



Carta N° 146-2024/DE/COMEXPERU

Lima, 3 de julio de 2024

Congresista
SEGUNDO TEODOMIRO QUIROZ BARBOZA
Presidente de la Comisión de Energía y Minas
Congreso de la República
Presente. -

Ref.: Proyectos de Ley N° 7896/2023-CR y
7936/2023-CR

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarlo 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 (libre empresa, libre comercio y promoción de la inversión privada) 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 de su conocimiento la posición de ComexPerú sobre los proyectos de ley en referencia (en adelante, “los Proyectos”), que establecen la moratoria y prohibición de concesiones, así como de toda actividad de exploración y extracción minera o de hidrocarburos en cabeceras de cuenca.

Al respecto, expresamos nuestra discrepancia con lo dispuesto en los Proyectos, ya que no se reconoce el significativo aporte de las actividades de exploración y extracción por parte de inversiones privadas y su impacto en la economía nacional. Además, observamos una excesiva desproporcionalidad en la medida propuesta. En este sentido, manifestamos las siguientes observaciones:

- Si bien las cabeceras de cuenca son áreas de especial interés y protección ambiental, la legislación actual cuenta con mecanismos de gestión de riesgos que establecen el nivel de diligencia y la restricción de la actividad exploratoria o extractiva, según el bien jurídico protegido, determinados por la entidad competente.
- La propuesta contraviene principios económico-constitucionales básicos en un Estado de Derecho, como la libertad de empresa y la seguridad jurídica. Existen medidas menos lesivas a las actividades económicas que protegen el bien jurídico en cuestión, como los títulos habilitantes.

En el documento adjunto desarrollamos estas observaciones con mayor detalle, las cuales esperamos sean consideradas para determinar el archivamiento de los Proyectos. Asimismo, nos ponemos a disposición de su despacho, en caso lo determine necesario, para compartir más información y evidencia sobre la materia.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para reiterarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo



OPINIÓN LEGAL

PROYECTOS DE LEY N° 7896/2023-CR Y 7936/2023-CR

PROYECTOS DE LEY QUE PROHIBEN LAS CONCESIONES, ACTIVIDADES EXPLORATORIAS Y DE EXTRACCIÓN DE FUENTES DE AGUA O CABECERAS DE CUENCA

1. Gestión de los recursos hídricos.

Los Proyectos no consideran la existencia de los mecanismos legales que regulan las condiciones bajo las cuales se desarrollan las actividades mineras y de hidrocarburos. El Estado, a través de diversos ministerios y entidades administrativas sectoriales, tiene la responsabilidad de gestionar los riesgos de las actividades económicas que puedan afectar bienes jurídicos constitucionales, como la protección del medio ambiente u otros intereses generales.

La existencia de externalidades en una actividad económica, como la minería y los hidrocarburos, activa el rol garante del Estado en la tutela de intereses generales. Este rol se materializa con un marco legal específico, condiciones para el acceso, permanencia y salida de dichas actividades, así como otras medidas destinadas a salvaguardar estos intereses, siempre respetando principios fundamentales como la legalidad, proporcionalidad y razonabilidad, así como derechos como el de la libertad de empresa.

En el ámbito de la minería e hidrocarburos, encontramos desde una regulación específica de concesiones, hasta la realización de evaluaciones de impacto ambiental, requisitos necesarios para obtener un título habilitante que permita el inicio de las actividades de exploración y extracción. Estos procesos implican una revisión y decisión por parte de las entidades administrativas correspondientes, como el Ministerio del Ambiente (MINAM) o la Autoridad Nacional del Agua (ANA).

Esta última es la entidad rectora del Sistema Nacional de Gestión de los Recursos Hídricos, de acuerdo con la Ley N° 29338, Ley de Recursos Hídricos (en adelante, "la Ley"). En ese sentido, es la responsable del manejo y gestión de aguas en el país, con las siguientes funciones reconocidas en la Ley:

- Elaboración del Plan Nacional de Gestión de Recursos Hídricos, así como supervisar las actividades, impacto y cumplimiento de sus objetivos.
- Declarar el agotamiento de las fuentes de agua; así como los estados de emergencia por escasez o superávit hídrico o cualquier conflicto relacionado con la gestión sostenible de los recursos.
- Dictar normativas y procedimientos para asegurar la gestión integral y sostenible de los recursos hídricos.
- Otorgar, modificar y extinguir, previo estudio técnico, derechos de uso de agua.

Como se puede observar, el ANA es una entidad técnica especializada en la gestión de recursos hídricos. Por lo tanto, debería ser la autoridad encargada de determinar el

impacto ambiental generado por las actividades mineras y de hidrocarburos a través de estudios técnicos.

