

EL CANAL DE PANAMA Y SU IMPACTO COMERCIAL

*Alfredo Ostoja L.A.
(Perú)*

Cuando la Asociación Latinoamericana de Armadores me solicitó participar en esta reunión en calidad de expositor, mi agradecimiento y mi interés me impidieron ser lo suficientemente convincente como para persuadir a su Presidente, Sr. Hugo Sommerkamp, de su exceso de confianza en mí y de lo traicionado que ya resultaba el tema.

No obstante, quizás sea por el rol que circunstancialmente me ha tocado desempeñar en 1979 y en 1982 —respecto de las propuestas de incremento de las tarifas de peaje del canal de Panamá y de los aspectos legales de su proceso de determinación, así como de los contactos que he tenido con la nueva propuesta de la Comisión del Canal de Panamá sobre la modificación del sistema de arqueo de buques— que el tema me resulte comprensiblemente atractivo.

A fines de mayo de 1979, pocos meses antes de la entrada en vigor del Tratado del Canal de Panamá, suscrito entre los Estados Unidos y Panamá en 1977, fui encargado de representar la posición peruana ante la Audiencia Pública convocada por la agencia administradora de esa vía interoceánica, con objeto de discutir su propuesta de incrementar en 22% los peajes cobrados hasta entonces por el tránsito por el canal de buques cargados y en lastre. El impacto de dicho aumento

en las tarifas de peaje en el comercio exterior de un país que, como el Perú, depende fuertemente del canal de Panamá, era previsible.

Debo confesar que entonces no conocía el texto del Tratado de 1977 y que, al igual que muchos, había aceptado como efectiva la recuperación de la soberanía panameña sobre el canal de Panamá, quizás más como resultado de la influencia de cierto tipo de información periodística que de un análisis cuidadoso de la legislación pertinente.

Con motivo de la preparación del documento de posición a presentar ante tal Audiencia Pública, llegué a las siguientes conclusiones preliminares:

1) El Perú, al igual que otros países latinoamericanos ubicados en la costa del Pacífico (en particular, Ecuador, Bolivia y, en menor grado, Chile), depende fuertemente del uso del canal para trasladar importantes volúmenes en sus operaciones de importación y exportación.

2) Cierta tipo de productos son particularmente sensibles al flete, al extremo de perder competitividad en los mercados internacionales o resultar muy costosos para sus consumidores finales. Este es, por ejemplo, el caso del mineral de hierro peruano y del banano ecuatoriano, en lo que a exportaciones respecta, y también

el de los productos alimenticios importados por los países anteriormente aludidos.

3) La ubicación geográfica de los países referidos y la de los mercados naturales de sus productos los coloca en un *estado de necesidad y de compulsión* respecto al uso del canal.

4) El Tratado del Canal de Panamá, de 1977, le confiere a los Estados Unidos —durante su vigencia, esto es, hasta el 31 de diciembre de 1999— el derecho de manejar, operar y mantener el canal de Panamá.

5) Como resultado de esta situación, Estados Unidos podrá:

— Usar el canal libre de costo, salvo estipulación en contrario;

— Efectuar las mejoras y alteraciones que estime apropiadas en todas las áreas e instalaciones, incluyendo el canal;

— Asimismo, tiene la facultad de establecer, modificar, cobrar y guardar los peajes por el uso del canal, y establecer y modificar los métodos para su determinación.

6) De otro lado, por el Tratado de 1977, Estados Unidos queda obligado a pagar a Panamá las contribuciones económicas siguientes:

— Una cantidad anual, actualmente fijada en 10.000.000 de dólares, para reembolsar a Panamá por los costos de los servicios públicos provistos por dicho país en las áreas operativas y de vivienda del canal.

— Una cantidad anual pagadera de los ingresos operativos del canal, computada a razón de 0.30 dólares por tonelada neta del canal de Panamá por cada buque que transite por el canal, suma esta última que podrá ser reajustada.

— Una anualidad fija de 10.000.000 de dólares, pagadera de los ingresos operativos del canal; y

— Una cantidad anual de hasta 10.000.000 de dólares, pagadera de los ingresos operativos del canal, en la medida que dichos ingresos excedan los gastos de la Comisión del Canal de Panamá, incluyendo las cantidades que deban ser pagadas de acuerdo al Tratado de 1977.

7) El Código de la Zona del Canal de Panamá disponía que la Agencia Gubernamental Norteamericana Administradora del Canal de Panamá (en ese entonces, la Compañía del Canal de Panamá), podría prescribir y, de tiempo en tiempo, cambiar los peajes a ser cobrados por el uso del canal, los que serían establecidos a tarifas calculadas para cubrir, tanto como sea practicable, todos los *costos de manteminiendo y funcionamiento* del canal de Panamá.

8) En cambio, la Ley del Canal de Panamá, de 1979, que derogó el Código de la Zona del Canal, dispuso que sería el Presidente de los Estados Unidos —y ya no la Agencia Gubernamental Norteamericana Administradora del Canal— el autorizado a prescribir y, de tiempo en tiempo, cambiar los peajes a ser cobrados en el canal.

