no cambien abruptamente, que se respete los resultados de su inversión, y que exista un entorno de seguridad jurídica.

Es así que, el presente documento tiene por objeto aportar elementos que coadyuven en la reflexión y desarrollo de un marco legal apropiado que otorgue seguridad jurídica a las inversiones y permitan un "clima" que atraiga al inversionista nacional y extranjero a apostar sus recursos en nuestro país.

I. Nociones sobre inversión

Es menester referirnos brevemente y desde el punto de vista legal, a lo que se entiende por inversión.

El jurista Guillermo Cabanellas sostiene que la inversión es la colocación de dinero, para hacerlo productivo o precaverse de su desvalorización.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), si bien no establece una definición de inversión, sin embargo su doctrina y jurisprudencia han interpretado que ese concepto incluye:

- i) una contribución monetaria;
- ii) cierta permanencia en el tiempo;
- iii) riesgo de ganancia o pérdida; y
- iv) una contribución al desarrollo económico del país receptor de la inversión.

De esos elementos, recogidos de la doctrina y jurisprudencia desarrollada por el CIADI,

* Abogado y economista. Tiene una Maestría en Derecho Comercial y Tributario. Actualmente asesor legal de la Federación de Entidades Empresariales Privadas de Cochabamba. Ha trabajado en instituciones públicas como en el Ministerio sin Cartera Responsable de Servicios Financieros, Prefectura de Cochabamba y Caja de Salud CORDES. Ha sido asesor legal de diversas empresas.

enfaticamos, por un lado, el efecto positivo que tiene toda inversión sobre la economía de un país; y por otro, el riesgo presente en toda inversión; riesgo que podrá ser atenuado o agravado según las condiciones legales para otorgar seguridad jurídica a los inversionistas.

II. La seguridad jurídica como principio rector de un estado de derecho

Uno de los principios sobre los que se basa la economía plural, instituido por la Constitución Política del Estado (CPE), es el de seguridad jurídica; el cual constituye uno de los dos principios generales del Derecho más ligados a las garantías que requiere la inversión. El otro principio es el de la certeza jurídica.

Esos términos (certeza y seguridad jurídica), aunque generalmente se usan como sinónimos, en realidad son conceptos diferentes que, si bien están ligados entre sí, conviene puntualizarlos.

La certeza jurídica consiste en el conocimiento que nos proporciona la ley para determinar nuestros derechos y saber el límite de nuestra posibilidad de actuar jurídicamente, en otras palabras es el "saber a qué atenerse" por el conocimiento de la ley o intuitivamente por el entorno de certeza que crea la propia ley.

El otro principio, la seguridad jurídica, constituye un escalón superior al de la certeza jurídica y contiene elementos adicionales. Un individuo o una empresa se halla en un estado de certeza jurídica cuando por el conocimiento de la norma sabe lo que es permitido y lo que no; pero el mismo individuo o empresa sólo podrá decir que se encuentra en un estado de seguridad jurídica, cuando pueda afirmar que el Estado lo respalda para que sus derechos se ejerzan. Por lo que, la seguridad jurídica tiene a la eficacia como elemento adicional. El Derecho (ordenamiento jurídico) será ineficaz, no proporcionará seguridad jurídica, si no garantiza el respaldo del poder público para que efectivamente se cumplan sus disposiciones.

El tratadista Ossorio se refiere a la seguridad jurídica de la siguiente manera: "Condición esencial para la vida y el desenvolvimiento de las naciones y de los individuos que las integran. Representa la garantía de la aplicación objetiva de la ley, de tal modo que los individuos saben en cada momento cuáles son sus derechos y sus obligaciones, sin que el capricho, la torpeza o la mala voluntad de los gobernantes puedan causarles perjuicio. A su vez, la seguridad limita y determina las facultades y los deberes de los poderes públicos. Como es lógico, la seguridad jurídica sólo se logra en los Estados de Derecho, porque, en los de régimen autocrático y totalitario, las personas están siempre sometidas a la arbitrariedad de quienes detentan el poder"¹.

El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no sólo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de "seguridad jurídica" al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

1 Manuel Ossorio. Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Ed. Eliasta, Ed. 27°, 2000, Buenos Aires. pág. 906.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados la protección y reparación de los mismos.

En ese orden de ideas, comencemos a recorrer nuestras normas legales en materia de inversiones y planteemos la interrogante si las mismas proporcionan seguridad jurídica a los inversionistas.

III. Ordenamiento jurídico en materia de inversión

1. Constitución Política del Estado

La CPE, como norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, dispone la protección estatal de la inversión privada, al sostener en su Art. 308 que: "El Estado reconoce, respeta y protege la iniciativa privada"; en el entendido que toda iniciativa privada lleva implícito una inversión.