Sin embargo, incluso cuando existe una entidad especializada (ente rector) en materia de aguas con la competencia establecida por la Ley para la gestión de los recursos hídricos, y esta no se ha manifestado en contra de las actividades económicas en cuestión, se pretende prohibirlas sin realizar algún tipo de análisis sobre el impacto que ello podría generar.

Actualmente, los agentes privados interesados en participar en actividades mineras y de hidrocarburos deben someterse a un procedimiento donde deben demostrar que su operación no afectará, o afectará mínimamente, al medioambiente. De esta manera, cumplen con los estándares ambientales establecidos por el ANA u otras entidades administrativas competentes, las cuales regulan el impacto que dichas actividades puedan tener sobre los recursos naturales.

Así, esto debería ser suficiente para demostrar la calidad de las operaciones de los agentes privados y su compromiso por mantener las mejores prácticas alineadas con los intereses generales de la sociedad, especialmente en lo que respecta a la protección de los recursos hídricos y el medioambiente en general.

Sin embargo, esto no implica que las autoridades competentes deban dejar de ejercer sus facultades de supervisión, como la vigilancia del cumplimiento de estos estándares ambientales, siempre aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

2. Sobre la constitucionalidad y proporcionalidad de los Proyectos.

Los Proyectos establecen, como disposición principal, la prohibición de las concesiones, actividades de exploración y de extracción minera y de hidrocarburos en las cabeceras de cuenca.

La imposición de una prohibición sobre una actividad económica contraviene el derecho constitucional a la libertad de empresa. Según el Tribunal Constitucional (TC), este derecho garantiza a las personas la libertad de elegir y establecer libremente una organización con el propósito de dedicarse a la actividad económica de su preferencia, permitiéndoles disfrutar de los beneficios económicos que puedan generar¹.

Así, el TC reconoce el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, dentro del cual se encuentra el libre acceso al mercado, que garantiza no solo la creación de una empresa, sino también la posibilidad de actuación dentro del mercado².

Bajo estas premisas, los Proyectos vulnerarían de manera innecesaria e inconstitucional el ejercicio de estos derechos mediante la prohibición de actividades económicas en las zonas mencionadas. Esto podría implicar un obstáculo para el desarrollo de proyectos de inversión tanto privados como públicos en el sector energético y minero.

En cuanto a la evaluación de la razonabilidad y proporcionalidad de los Proyectos, el hecho de que solo se proponga la prohibición de las actividades económicas sin

¹ Expediente N° 0011-2013-PI/TC.

² Expediente N° 3116-2009-PA/TC.



presentar alternativas viables resalta la limitada rigurosidad y análisis de dichas propuestas.

La afectación de derechos constitucionales debe ser evaluada seriamente, considerando tanto los beneficios como los perjuicios involucrados. Si bien la protección de los recursos hídricos (especialmente las cabeceras de cuenca) es loable, esto no justifica cualquier medio para alcanzar dicho objetivo. De igual manera, no es justificable establecer una limitación generalizada sobre todas las cabeceras de cuenca sin considerar las diferencias específicas de cada una, y sin que la ANA determine los niveles de vulnerabilidad correspondientes.

Así también, los Proyectos podrían vulnerar el principio de seguridad jurídica. Los agentes económicos que cuenten con títulos habilitantes para la operación de estas actividades perderían de manera automática la posibilidad de ejercerlas. Esto implicaría que todos los costos e inversiones realizados hasta el momento serían en vano, lo cual podría equipararse en algunos casos a una expropiación indirecta, la cual está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico y el país podría ser objeto de demandas en cortes internacionales en materia de inversiones, como el CIADI.

Es crucial identificar una alternativa menos perjudicial para el ejercicio del derecho a la libertad de empresa en este contexto. Por lo tanto, es fundamental realizar un análisis riguroso basado en criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto a las medidas propuestas.