Esta ley establece que los peajes se fijarán de manera tal que cubran no solamente los costos de mantenimiento y operación del canal, *sino los costos no recuperados en los que se haya incurrido durante o después de la entrada en vigencia de dicha ley, intereses, depreciación, los pagos a Panamá a los que se ha hecho referencia hace un momento y los capitales para reemplazo, expansión y mejoras del canal y sus instalaciones.*

9) Los Estados Unidos disponen de una estructura legal que, unida a su posición hegemónica en su relación con los usuarios del canal, les permite trasladar a éstos, a través de los peajes, todos los costos del canal, incluidos los de las contribuciones económicas a las que dicho país está obligado frente a Panamá.

10) El Código de Regulaciones Federales de los Estados Unidos obliga a la

Agencia Administradora del Canal a convocar a una Audiencia Pública cuando desee modificar las condiciones dentro de las que ha venido operando, con el propósito de que los afectados por esta modificación puedan hacer conocer sus puntos de vista.

Las Audiencias Públicas de este tipo son conducidas por un panel formado por seis miembros del Directorio de la Agencia Gubernamental Administradora del Canal.

(Cabe señalar que la Audiencia Pública del año 1979 fue conducida por seis directores de nacionalidad norteamericana y que la del 2 de junio de 1982 lo fue por cuatro directores norteamericanos y dos panameños, ya que desde 1979 dicha Agencia —ahora denominada Comisión del Canal de Panamá— tiene una participación minoritaria panameña en sus cuadros directivos).

Para mayor información, debe ser mencionado que el Tratado de 1977 trajo consigo, desde su entrada en vigor el 1º de octubre de 1979, el cese de operaciones de la Compañía del Canal de Panamá, que era la responsable de la operación y mantenimiento del canal. A partir de entonces, Estados Unidos administra, opera y mantiene el canal a través de una agencia gubernamental similar llamada Comisión del Canal de Panamá, constituida de conformidad con las leyes de Estados Unidos.

Aquella está supervisada por un directorio compuesto por nueve miembros, de los que cinco son nacionales de Estados Unidos y cuatro nacionales panameños propuestos por la República de Panamá a Estados Unidos, país que los nombra para esa función.

Estados Unidos empleará a un nacional de su país y a un nacional panameño para que actúen como administrador y subadministrador del canal, respectivamente, hasta el 31 de diciembre de 1989.

A partir del 1º de enero de 1990 será a la inversa. No obstante, los nacionales

panameños, en ambos casos, serán propuestos por la República de Panamá a Estados Unidos, para su nombramiento.

Se entenderá ahora, más claramente, por qué la Ley del Canal de Panamá, de 1979, al derogar el Código de la Zona del Canal, establece que es el Presidente de los Estados Unidos (y ya no la agencia administradora del canal) el que tendrá la capacidad para fijar y modificar los peajes y sus métodos de determinación.

Con estos elementos a la vista creí necesario examinar la naturaleza de la relación existente entre Estados Unidos y Panamá, países signatarios del Tratado de 1977, la misma que no requiere mayor explicitación; la relación de concesionaria de la Agencia Gubernamental Norteamericana Administradora del Canal de Panamá; y la relación de los países usuarios del canal frente a dicha Agencia, que, como ya se ha adelantado, está marcada por el estado de necesidad y la compulsión de los primeros, respecto del uso de la estratégica vía interoceánica.

Teniendo en cuenta estas consideraciones organicé mi documento de posición, de manera que incluyera determinados *elementos de hecho* considerados como relevantes, así como también los *elementos de derecho* pertinentes, tanto dentro del marco de la legislación positiva aplicable (básicamente el Tratado del Canal de Panamá, de 1977, y sus antecedentes, y la legislación norteamericana relativa al canal de Panamá), cuanto dentro del derecho sustantivo.

El documento que presenté ante la Comisión del Canal de Panamá, en la Audiencia Pública convocada por aquella para considerar su nueva propuesta de aumento de los peajes del canal a partir del pasado 1º de octubre de 1982, reproducía, en lo que mantenía de validez, el documento presentado en junio de 1979. Cabe destacar, sin embargo, que en el documento presentado en 1982, el mismo que comentaré sumariamente a continuación, se analizaba la propuesta de incremento de peajes y su vinculación con el

Sistema de Reservas de Tránsito propuesto por la Comisión del Canal de Panamá, el mismo que, en mi opinión, representa también un incremento indirecto de las tarifas de peaje.

A continuación examinaré alguno de los aspectos contenidos dentro del documento de posición ya referido y añadiré al final mis propios comentarios sobre el estado actual de este problema.

ELEMENTOS DE HECHO

El Perú, como muchos otros países latinoamericanos en vías de desarrollo, viene confrontando una muy aguda crisis económica.

Una ostensible expansión de sus exportaciones es considerada esencial a efectos de superar su actual situación económica. Con esta finalidad, el gobierno peruano ha puesto en marcha una agresiva política de promoción de su comercio exterior, a través de incentivos tributarios, comerciales y financieros diseñados para facilitar la competencia con otros países latinoamericanos que luchan con las mismas armas para superar su situación de subdesarrollo y, al mismo tiempo, poder acceder a los mercados internacionales en condiciones favorables y ventajosas.

Un importante porcentaje de las exportaciones peruanas es transportado por vía marítima a través del canal de Panamá. Debe ser enfatizado que el Perú es un país marcadamente importador y que un significativo volumen de dichas importaciones usan el canal de Panamá. El cuanto total de 23.892.623 toneladas métricas del comercio exterior peruano correspondiente a 1980 y 1981 se divide en 17.042.936 toneladas métricas de exportaciones y 6.849.687 toneladas métricas de importaciones.

