

Carta N° 46-2023/GG/COMEXPERU

Miraflores, 23 de febrero de 2023

Congresista

LUIS ARAGÓN CARREÑO

Presidente de la Comisión de Transportes y Comunicaciones

Congreso de la República

Presente.-

Ref.: Proyectos de Ley 2210/2021-CR y 2956/2022-CR

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarle y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, hacemos llegar nuestros comentarios sobre los Proyectos de Ley de la referencia (en adelante, “los Proyectos”), que proponen que los pasajeros de vuelos comerciales nacionales e internacionales tengan derecho a elegir libremente el asiento de su preferencia, sin costos adicionales.

Si bien compartimos plenamente el objetivo de impulsar políticas orientadas al beneficio de los consumidores y la libre competencia, consideramos que las mismas deben tener como base una evidencia rigurosa y un análisis técnico exhaustivo, que incluya, entre otros, un análisis de impacto regulatorio, a fin de que las intervenciones públicas tengan resultados eficientes y que no generen perjuicios desproporcionados para los posibles afectados.

Sobre el particular, manifestamos nuestra posición respecto de algunas materias abordadas en los Proyectos:

1. Mejora regulatoria.

El análisis de impacto regulatorio (AIR) es una metodología adoptada por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que busca que las normas y regulaciones sean efectivas y eficientes, es decir, que logren los objetivos trazados al menor costo posible y tengan efectos negativos mínimos, considerando principios como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

En el caso peruano, este estándar se introdujo en nuestro sistema jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 1448, como parte de la denominada “mejora de la calidad regulatoria” en el Poder Ejecutivo.

La contraparte parlamentaria de esta mejora regulatoria se dio mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispone la modificación de diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República (en adelante, “el Reglamento”), incluyendo en la práctica parlamentaria determinadas disposiciones que obedecen a los estándares del AIR.

Entre estas, resaltamos lo referido a la presentación de las propuestas legislativas. El artículo 75 del Reglamento dispone expresamente que las propuestas deben contener una exposición de motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta, los antecedentes legislativos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar, así como el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

Lo anterior no hace más que garantizar que las propuestas de ley sean formuladas con debido sustento y evidencia, es decir, con altos niveles de calidad, lo que finalmente mejorará su debate y, de ser viable, su eventual aprobación.

Como demostraremos en las siguientes líneas, los Proyectos no solo no cumplen con realizar un adecuado AIR, no identificando correctamente el problema a resolver y el objetivo a alcanzar, sino que adolecen de aspectos básicos en su fundamentación económica y jurídica. Así, presentan claras contingencias económicas y constitucionales.

2. Sobre las contingencias regulatorias, constitucionales y económicas de los Proyectos.

Como comentamos anteriormente, los Proyectos buscan prohibir que las líneas aéreas puedan realizar cobros por la elección de los asientos, argumentando una supuesta “práctica abusiva” en perjuicio del consumidor, sosteniendo la necesidad de una solución regulatoria. Pese a que parecería una regulación poco contingente y, en términos de los Proyectos, hasta carente de impacto, esta presenta más de una contingencia regulatoria, constitucional y económica.

La primera contingencia refiere a la falta de identificación de un problema público a resolver a través de la medida regulatoria planteada. En efecto, y en línea con los estándares de AIR señalados en el acápite anterior, es imprescindible identificar un problema, su magnitud, causas y efectos, así como los objetivos perseguidos, los cuales deberán guardar relación con la solución regulatoria propuesta.

En el caso de los Proyectos, el “problema” radicaría en la asignación aleatoria de los asientos, no siendo de libre elección de los pasajeros. Sin perjuicio de basarse únicamente en anécdotas –careciendo de todo valor sustentatorio–, los Proyectos evaden referirse a los impactos negativos de esta práctica, así como la magnitud de sus eventuales efectos en los pasajeros, prescindiendo de un análisis de la elasticidad de la demanda de este mercado particular, así como de las curvas de indiferencia presentes en la decisión de consumo.

Lo anterior es crucial de cara al mecanismo utilizado por las aerolíneas para poder asignar de manera más eficiente sus recursos a los pasajeros. Así, por ejemplo, sucede con la práctica

de realizar cobros determinados en función al tipo y ubicación del asiento, al permitir asignar los asientos a los pasajeros que más los valoran. Es precisamente la subjetividad en la valoración de la ubicación de los asientos lo que orienta la decisión de consumo entre los pasajeros que son indiferentes, aquellos que realizan el pago por una ubicación determinada, y aquellos que evitan realizarlo.