3. Materia económica.

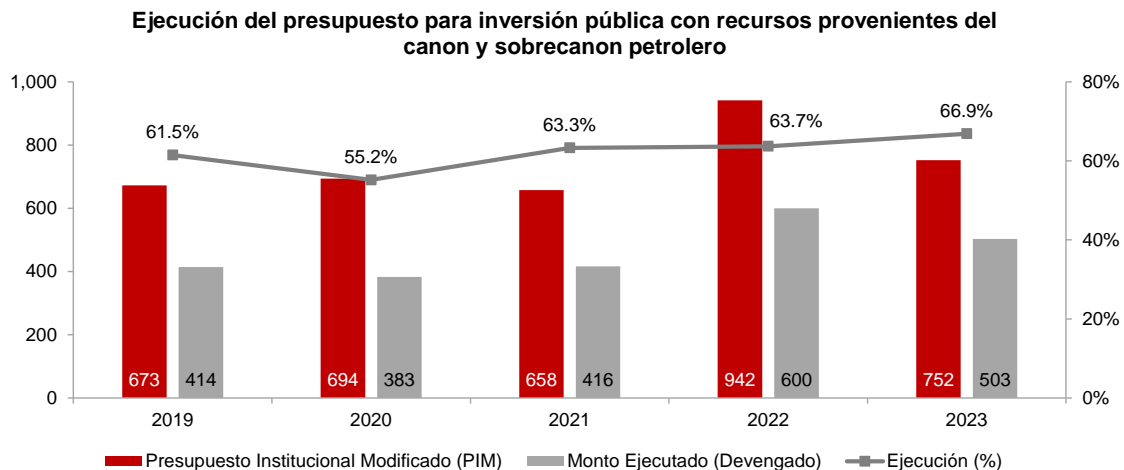
La intangibilidad de las cabeceras de cuenca, específicamente la prohibición de actividades de exploración y explotación de minería e hidrocarburos, surge a partir de una postura relacionada a la contaminación del agua y el suelo, lo que impediría la actividad agrícola y ganadera en partes media y baja de las cuencas. El que la agricultura familiar alto andina sea una actividad de subsistencia no se debe a la actividad minera, sino al histórico abandono del Estado que no se ha preocupado por brindar tecnología a los agricultores para incrementar su productividad agropecuaria.

Ello, a pesar de que la actividad de hidrocarburos aporta grandes ingresos a los gobiernos regionales y locales; siendo la labor de los mencionados gobiernos distribuir correctamente dichos ingresos, de manera que las poblaciones de estas zonas se beneficien de las mejoras en infraestructura y servicios que se financien con estos recursos.

La evidencia demuestra este limitado avance de ejecución de los recursos provenientes de la actividad de hidrocarburos. En los últimos 5 años (2019-2023) se ejecutó, en promedio, el 62.1% de los recursos para obras públicas provenientes del canon y sobrecanon petrolero. Esto implica que se dejaron de ejecutar S/ 1,402 millones destinados a inversión pública con recursos financiados por dicha actividad en el periodo analizado, según cifras del Ministerio de Economía y Finanzas.

Incluso, del total de canon y sobrecanon petrolero disponible para inversión pública a nivel nacional en 2023, los Gobiernos subnacionales fueron responsables del 96.2% del total (S/ 724 millones). En el último año, los Gobiernos regionales ejecutaron el 69.5% de su presupuesto para inversión con recursos provenientes del canon y sobrecanon de dicha actividad económica; es decir, dejaron de ejecutar S/ 37.1 millones. Los Gobiernos

locales (municipalidades provinciales y distritales) ejecutaron solo el 64.9% de su presupuesto para obras públicas con recursos provenientes de la actividad petrolera; es decir, dejaron sin utilizar S/ 214 millones solo en 2023.



Fuente: MEF. Elaboración: ComexPerú.

Menos aún se han realizado acciones concretas para formar corredores económicos que impulsen a sacar de la pobreza a las comunidades campesinas en las zonas altoandinas, según Rómulo Mucho, ministro de Energía y Minas.³

En línea con la tutela de los recursos hídricos (cabeceras de cuenca) y la loable iniciativa para mitigar la contaminación ambiental y sus consecuencias sobre la población, los Proyectos mencionan que los riesgos para la salud son graves (refiriéndose al número de peruanos expuestos a metales pesados) y estos son provocados -principalmente- por la industria minera y la de hidrocarburos.⁴ Lo anterior ignora la distinción y abrupta diferencia entre las actividades extractivas formales e informales. Estas últimas son las que generan un grave perjuicio ambiental y social.

Así, los Proyectos solo estarían planteando la prohibición de la actividad privada; sin embargo, no se presentan iniciativas para combatir la minería ilegal en Madre de Dios, por ejemplo, donde se devastan zonas protegidas por el Estado.