Asimismo, el Perú, en atención a su ubicación geográfica, no puede prescindir, bajo ninguna circunstancia, del uso del canal de Panamá para transportar más del 50% de sus importaciones y exportaciones. Debido a su incipiente estado de

industrialización, los productos peruanos exportados a través del canal interoceánico panameño son, en su mayoría, materias primas y productos semielaborados y no tradicionales, de gran volumen y de bajo valor. Es necesario enfatizar que un importante volumen de las importaciones peruanas está referido a productos alimenticios (i.e., granos, lácteos, etc.).

La inevitabilidad en el uso del canal de Panamá por parte del Perú está dada no sólo por su referida ubicación geográfica, sino porque los mercados naturales para los productos peruanos de exportación se encuentran en regiones a las que sólo es posible acceder competitivamente a través de la vía interoceánica panameña. Hacer uso de otras rutas encarecería el precio final de estos productos. Desarrollar mercados en otras regiones supone un proceso arduo y largo, en el que el Perú ya está empeñado, pero que tardará en producir resultados significativos.

El Perú está, por lo tanto, en un *estado de necesidad*, en lo que se refiere al uso del canal de Panamá.

El aumento de 29.3% de las tarifas de peaje del canal de Panamá, que entró en vigencia el 1º de octubre de 1979, tuvo un fuerte impacto en el comercio exterior peruano, ya que él tuvo que ser soportado por las compañías navieras que transportan los productos peruanos, las que, inevitablemente, aumentaron sus fletes, incrementando así el costo de dichos productos en la misma proporción. Este simple mecanismo se aplicó también a las importaciones peruanas, muchas de las cuales, como ya se ha dicho, consisten en productos alimenticios de consumo popular.

La recesión mundial, sumada a las prácticas restrictivas comerciales y a los sistemas de cuotas, contribuyeron a afectar, aún más, el comercio exterior peruano.

El nuevo aumento de 9.8% propuesto por la Comisión del Canal de Panamá, para 1982, cuyos fundamentos se examinarán más adelante, no hará sino agravar esta situación.

Muchos productos peruanos de exportación, promovidos a través de serios esfuerzos tanto del sector público como del sector privado, no tendrán —por las razones mencionadas— un acceso competitivo a los mercados internacionales, viéndose así seriamente afectada la balanza de pagos del Perú.

En otros casos se producirá una retracción que se añadirá a los actuales problemas impuestos por las restricciones que se derivan de las tendencias proteccionistas de los países altamente industrializados, a los cuales dichas exportaciones se dirigen. Un incremento del egreso de divisas, como resultado de tarifas de peaje del canal de Panamá más altas, añadirá peso a las serias y variadas presiones económicas a las que el Perú está actualmente sometido.

En este sentido, las medidas promocionales del comercio exterior peruano diseñadas por el gobierno perderán efectividad y significación y la economía peruana, como un todo, se verá seriamente amenazada.

La propuesta de aumento, de la Comisión del Canal de Panamá, efectiva a partir del 1º de octubre de 1982

La saturación de la capacidad del canal de Panamá, como resultado del gradual mayor número de tránsitos y aumento de tonelajes, debido éste a la presencia de buques de mayor tamaño en la vía interoceánica, movió a la Comisión del Canal de Panamá a empeñarse en la tarea de aumentar la capacidad operativa y tecnológica de aquélla, a través de cuatro líneas de acción:

1. Mejoramiento de la operación de las locomotoras y el mantenimiento de los rieles;

2. Mejoramiento de la disponibilidad y eficiencia de los Prácticos;

3. Experimentación de un sistema de reservas de tránsito; y

4. Estudio del relajamiento de las reglas de tránsito.

Estas medidas deberían promover el logro del objetivo de mejorar la capacidad del canal para, de esa manera, elevar considerablemente el número de tránsitos diarios y absorber mayores tonelajes unitarios, percibiendo aún mayores ingresos por concepto de peajes.

Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el subadministrador de la Comisión del Canal de Panamá, Sr. Fernando Manfredo, en la gira que hizo en 1981 por América del Sur, anunciando el aumento de peajes de octubre de 1982, sostuvo que en 1980, como consecuencia del aumento de 29.3% de 1979 y del mayor número de tránsitos y de tonelaje, los ingresos de la agencia administradora por concepto de peajes aumentaron en 40% respecto del año anterior y que es razonable suponer que ésta quiera aprovechar al máximo estas posibilidades potenciales del canal, mejorando su capacidad.

Se ha sostenido que el canal de Panamá debe, sin embargo, enfrentar cuando menos dos situaciones detrimen-
tales en el futuro próximo. Ellas son:

- a) El desvío del tráfico del canal de Panamá de los tanqueros que transportan petróleo crudo de Alaska hacia el oleoducto transistmico panameño; y

- b) El uso de contenedores multimodales transistmicos mexicanos (puente terrestre mexicano).

De estas dos situaciones, evidentemente la primera es particularmente más seria que la segunda.