Como bien indica el informe titulado *Viabilidad legal y posible impacto del Proyecto de Ley 2956/2022-CR* (en adelante, “el “Informe”), elaborado por EY LAW por encargo de la Asociación Peruana de Empresas Aéreas – APEA, que adjuntamos a la presente carta, esta dinámica no solo es eficiente, sino que no puede considerarse, contrario a lo que indican los Proyectos, discriminatoria. Al respecto, *“la discriminación consiste en un tratamiento desigual a personas que se encuentran en condiciones iguales o equivalentes. Si un consumidor realiza un pago adicional por algo, es de hecho esperable que reciba un tratamiento distinto. Si asumiéramos el concepto de ‘discriminación’ planteado por el PL, cualquier tipo de cobro diferenciado ‘premium’ sería discriminatorio, lo cual obviamente no es el caso”*.

Como es evidente, al no existir un problema público correctamente identificado, la solución regulatoria planteada será muy probablemente incorrecta e insuficiente. Sin perjuicio de ello, es necesario resaltar que esta, bajo ninguna circunstancia, se acoge al concepto de “falla de mercado”, que podría dar lugar a una regulación económica como la propuesta. En efecto, no se trata, pues, de un bien público, una externalidad, monopolio o, mucho menos, un asunto relativo a asimetría informativa. La regulación social, que detallaremos más adelante, bastaría para resolver cualquier eventual problemática no incluida en los cuatro conceptos anteriores.

En línea con lo anterior, la segunda contingencia es también una de tipo regulatorio. En efecto, la determinación de conceptos que pueden ser pasibles de cobros –así como sus respectivos precios– por parte de una empresa privada configura, en sentido estricto, una regulación económica. Como bien comenta el Informe, *“las obligaciones propuestas en el PL pueden ser entendidas como una ‘regulación de precios indirecta’ en la medida que obligan a no cobrar (“precio cero”) por un producto que se presta efectivamente al consumidor y que, como veremos, además tiene un valor agregado para éste.”*

En palabras del juez de la Corte Suprema de EE.UU., Stephen Breyer¹, la regulación económica implica el control o afectación de las decisiones de las empresas respecto del precio, cantidad ofertada, calidad del producto o los procesos de producción. Por ello, es necesario cerciorarse de que la industria que se busca regular pertenezca al tipo de industria que debería ser regulada. Es decir, que esta, si permaneciese desregulada, conduciría a un monopolio. Este es el caso de los conocidos servicios de “utilidad pública” o “*public utilities*”, como son la electricidad, el gas natural, la telefonía, el transporte, las comunicaciones y el agua.²

En efecto, es el peligro de que una industria, dadas sus características particulares, pueda convertirse en un monopolio, el que justifica la regulación económica, la cual supone el paso previo al control estatal. Como bien menciona Breyer, esta implica una decisión administrativa

¹ Breyer, S. (1979). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma (Aliaga, J. & Quintana, E., Trad. (s)). Themis 52. Revista de Derecho. (Obra original publicada en Harvard Law Review, 92. 1979) P. 10

² Breyer, S. 1999. *Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública*. Conferencia, Centro de Estudios Públicos. 78. Transcripción de la exposición oral, traducción al castellano, edición y notas de Joke Klein Kranenberg y Rodrigo P. Correa.

respecto de qué y cuánto producir, qué procesos seguir, qué calidad ofrecer y, naturalmente, a qué precio ofrecerlo.

Al respecto, Alza³ señala que, si bien este “primer” enfoque se justificaba en “proteger” al consumidor de precios abusivos y calidad subóptima, este fue evolucionando, virando su objetivo a la generación de competencia. Con ello, la regulación económica empezó a buscar tratar las fallas de mercado en general: externalidades, elevados costos de transacción, asimetría informativa y monopolios naturales.

A este punto, es evidente que el grado de intromisión de este tipo de regulación es extremadamente alto. A saber, esta es más alta y gravosa que la regulación aplicada a otros tipos de actividades. Tanto la determinación de las barreras de ingreso al mercado, como la operación de sectores reguladores o, incluso, el riesgo sistémico en los mercados bursátil y financiero cuentan con una regulación de tipo social. En términos de Alza, a diferencia de la regulación económica –que se enfoca en las fallas de mercado, eficiencia económica y la fijación de tarifas–, esta alude a problemáticas sociales, tales como la contaminación, la seguridad del producto, la seguridad de los trabajadores y la discriminación.