Constitucionalmente se ha dispuesto priorizar la inversión nacional frente a la extranjera y que no se puede otorgar a empresas extranjeras condiciones más beneficiosas que las establecidas para los bolivianos (Art. 320 - CPE). Lo cual no significa que la inversión extranjera no vaya a estar en un plano de igualdad jurídica con la inversión nacional, ya que en la misma CPE se garantiza que todas las formas de organización económica gozan de igualdad jurídica ante la ley (Art. 311).

Asimismo, en la CPE, encontramos la garantía a la libertad de empresa y al pleno ejercicio de las actividades empresariales (Art. 308) y la prohibición del monopolio u oligopolio privado, así como cualquier forma de control y exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios (Art. 314), lo cual implica la aceptación constitucional de la libre y sana competencia.

Si bien, hasta acá, el inversionista podría tener certeza jurídica sobre las mencionadas garantías de protección de la inversión, de igualdad jurídica ante la ley, de libertad de empresa y libre competencia; no necesariamente significa que pueda percibir que sus derechos como inversionistas gozan de seguridad jurídica.

Por más que en el texto constitucional este inserto el respeto a la seguridad jurídica (Art. 311-II) y que el mismo sea considerado como un principio del llamado modelo económico plural (Art. 306-III); como vimos, la seguridad jurídica implica eficacia en el cumplimiento de las disposiciones legales; lo cual sólo se logra con un actuar certero y congruente de los Órganos de Poder para el respeto de dichas garantías y principios constitucionales.

Si las autoridades (legislativas, ejecutivas o judiciales) presentan inconsistencia o incoherencias en su actuar jurídico, los inversionistas no sentirán que gozan de protección jurídica; en consecuencia, se sentirán desalentados a invertir en nuestro país.

A ello se suma, que dentro de nuestra norma suprema, junto con aquellas citadas garantías y principios que hacen a la inversión privada, conviven otras disposiciones constitucionales que contienen rasgos estatistas, como son: el Estado puede regular los procesos de producción y comercialización, puede participar en la producción de bienes y servicios, así como determinar los monopolios estatales en actividades productivas y comerciales.

Esa coexistencia de normas constitucionales, unas que garantizan la inversión privada en un contexto de libre empresa y mercado, y otras que le otorgan al Estado mayor posibilidad de intervenir en las actividades económicas, puede restar certeza jurídica a los inversionistas y constituirse en la base para que se generen escenarios de inseguridad jurídica para la inversión privada.

Todo dependerá del desarrollo que se efectuó en las normas legales de orden económico; hasta la fecha, la experiencia nos demuestra que la alineación de las nuevas leyes promulgadas, está más orientada a fomentar la participación estatal en la economía y no así la inversión privada.

En esa construcción legislativa, los Asambleístas deberán recordar que existen tratados internacionales en materia de inversiones ratificados por el Estado boliviano, los mismos que tienen rango de ley y sus previsiones no sólo se encuentran vigentes sino que son de cumplimiento obligatorio.

2. Tratados internacionales

A partir del consenso de Washington, organismos multilaterales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y otros; impulsaron la suscripción de los denominados Tratados Bilaterales sobre Inversión (TBI) o también conocidos como Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRIS).

Los TBI son instrumentos jurídicos internacionales que en su origen tienen por objeto promover las inversiones extranjeras y proteger dichas inversiones. Mediante los TBI dos Estados acuerdan promover y proteger las inversiones de nacionales de un Estado contratante en el territorio del otro Estado contratante.

Al año 2006, eran alrededor de dos mil quinientos tratados firmados por países de todas las tendencias políticas y modelos económicos diversos, sin contar los tratados de libre comercio (TLC) que incorporan disposiciones sobre inversión. Países contrarios a las inversiones extranjeras, no han quedado al margen de suscribirlos, verbigracia Rusia tienen suscritos cincuenta y cuatro TBI y Cuba tiene sesenta y dos.

Nuestro país firmó y ratificó veintidós TBI con diferentes países; de los cuales diecisiete están vigentes, entre ellos con Argentina, Chile, Perú, Estados Unidos, España, Reino Unido, Alemania, China y Cuba.

De forma general, en los TBI se distinguen dos clases de inversión:

- i) la inversión directa, en la cual el inversionista aporta recursos financieros e interviene en su administración; es el tipo de inversión que usualmente se promueve a través de los TBI;
- ii) la inversión indirecta o de portafolio, en la cual el inversionista aporta recursos financieros, pero no los administra.