La Comisión del Canal de Panamá ha sostenido, igualmente, que "la ley exige que (las tarifas) se fijen de manera que produzcan entradas para cubrir todos los costos de operación y mantenimiento del canal, incluso las inversiones para el reemplazo, expansión y mejoramiento del

equipo y las instalaciones". Igualmente, se ha expresado que *"el aumento es necesario para cumplir con los requerimientos legales* de que los peajes sean fijados como para producir ingresos suficientes para cubrir *todos* los costos de mantenimiento y operación del canal de Panamá, así como capital para reemplazos, expansión y mejoras".

Esta "exigencia de la ley" y este "requerimiento legal" hacen referencia, sin duda, a la nueva versión de la Sección 412, parágrafo b) del Código de la Zona del Canal, contenida ahora en la Sección 1602, parágrafo b) de la Ley del Canal de Panamá de 1979, que dice:

"Los peajes serán prescritos a tarifas calculadas para producir ingresos para cubrir tanto como sea practicable todos los costos de mantenimiento y operación del canal de Panamá, junto con los de los equipos e instalaciones relativos a él, incluyendo costos no recuperados en los que se haya incurrido durante o después de la entrada en vigencia de esta ley, intereses, depreciación, pagos a la República de Panamá de acuerdo al parágrafo 5 del artículo III y parágrafo 4 a) y b) del artículo XIII del Tratado del Canal de Panamá, de 1977; y capital para reemplazo, expansión y mejoras de las instalaciones. Los peajes no deberán ser prescritos a tarifas calculadas para producir ingresos suficientes para cubrir los pagos a la República de Panamá, de acuerdo al parágrafo 4 c) del artículo XIII del Tratado del Canal de Panamá, de 1977".

Hasta antes de su modificación en 1979, la misma norma, tal como estaba contenida en el Código de la Zona del Canal, decía:

"Los peajes serán prescritos a tarifas calculadas para cubrir, tanto como sea practicable, todos los costos de mantenimiento y operación del canal de Panamá, así como los del equipo e instalaciones relacionados con aquél, incluyendo intereses y depreciación, así como una parte adecuada de los costos netos de operación de la agencia conocida como la Gobernación de la Zona del Canal (...)".

De la lectura de ambos textos legales —cuyas diferencias, en apariencia sutiles, son muy significativas— se puede inferir que las modificaciones contenidas en la Sección 1602 b) de la Ley del Canal de Panamá, de 1979, prepararon anticipadamente el sustento legal requerido e invocado para el incremento de los peajes, al haberse alterado, a través de la ley, el concepto y el destino de aquéllos.

Hasta 1979 ellos cubrían, tanto como fuera practicable, básicamente costos de mantenimiento y operación del canal, y sus equipos e instalaciones. Hoy ellos deben cubrir, tanto como sea practicable, *además de tales costos*, los siguientes:

- (i) Costos no recuperados en los que se haya incurrido durante o después de la entrada en vigencia de la Ley del Canal de Panamá, de 1979.
- (ii) Pagos a la República de Panamá establecidos por el Tratado del Canal de Panamá, de 1977, llamados aquí "Costos del Tratado de 1977".
- (iii) Capital para el reemplazo, expansión y mejoras de las instalaciones del canal, llamados aquí "Costos de reemplazo, expansión y mejoras".

Lo que quiero connotar es que una vez así alterada la *ratio legis* contenida en la Sección 412 b) del Código de la Zona del Canal, sería posible pensar que aun los más desmesurados proyectos expansionistas deberían ser cubiertos por sucesivos aumentos de los peajes. La Comisión del Canal de Panamá, hipotéticamente, podría así, invocando el mismo fundamento legal, emprender grandes obras de ingeniería civil para, i.e., agregar un tercer juego de esclusas al canal (derecho que puede ser ejercido durante la vigencia del Tratado, previa entrega a Panamá de copia de los planos por Estados Unidos, tal como lo dispone el artículo XII, Inciso 3, del Tratado de 1977) y pretender financiar el costo pertinente con incrementos de los peajes.

Esto, sumado a que los llamados "costos del Tratado de 1977" deben también ser cubiertos por los peajes, configura una situación particularmente injusta.

En mi opinión y en la de cualquier observador imparcial, no son ni podrían ser los usuarios del canal, sino los países directamente favorecidos con su explotación, esto es, Estados Unidos y la República de Panamá, los que deberían asumir íntegramente estos costos, los que serán recuperados directa o indirectamente con las mayores ventajas económicas que se deriven de la mayor capacidad y eficiencia de esta estratégica vía acuática, cuyo control y administración son, en sí mismos, suficientemente ventajosos.

El que los usuarios del canal, con prescindencia de su específico grado de dependencia de esta vía interoceánica y del estado de sus economías internas, deban asumir íntegramente no sólo los "costos operativos y de mantenimiento" sino, además, los "costos del Tratado de 1977" y los "costos de reemplazo, expansión y mejoras" del canal, atenta dramáticamente contra la equidad.

La propuesta de incremento de peajes y el Sistema de Reservas de Tránsito

El 30 de enero de 1981, la Comisión del Canal de Panamá publicó una norma interna relativa al orden de paso o tránsito de los buques a través del canal de Panamá. El propósito de esta regla era establecer las condiciones dentro de las cuales debería llevarse a cabo una experiencia destinada a establecer un sistema para regular y programar el paso de aquéllos por la vía acuática.