Ya en la legislación peruana, el Decreto Legislativo N° 757, cuyo artículo 4° prohíbe la regulación de precios, faculta la regulación de tarifas, las cuales son determinadas por los organismos reguladores, como son el OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS. Ello aplica, por ejemplo, a la regulación de servicios públicos y las tarifas cargadas, o al tratamiento de facilidades esenciales (infraestructura), interviniendo de manera más agresiva que en otros sectores productivos.

Así las cosas, tratar al mercado de pasajes aéreos como uno de ese tipo, constituiría un grave error, al no configurarse ninguno de los presupuestos requeridos para la imposición de una regulación económica. Como mencionamos líneas arriba, la regulación económica planteada por los Proyectos resulta incongruente con la industria que busca regularse, que no solo es altamente competitiva, sino en la cual confluyen distintos tipos de mercados, como son el de operadores del servicio local, operadores complementarios y operadores enlace.⁴

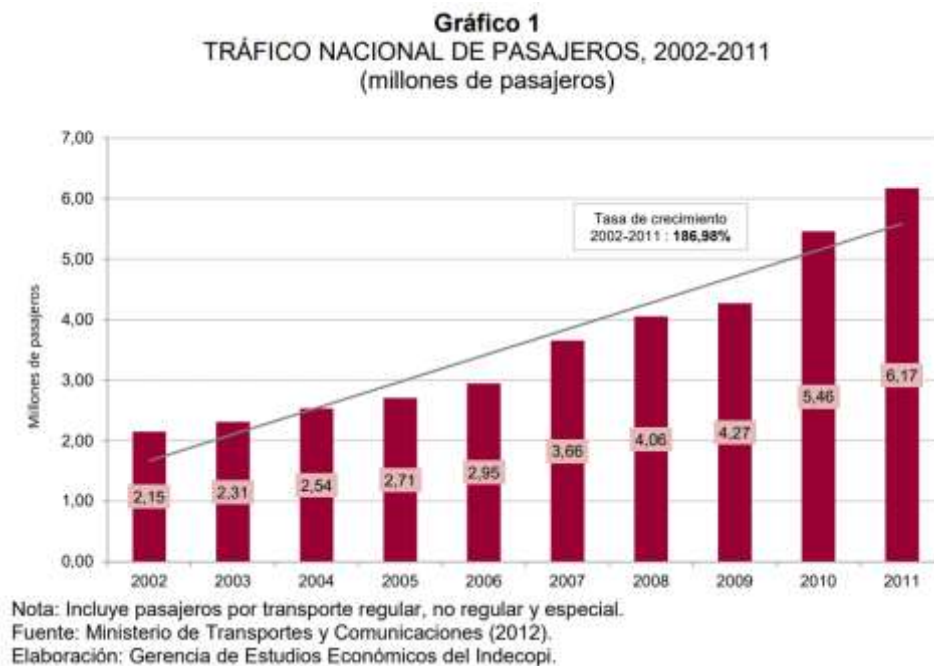
La tercera contingencia, devenida de la anterior, es de tinte constitucional. Al respecto, los Proyectos buscan la regulación económica de un sector que no lo requiere o, que es lo mismo, una regulación de precios. Esto que, como comentamos anteriormente, no solo es incompatible con la legislación peruana y con la política regulatoria como tal, es también inconstitucional.

Al respecto, en una Economía Social de Mercado, como se halla descrita en el artículo 58° de la Constitución Política del Perú, los agentes de mercado cuentan tanto con libre iniciativa privada como con el derecho a la libertad de empresa, libre organización y propiedad privada. La fijación de precios, directa o indirecta, resulta, pues, incompatible con los artículos 58° y 59° de la Constitución.

³ Alza, C. 2011. ¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad. *Círculo de Derecho Administrativo*. P. 317 – 328.