También de forma general, los TBI presentan estructuras y cláusulas similares, con tendencia a proteger y otorgar seguridad jurídica a los inversionistas. En si se tratan de principios reconocidos por el Derecho Internacional en materia de inversiones extranjeras, que son plasmadas en las cláusulas de los TBI. Entre esos principios más relevantes, tenemos:

Principio del trato justo y equitativo: Por la que cada uno de los Estados contratantes se compromete a mantener una conducta transparente y clara, no contradictoria o arbitraria, en sus relaciones con los inversionistas del otro Estado; de tal forma que éstos tengan la certeza de que no existirán decisiones en el país receptor de la inversión, que reviertan abruptamente las condiciones legales imperantes a momento de realizada la inversión.

Principio del trato al nacional: Por ella el Estado receptor se obliga a otorgar al inversionista extranjero un trato no menos favorable que el otorgado a los inversionistas nacionales; por ejemplo en lo referente a impuestos.

Principio de la nación más favorecida: Por la que el Estado receptor de la inversión debe tratar a los inversionistas extranjeros no menos favorablemente que a los inversionistas de cualquier otro tercer Estado; es decir, se concede a los inversionistas el trato más favorable, que se hubiese dado a similares de terceros países.

Los principios del trato nacional y de la nación más favorecida están orientados a eliminar diferencias o discriminaciones que pudieran resultar de la nacionalidad del inversionista extranjero. Ambos principios, fueron recogidos del Derecho Internacional del Comercio y su desarrollo en materia de inversiones ha sido mucho más extenso que en materia comercial, donde principalmente resguardan la igualdad de oportunidades a nivel de mercado.

Principio de protección ante medidas de nacionalización o expropiación: Por la que los Estados contratantes acuerdan no adoptar medidas que afecten arbitrariamente o priven, directa o indirectamente, al inversionista de sus inversiones; conviniéndose que dichas medidas sean tomadas sólo en función del interés público, que no sean discriminatorias, que se garantice el pago de una justa y oportuna compensación, la cual debe representar el valor genuino de las inversiones afectadas, y que sean realizadas observando el procedimiento legal, pudiendo ser revisable en proceso judicial o arbitral.

Sobre este punto, cabe mencionar que en la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, aprobada el 12 de diciembre de 1974 mediante Resolución N° 3281 de

la Asamblea General de la ONU, se señala que los Estados tienen plena soberanía para dictar medidas de nacionalización o de expropiación, siempre que se pague una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias inherentes a esa medida.

Principio de libre transferencia: Por la que el Estado receptor de la inversión debe garantizar que el inversionista extranjero realice transferencias de recursos financieros al exterior sin restricción ni demoras indebidas; lo cual incluye ganancias, intereses, dividendos y otros ingresos corrientes, regalías o derechos, los ingresos de venta o liquidación de la inversión, entre otros.

Asimismo, existen las cláusulas de solución de controversias. Cuando la controversia, emergente de la aplicación o interpretación del TBI, es entre Estados se utiliza inicialmente la vía diplomática y si la controversia no ha sido solucionada, corrientemente se recurre a la vía arbitral. Si la controversia es entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista extranjero, usualmente se establecen mecanismos graduales de solución: negociación, recurrir ante tribunales competentes del Estado receptor de la inversión y finalmente arbitraje internacional.

La importancia del arbitraje internacional es que los Estados y los inversionistas confían la resolución de sus controversias a una instancia ajena a ellos, en la que se tiene mayor certeza de una independencia del juzgador frente a las partes en conflicto.

Además, su importancia aumenta, ante la creciente competencia en los mercados mundiales y la intervención de los gobiernos en las transacciones mercantiles internacionales, lo cual exige intensificar el uso de esta forma de entendimiento, capaz de tramitar de forma cordial los agravios que se producen en materia de inversiones.

3. Ley de inversiones

En nuestro país, sigue vigente la Ley N° 1182 promulgada el 17 de septiembre de 1990, más conocida como Ley de Inversiones, cuyo objeto es estimular y garantizar la inversión nacional y extranjera para promover el crecimiento y desarrollo económico y social del país. Los preceptos y principios legales contenidos en la Ley de Inversiones son:

- i) Se reconoce al inversionista extranjero los mismos derechos, deberes y garantías que las normas otorgan a los inversionistas nacionales, sin otra limitación que las establecidas por Ley.
- ii) La inversión privada no requiere autorización previa ni registro adicional a más de las determinadas por Ley.
- iii) Se garantiza el derecho de propiedad para las inversiones nacionales y extranjeras, sin ninguna otra limitación que las establecidas por Ley.
- iv) Se dispone la no existencia de restricciones para el ingreso y salida de capitales, ni para la remisión al exterior de dividendos, intereses y regalías por transferencia de tecnología u otros conceptos mercantiles.

- v) Se garantiza la libertad de producción y comercialización (interna, de exportación e importación) de bienes y servicios, así como la libre determinación de precios.
- vi) Las actividades de producción y comercialización, así como de intermediación financiera deben realizarse dentro de un marco de eficiencia económica y competitividad.