Posteriormente, el 8 de diciembre del mismo año, se difundió un régimen que, modificando el anterior, proponía un sistema de reservas de tránsito que comenzaría a ponerse en práctica en enero de 1982. Este sistema, a grandes rasgos, creaba un pago de 0.35 dólares por Tonelada Gruesa del Canal de Panamá

(Panama Canal Gross Ton), al que estarían obligados aquellos buques que quisieran gozar de un derecho preferencial en su paso por el canal. No obstante, el pago mínimo por buque no podría ser inferior a 1.500 dólares.

Adicionalmente, dicho sistema establecía el procedimiento para hacer las reservas; las preferencias a las que estarían sometidos ciertos buques; y las penalidades por la cancelación de dichas reservas.

El 21 de enero de 1982, en el Federal Register de los Estados Unidos se publica una modificación del sistema descrito precedentemente, la que, entre otros aspectos menores, luego de oír las sugerencias de los interesados, reduce a 0.26 dólares la tarifa por Tonelada Gruesa del Canal de Panamá, manteniendo, no obstante, la tarifa mínima por buque en 1.500 dólares.

La Comisión expresa, en la parte considerativa de la disposición que comenta, que siendo estos pagos sustanciales son a la vez justos y razonables, si se tiene en cuenta los beneficios que se derivarán para los usuarios del sistema comentado, el mismo que es presentado como un "servicio adicional".

De otro lado, la Comisión pretende desvirtuar las afirmaciones hechas en el sentido de considerar este pago como una forma de peaje destinada a incrementar, más aún, los ingresos por la operación del canal. Los comentarios hechos en este sentido por sus detractores apuntan a que como este pago configura, en su opinión, un incremento indirecto del peaje, debe ser discutido en una Audiencia Pública similar a esta.

Los argumentos dados por la Comisión del Canal de Panamá, con el propósito de desvirtuar estas afirmaciones, carecen de consistencia, ya que la agencia administradora —al sostener que el pago de esta tarifa es "opcional"— olvida el estado de necesidad en el que se encuentran los buques frente al uso del canal y la inevitabilidad de tal pago. Llegará un momento en el que casi todos los buques se verán

obligados a efectuar este pago por el llamado "servicio adicional" de reserva de tránsito, ya que un gran número de ellos tendrán que someterse a este régimen con objeto de evitar largas esperas para transitar por el canal, teniendo en consideración los costos que, como es sabido, tienen estas últimas. Así, lo que tiene la apariencia de una situación excepcional, será una regla de cumplimiento forzoso.

Es por eso que una vez que el Sistema de Reservas de Tránsito se encuentre en pleno funcionamiento, el pago de 0.26 dólares por Tonelada Gruesa del Canal de Panamá por este concepto será compulsivo para casi todos los buques que usen esta vía, y él se sumará al derivado de los peajes propiamente dichos. De esta manera, el aumento real de los peajes será mayor.

De ahí que me permito llamar la atención no solamente de la Comisión del Canal de Panamá, sino en particular de la de los usuarios, sobre este mecanismo que parece contener una hábil estrategia para aumentar de manera particularmente alta las tarifas de peaje del canal de Panamá.

ELEMENTOS DE DERECHO

Tratados y regulaciones administrativas

Diversos tratados, leyes y regulaciones administrativas norteamericanos afectan o están relacionados con las tarifas de peaje del canal de Panamá, y ellos no serán analizados en esta oportunidad, por lo que antes de comentar con algún detalle los elementos de derecho sustantivo sólo quisiera mencionar que, en mi opinión, debería haberse mantenido en la legislación la distinción entre los "costos operativos" y los nuevos "costos del Tratado de 1977", los que deberían ser asumidos por los Estados Unidos, al representar la contraprestación norteamericana derivada del control y uso que sigue ejerciendo dicho país sobre la estratégica vía inter-

oceánica. Atenta contra la equidad el que los costos del Tratado Forrijo-Carter sean pagados por los usuarios del canal.

Es claro, también, por las razones expresadas anteriormente, que los "costos de reemplazo, expansión y mejoras" no deberían ser íntegramente trasladados a los usuarios del canal, a través de los peajes.

También debe ser recordado que los favorables resultados obtenidos en la operación del canal en los últimos años, los que están directamente vinculados al incremento de tránsitos diarios y a la captación de mayores tonelajes por la afluencia de buques de mayor tamaño, deberán continuar con aumento superada la actual recesión, y que otros inesperados movimientos a través del canal puedan producirse durante los próximos años.

Los ingresos derivados de los peajes de la vía acuática panameña, pues, deberían estar destinados a cubrir los costos de mantenimiento y operación ordinarios del canal de Panamá —exceptuados los que podrían ser llamados "costos del Tratado de 1977" y "costos de reemplazo, expansión y mejoras"— y deberían detener a la Comisión del Canal de Panamá en su intento de aumentar las tarifas de peaje más allá de la justicia, la razonabilidad y la equidad.

Derecho sustantivo

La Comisión del Canal de Panamá, *vis-a-vis* los usuarios del canal de Panamá, opera como la concesionaria de un servicio público suministrado dentro de evidentes condiciones de privilegio exclusivo y monopolio legal.

Esta situación coloca a la concesionaria en una posición hegemónica con respecto a los usuarios de tal servicio, similar a aquella que se da en los Contratos de Adhesión (como opuestos a los así llamados Contratos Paritarios o Discrecionales), en los que las condiciones para la provisión del servicio, así como sus precios, son unilateralmente establecidos por

la parte que tiene el control absoluto del poder de negociación, de manera tal que su contraparte sólo puede optar entre aceptar o rechazar tales condiciones, en una situación de "tómalo o déjalo".