⁴ Breyer, S. (1979). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma (Aliaga, J. & Quintana, E., Trad. (s)). *Themis* 52. *Revista de Derecho*. (Obra original publicada en *Harvard Law Review*, 92. 1979) P. 30

Una cuarta contingencia, esta vez, de índole económico, es que los Proyectos estarían eliminando una forma de competir que beneficia especialmente a aquellos pasajeros con menores recursos y, por tanto, con menor disposición a pagar. Esto es particularmente importante pues, dada la feroz competencia entre estas, se ha logrado triplicar el tráfico nacional de pasajeros. De hecho, en el período 2002-2011, se transportaron 6,170,000 pasajeros, lo cual supone un crecimiento acumulado del 186.98%, el cual se puede apreciar en el siguiente gráfico.⁵



Según AETAI – Asociación de Empresas de Transporte Aéreo Internacional, el número de pasajeros en tránsito internacional, en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, incrementó significativamente. Así, en 2019, se registraron 23,600,000 pasajeros, registrando un crecimiento acumulado de 448,8% en el período 2002-2019.

Esto se debe en parte a la agresiva competencia en el sector que, como comenta el Informe, ha generado una reducción notable de los precios, facultando el acceso de cada vez más consumidores a este servicio. Al respecto, “entre 2011 y 2021 la tarifa por segmento en el Perú se ha reducido anualmente en 4.81%, de un promedio cercano a los US\$ 450 a un promedio cercano a los US\$ 250 en lo que refiere a tarifas internacionales. En lo que se refiere a tarifas para vuelos nacionales, en el mismo lapso las tarifas han tenido una reducción anual de 4.56%, de un precio cercano a los US\$ 100 a un promedio apenas por encima de los US\$ 50.”

Este avance, sin embargo, podría verse gravemente perjudicado de aprobarse los Proyectos.

⁵ Gerencia de Estudios Económicos, INDECOPI. 2012. Observatorio de Mercados: Mercado de transporte aéreo nacional de pasajeros. Año 6, N° 14. <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3843198/OM%2314-2012-GEE.pdf/87df78cd-f77b-996b-be2a-817911849e61>

Como comentamos anteriormente, eliminar un elemento crucial en la competencia del sector generaría, evidentemente, menor competencia, la cual se traduciría, por lo mismo, en mayores precios y, por consiguiente, en escasez, la cual dificultaría el acceso de los peruanos a un servicio como es el transporte aeronáutico.

Esto, dado que existe un efecto distributivo entre los pasajeros. Ante la inexistencia de un cobro por la elección de un asiento determinado, los pasajeros que no lo eligen estarían subsidiando a aquellos que sí lo hacen, pues ese costo terminaría siendo asumido por todos los pasajeros. En palabras del informe: *“El cobro por asiento permite que los consumidores que están más interesados por elegir un asiento lo hagan; mientras que los consumidores que son indiferentes respecto del lugar donde se sienten o son afectados por ello, no. La eliminación de tal cobro les significará un ahorro monetario a algunos pasajeros, pero les hará más difícil elegir un asiento, lo cual reducirá su bienestar.”*

Esta dinámica se traduce, necesariamente, en una reducción del valor medio de los pasajes aéreos, la cual, de aprobarse los Proyectos, se vería quebrantada, resultando en un incremento del valor medio de los pasajes. Esta oferta desagregada, aplicada por las aerolíneas en la elección de asientos supone un beneficio innegable para los consumidores, permitiéndoles elegir entre diversas opciones, adaptando los productos o servicios a adquirir a sus necesidades particulares.⁶

Quebrar la posibilidad de desagregar la oferta -tanto en relación a la selección de asientos, como en la elección del pasajero de pagar una tarifa más barata a cambio de no llevar equipaje de mano- no solo supondría un incremento *per se* de los precios, al dividirse el costo del viaje entre todos los pasajeros, sino que, por lo mismo, desincentivaría el ingreso al mercado de nuevos competidores, particularmente aerolíneas *low-cost*, cuyo modelo de negocio se basa precisamente en esta dinámica. Con ello, se impediría un aumento de la competencia y, por consiguiente, la continuidad en la reducción de precios.

Por todo lo argumentado anteriormente, los Proyectos no cuentan con análisis de impacto regulatorio sustentado en evidencia económica y empírica que conduzca a una decisión regulatoria adecuada. En consecuencia, de aprobarse, podrían gatillar efectos muy perjudiciales para la industria en general, sobre todo para los propios pasajeros.

Por lo anteriormente señalado, y con la finalidad de velar por marcos regulatorios basados en evidencia, consideramos que los Proyectos deberían ser archivados.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

⁶ Dirección de Asuntos Financieros y Empresariales, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). 2014. *Airline Competition. Background Paper by the Secretariat*. P. 20. Disponible en: [www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP\(2014\)14&docLanguage=EN](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2014)14&docLanguage=EN)