IV. Consideraciones finales

De la misma manera que "no se puede tapar el sol con un dedo", no se puede negar que no existe una política coherente de inversiones (por más que siga vigente la Ley de Inversiones), lo que repercute en un clima de incertidumbre, no sólo de los bolivianos sino también de los inversionistas extranjeros.

Como se señalaba anteriormente, es necesaria la concatenación de los imperativos legales existentes en el ordenamiento jurídico boliviano con el efectivo ejercicio de los derechos reconocidos a los inversionistas, sean nacionales o extranjeros, sean personas naturales o micro empresas o grandes empresas. Es imprescindible que nuestras autoridades tengan congruencia en su actuar jurídico.

Al efecto, se propone que los principios contemplados en los TBI sean mantenidos en nuestro ordenamiento jurídico interno con la finalidad de no desalentar las inversiones.

Si la idea es proyectar una nueva Ley de Inversiones, en la misma deberían estar plasmados esos principios del Derecho Internacional. Asimismo, los preceptos y principios de la Ley de Inversiones vigente deberían seguir rigiendo las actividades económicas y de inversión en el país, dado que los mismos no se contraponen a la CPE y generan un mejor clima para las inversiones.

En lo que hace a la inversión extranjera en particular y siempre procurando asegurar el equilibrio de las contraprestaciones recíprocas entre el Estado y el inversionista extranjero, se podrían considerar las siguientes cuestiones:

- i) La posibilidad de celebrar contratos de estabilidad jurídica, a fin de garantizar la estabilidad de los regímenes impositivos, aduaneros, laborales y sociales.
- ii) Que a los derechos de los inversionistas extranjeros se agreguen sus deberes correlativos, como los de eficiencia, buena fe y transparencia.
- iii) Que exista compromiso por parte del inversionista extranjero de exportar el bien derivado de la actividad inversora, como modo de contribuir a obtener un saldo neto favorable de divisas.
- iv) Que exista compromiso por parte del inversionista extranjero de reinvertir parte de sus utilidades en la misma u en otra actividad dentro del país, durante un periodo necesario para asegurar la estabilidad de la inversión.

- v) Solución de controversias a instancias de tribunales arbitrales internacionales, que garanticen la solución de los agravios resultantes de la conducta del Estado o del inversionista.

Se debe asegurar la garantía que en los casos de restricciones al derecho de propiedad, que se afecte la inversión, el Estado indemnizará justa y oportunamente. El inversionista, sea nacional o extranjero, debe sentirse garantizado de que no existirán apropiaciones arbitrarias de inversiones por parte del Estado; lo cual no sólo pasa por tener aprobadas y vigentes las correspondientes disposiciones legales, sino y sobre todo por la correcta conducta gubernamental y judicial.

Una complementación que urge hacerse en la Ley de Inversiones, es de establecer de forma clara y precisa los roles de los actores de la llamada economía plural; y se lo haga orientado a permitir que el sistema económico sea eficiente y competitivo, promoviendo las inversiones privadas, de forma que contribuyan al desarrollo económico y social del país.

Los preceptos y principios legales contenidos en la actual Ley de Inversiones, son totalmente concordantes con el derecho constitucional reconocido a los consumidores de contar con un suministro de productos en condiciones de calidad y cantidad adecuada y suficiente.

Es un hecho que una oferta de bienes y servicios, con calidad y cantidad adecuada y suficiente (como reza el Art. 75 de la CPE) no es posible sólo con inversión pública, acá el Estado debe hacer un reconocimiento efectivo del rol importante que le toca a la inversión privada en ese cometido.

Ese reconocimiento pasa por fomentar las actividades de inversión, nacional y extranjera, mediante el establecimiento de normas jurídicas orientadas a ello; hablamos de incentivos tributarios y aduaneros, fortalecimiento de nuestras relaciones comerciales internacionales, simplificación de trámites, entre otras acciones.

Pero no es suficiente que existan disposiciones dentro los textos normativos que fomenten la inversión, o en los mismos se encuentren preceptos que hagan parecer la presencia de un clima jurídico favorable para las inversiones.

Es necesario que el actuar de los gobernantes y de las autoridades judiciales sean congruentes con ese clima favorable, que se proteja eficazmente los derechos que los inversionistas adquieran frente a sus clientes, proveedores e incluso frente al mismo Estado.

Es necesario pasar de tiempos de cambios políticos a tiempos de cambios socio-económicos y jurídicos.

Fundación Milenio

www.fundacion-milenio.org

fmilenio@entelnet.bo

milenio.bo@gmail.com

Tel.: (591-2) 2312788

(591-2) 2392341

Casilla: 2498