Esto determina que la declaración de voluntad en el contrato de adhesión tenga un valor psicológico diferente al de la aceptación en un contrato Paritario o Discrecional.

Es cierto que, en principio, frente a tales condiciones contractuales es posible dar una respuesta negativa, rechazándolas. Sin embargo, esto, en la mayor parte de los casos, es puramente teórico, desde que generalmente dichos contratos están referidos a servicios esenciales e imprescindibles, lo que determina que la abstención tenga un costo económico y social particularmente alto. Es fácil imaginar las consecuencias que se derivarían para un exportador que se abstuviera de contratar con una compañía naviera que ha elevado sus fletes en la misma proporción del aumento hecho sobre los peajes del canal de Panamá o las que resultarían para una de aquellas que, por las mismas razones, decidiera suspender su tráfico a través del canal.

En esta clase de relaciones jurídicas patológicas, una de las partes —generalmente la más débil— está sometida a un estado de necesidad provocado por la situación de monopolio legal o de hecho disfrutada por la otra.

Lo que caracteriza a estas relaciones es, pues, el *estado de compulsión* en el que se encuentra una de las partes. Esta situación de opresión de la parte contratante económicamente fuerte sobre la parte económicamente débil ha hecho que algunos autores afirmen que en esos casos hay una *lucha contra la clientela*, en lugar de una *lucha por la clientela*.

Esta es, claramente, la situación de los usuarios del canal de Panamá frente a la imposición de condiciones de funcionamiento y de tarifas de peaje efectuada por la Comisión del Canal de Panamá.

Aquellos están compelidos a usar el canal y, consecuentemente, están también compelidos —violentando sus voluntades internas— a aceptar los términos impuestos por la agencia norteamericana encargada de la operación y mantenimiento del canal de Panamá.

Esto acerca el patrón de relación al concepto de "lesión" del Derecho Romano Civil, consistente en el daño sufrido por aquel que no recibe un plano equivalente a cambio de lo que él da en contrato conmutativo. Esta falta de equivalencia entre los valores de las obligaciones reciprocas existe desde el origen del contrato y es aceptada por una de las partes, violentando su voluntad interna, como se ha dicho más arriba, debido a su estado de necesidad, apartándose costosamente el principio que determina que el acuerdo de voluntades que da origen al contrato debe estar basado en la equidad.

Esto me lleva a afirmar que la relación existente entre los usuarios del canal y la Comisión del Canal de Panamá está marcada por las características atribuidas a la adhesión, y que es su estado de necesidad el que obliga al usuario a aceptar las condiciones impuestas por la concesionaria, más allá de que sean justas, equitativas y aceptables.

De hecho, en la lesión el perjuicio sufrido por una de las partes se deriva de su debilidad. Una debilidad que surge de su situación personal y que rompe la paridad que debería existir entre las partes en un contrato conmutativo.

Me refiero tanto a una *paridad legal* —en el sentido de que las partes están igualmente protegidas por un sistema legal que les concede y garantiza la libertad de contratar— como a una *paridad económica*, consistente en que ambas partes contratantes están igualmente protegidas de las presiones psicológicas que una podría ejercer sobre la otra.

Pero, además de la ya mencionada falta de equivalencia y proporcionalidad entre las obligaciones de las partes, la lesión se configura cuando la parte más

fuerte, conocedora y consciente del estado de necesidad de la otra, se aprovecha de éste para celebrar el contrato en tales condiciones.

Dentro del ámbito de un contrato conmutativo ortodoxo, de la lesión se derivarían la nulidad o la anulabilidad.

Este no es exactamente el caso de la relación jurídica existente entre la Comisión del Canal de Panamá y el Público, pero la analogía no necesita mayor demostración y explicación.

LA ADOPCION DE UN NUEVO SISTEMA DE ARQUEO DE BUQUES

Antes de finalizar mi presentación, quisiera hacer una breve referencia a la propuesta de la Comisión del Canal de Panamá relativa a la adopción de un nuevo sistema para el arqueo de los buques que transitan por la vía interoceánica panameña.

El pasado 20 de abril se realizó en Ciudad de Panamá un simposio organizado por la Comisión del Canal de Panamá para dar a conocer los alcances de un estudio encomendado a Arthur Andersen & Co. con relación a la adopción de tal sistema. Entiendo que con posterioridad otros simposios similares se han llevado a cabo en otras ciudades.

El estudio de Arthur Andersen & Co. tiene como punto de partida el Convenio Internacional de Arqueo de Buques, de 1969 (en adelante el Convenio), vigente desde julio de 1982 al haber sido ratificado por 48 naciones que representan más del 80% del tonelaje mundial, el mismo que apunta a armonizar los diversos sistemas que coexisten sobre tan importante materia a través de la implantación de un "Sistema Universal de Arqueo".

Cabe destacar que tanto Estados Unidos de América como Panamá han ratificado el Convenio, *con la reserva de que sus efectos no se entenderán aplicables al canal de Panamá*.

De otro lado, es bien conocido que el canal tiene un sistema privativo de arqueo que obliga a los buques que lo transitan a convertir sus arqueos propios a "Toneladas del Canal de Panamá", y que tanto los pagos por concepto de peajes cuanto los derivados del Sistema de Reservas de Tránsito, una vez que éste se implemente, están referidos a "Toneladas (netas o gruesas) del Canal de Panamá".

En consecuencia, en tanto que el sistema vigente en el canal de Panamá es uno de naturaleza privativa, no difiere, en ese sentido, de los otros sistemas privativos nacionales a cuya desaparición, por la vía de la homologación, apunta el convenio.

Sin embargo, como de la adopción del sistema contenido en el convenio, ya sea que aquel esté referido a toneladas netas o a toneladas gruesas, se derivan para la Comisión del Canal de Panamá *ingresos menores o muy poco más altos* que los actuales por concepto de peajes. Arthur Andersen & Co. recomienda la adopción de un sistema que supone una combinación del que ha sido puesto en vigencia por el convenio y del que, para efectos de esta presentación, llamaré "Sistema Panameño".

Es evidente, pues, que la propuesta de la Comisión del Canal de Panamá, a pesar de que ésta pretenda sostener lo contrario, no está dirigida a contribuir a la armonización y homologación de los sistemas de arqueo actualmente vigentes, sino a obtener ingresos mayores por concepto de peajes.

Eso explica que los Estados Unidos de América y Panamá hayan aprobado y ratificado el convenio, con las reservas ya anotadas precedentemente en lo que respecta a su no vigencia en el canal.

Así, de un lado, se contraría el propósito del convenio, ya que los buques arqueados de conformidad con el Sistema Universal de Arqueo deberán continuar convirtiendo sus tonelajes antes de transitar por el canal; y, del otro, se pone en evidencia que en tanto a lo que se apunta

es a obtener mayores ingresos, una vez aprobado el reciente aumento en las tasas de peaje y creado el sistema de Reservas de Tránsito —pagos estos, como se ha dicho, referidos a toneladas— resulta conveniente modificar el régimen para efectuar el arqueo de los buques que usan el canal, con miras a obtener así toneladas e ingresos más altos.

Las observaciones consignadas a continuación deberían ser tenidas en cuenta para la evaluación de la propuesta en cuestión:

- Como ha sido dicho anteriormente, la Comisión del Canal de Panamá, en el supuesto previsible de que adopte la propuesta de Arthur Andersen & Co. de poner en vigencia un sistema de arqueo que combine el Sistema Universal y el actualmente vigente en el canal, contrariará el espíritu unificador del convenio.

Estados Unidos de América y Panamá, al aprobar y ratificar el convenio con la reserva ya anotada de la no aplicación de sus efectos al canal de Panamá, permitían anticipar el mantenimiento de un régimen de arqueo propio en dicha vía interoceánica.

- El estudio de Arthur Andersen & Co. se basa en que "las tarifas de peaje del canal son, o deben ser, fijadas para *recuperar el costo de operación* basado en el tonelaje de todos los buques que lo transitan". Este supuesto fue apoyado, en la exposición hecha durante el simposio aludido precedentemente, con la proyección de una diapositiva en la que se transcribía, parcialmente, la sección 1602 b) de la 1979 US Panama Canal Act.

El dispositivo legal en cuestión, al cual he hecho referencia en la primera parte de este trabajo, es citado por la Comisión del Canal de Panamá para poder sostener que "la ley exige" que los peajes cubran determinados costos y que, por lo tanto, dicha exigencia legal deba ser forzosamente atendida.

No obstante, el hacer la cita legal en forma completa hubiera puesto en eviden-

cia que la base para el cálculo de los peajes —contenida en el Canal Zone Code y vigente hasta la promulgación de la 1979 US Panama Canal Act, que en efecto disponía que los peajes fueran fijados de manera tal que cubran, "tanto como sea practicable", los costos operativos del canal— fue modificada con miras a que los peajes cubrieran, "tanto como sea practicable", además de los costos operativos, los costos de mantenimiento, expansión y mejoras, así como también los llamados "Costos del Tratado del Canal de Panamá" que, como se ha dicho, no son otros que las contribuciones económicas que la suscripción del tratado impone a los Estados Unidos de América a favor de Panamá.

Sumarizando este aspecto del problema se puede sostener que:

- Las bases para el cálculo de las tarifas de peaje han sido modificadas.

- Es posible sostener que, formalmente, la ley exige hoy en día que los peajes cubran, además de costos operativos y de mantenimiento, costos de expansión y mejoras y los llamados "Costos del Tratado del Canal de Panamá".

- Es igualmente posible sostener que los legisladores norteamericanos, con la finalidad de proteger a sus nacionales, modificaron la legislación sobre la materia para trasladar a los usuarios del canal todos esos costos, contando con el sustento normativo del caso que, es más, permite esgrimir el argumento de la "exigencia legal" y de su inevitable observancia.

- En tanto la legislación norteamericana no sea modificada, las tarifas de peaje podrán seguir siendo incrementadas irrestrictamente por los Estados Unidos de América.

- Finalmente, en tanto que la fórmula para fijar los peajes es: $\text{Ingresos Requeridos} \div \text{Tonelaje Neto Total} = \text{Tarifas de peaje}$, considerando que el factor "ingresos requeridos" incluye actualmente, por "mandato de la ley", todos los diversos costos aludidos, y que el tonelaje

neto total de los buques que transiten por el canal —con el actual Sistema Panameño de arqueo o, es más, con el Sistema Universal aprobado por el Convenio— puede dar ingresos que estén por debajo de las expectativas de la Comisión del Canal de Panamá, a juicio de esta última es necesario modificar el sistema de arqueo de acuerdo a la propuesta de Arthur Andersen & Co., para así alcanzar sus objetivos de obtener ingresos mayores a los actuales.

- Si bien es cierto que tanto el Canal Zone Code (Sección 411) como la 1979 US Panama Canal Act (Sección 1601) disponen que la Compañía del Canal de Panamá y el Presidente de los Estados Unidos de América, respectivamente, pueden modificar el sistema para la medición de los buques que transiten por el canal, así como también las tarifas de peaje, *el Tratado del Canal de Panamá, de 1977, únicamente le confiere a los Estados Unidos de América la facultad de establecer, modificar, cobrar y retener los peajes (artículo III, 2. D.), más no la de modificar las reglas para la medición de los buques.*

En consecuencia, existen dos alternativas sobre el particular:

— El Tratado del Canal de Panamá, de 1977, deberá ser enmendado en ese sentido, confiriéndole a los Estados Unidos de América la prerrogativa de modificar unilateralmente las reglas para la medición de los buques.

De esta manera, la 1979 US Panama Canal Act (Sección 1601) y el Tratado del Canal de Panamá, de 1977, adquirirían la coherencia necesaria, al producirse la armonización entre la ley internacional y la ley nacional sobre la materia.

— El Tratado del Canal de Panamá, de 1977, no será modificado y es en aplicación de una ley norteamericana que el Presidente de los Estados Unidos de América, a propuesta de una agencia gubernamental también norteamericana (la Comisión del Canal de Panamá), cam-

biará las reglas de arqueo actualmente vigentes en el canal.

Las evidentes connotaciones legales y políticas de una y otra alternativa me eximen de mayores comentarios.

Finalmente, debe ser tenido en cuenta que la legislación norteamericana impone a la Comisión del Canal de Panamá someter a un procedimiento de Audiencia Pública (similar al utilizado para el caso de las propuestas de incremento de peajes) la discusión formal de la propuesta de modificación del sistema de arqueo de buques, la que deberá ser finalmente aprobada por el Presidente de los Estados Unidos de América. Es por demás necesario que los países y entidades interesados en las evoluciones de este régimen se hagan presentes en este foro para hacer conocer sus puntos de vista.

COMENTARIOS FINALES

Es evidente que los dos países suscriptores del Tratado del Canal de Panamá, de 1977, han definido sus relaciones jurídicas y —en lo que a nosotros concierne— la administración del canal de Panamá, en términos tales que seamos los usuarios, o, dicho en otras palabras, los terceros en esa relación bilateral, los que asumamos sus costos.

Es claro que ningún usuario del canal llevaría sus pretensiones al extremo de que el servicio que se le presta fuera gratuito o que los pagos que hiciera a cambio de aquél no alcanzaran a cubrir los costos de operación y mantenimiento de la vía interoceánica, pero hay una significativa diferencia en el hecho de verse condenado a tener que asumir, en adición a estos costos, los derivados de las expansiones, los de las mejoras y los de las contribuciones que Estados Unidos debe hacer anualmente a Panamá, sin tener posibilidad alguna de oponerse a los conceptos o a los montos de tales pagos.

Quiero manifestar, de manera que no deje duda alguna mi genuina preocupación por el futuro de este problema y mi

convicción, que los usuarios del canal y sus gobiernos deberán actuar con energía, oportunidad e imaginación para encontrarle soluciones.

Dichas soluciones deberían contemplar desde las aparentemente más utópicas que supone ejercer, con éxito, presiones sobre los suscriptores del Tratado Torrijos-Carter o, más concretamente, sobre los Estados Unidos, para la modificación ya sea del primero o de la legislación norteamericana sobre la materia (me refiero a la Ley del Canal de Panamá, de 1979), hasta aquellas otras que impliquen el desarrollo de mercados alternativos, el uso de "puentes terrestres" y, por qué no decirlo, el poner en práctica, a través de un Comité de Usuarios, medidas de fuerza que supongan abstenerse de hacer uso de los servicios del canal de Panamá.

Todo parece indicar que los costos derivados del uso del canal, hoy ya suficientemente altos, se incrementarán, directa o indirectamente, aún más, ya sea durante la vigencia de la administración norteamericana o cuando la República de

Panamá recupere plenamente para ella dicha administración.

Es sabido que Panamá ha visto siempre en el canal uno de sus más importantes "recursos naturales" y su más clara fuente de ingresos, al extremo de que el gobierno panameño estaría considerando cubrir los costos derivados de la creación de las Fuerzas Armadas encargadas de velar por la seguridad del canal, en reemplazo de la Guardia Nacional, con los ingresos que se pueda percibir de la explotación de aquél.

Creo que resulta innecesario argumentar adicionalmente sobre la necesidad de tomar de inmediato acciones encaminadas a restablecer el equilibrio y la equidad en una relación que comienza a ser particularmente onerosa para el comercio exterior de los países de esta parte del continente, y quizás ALAMAR sea el organismo más indicado para asumir el necesario liderazgo en esas acciones.

La invitación queda formulada.