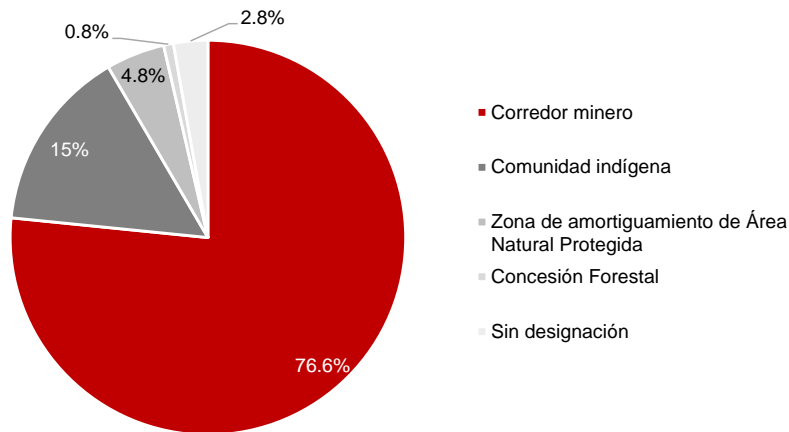
De acuerdo con un informe de *Monitoring of the Andean Amazon Project (MAAP)*, la deforestación por minería ilegal de oro en la región sur de la Amazonía peruana, especialmente en Madre de Dios, es crítica. Según los resultados de este informe, entre 2021 y 2022 se perdieron 18,421 hectáreas debido a la actividad ilícita. Esto es equivalente al tamaño del distrito de Lurín en Lima.

Mientras que el 76.6% de esta deforestación (14,117 hectáreas) se desarrolló dentro del Corredor Minero, el 23.4% (4,304 hectáreas) ocurrió fuera, afectando a comunidades indígenas, zonas de amortiguamiento de áreas naturales protegidas, concesiones forestales y áreas no zonificadas. A continuación, se presenta el desagregado de la actividad minera ilícita según zona geográfica.

³ <https://www.desdeadentro.pe/2022/01/reflexiones-sobre-las-cabeceras-de-cuenca/>

⁴ Proyecto de Ley N° 7896 / 2023 – CR. p.12.

Deforestación por minería ilegal en la Amazonía Peruana Sur, por categoría (2021-2022)



Fuente: MAAP. Elaboración: ComexPerú.

Como la evidencia demuestra, la minería ilegal que depreda el medio ambiente debería ser el foco de atención si lo que se busca es preservarlo y proteger a las comunidades ubicadas en las zonas de influencia de la actividad ilícita. Sin embargo, constantemente surgen iniciativas legislativas contrarias a dicho fin. Por ejemplo, el Registro Integral de Formalización Minera (REINFO) protege a mineros ilegales. De los 87,148 mineros inscritos (supuestamente en proceso de formalización), más del 79% tienen “registro suspendido”, lo que demuestra que no han cumplido con presentar estudios ambientales, contratos de concesión, entre otros requisitos. Más de 69,000 mineros ilegales podrían estar operando con impunidad pese a estar suspendidos en el REINFO, con datos a 2023.

Restringir la actividad empresarial, específicamente la actividad de exploración e inversión minera y de hidrocarburos, supondría un impacto económico perjudicial para el país. Solo en 2023 se transfirieron S/ 7,665 millones por conceptos mineros (canon, regalías y derechos de vigencia y penalidad). Además, en el mismo año, se registró US\$ 4,715 millones de inversión minera, 9.9% menos que en 2022, según el Boletín Estadístico Minero del Ministerio de Energía y Minas - MINEM.

A 2024 se tiene una cartera de proyectos de exploración minera conformada por 75 proyectos con una inversión conjunta de US\$ 644 millones, cuyo objetivo es explorar para el desarrollo de posibles nuevas zonas de explotación, así como extender la vida útil de las minas que se encuentran en operación, según MINEM. Es importante destacar que todos estos proyectos de exploración minera son propiedad de empresas del sector privado bajo el régimen general (gran y mediana minería), por lo tanto, están sujetos a todo el marco regulatorio y normativo requerido para la minería formal.

Además, también se tiene una cartera de 51 proyectos de inversión minera en 2024, por un monto total de inversión de US\$ 54,556 millones. Estos proyectos contemplan la ejecución de inversiones para alcanzar la puesta en marcha operativa a fin de realizar actividades tales como la explotación y/o beneficio en concordancia con la normativa vigente, según MINEM.

La actividad minera formal está sujeta a la aprobación de Estudios de Impacto Ambiental, certificaciones y autorizaciones necesarias por parte de las entidades



competentes, se utilizan buenas prácticas internacionales con instrumentos de Gestión Ambiental; entre otros.

Restringir la actividad exploratoria e inversión minera implicaría una caída significativa en los ingresos que genera la minería metálica, actividad que representó aproximadamente el 8.7% del PBI durante la última década y contribuyó con cerca del 60% de las exportaciones totales, de acuerdo con el Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).

Además, iniciativas legislativas como estas restan aún más la competitividad minera en el país. Según la más reciente encuesta anual de Empresas Mineras, que busca identificar las condiciones que hacen a un país más atractivo para la inversión en el sector, elaborada por el Instituto Fraser de Canadá, Perú viene perdiendo competitividad con el paso de los años. Esta encuesta considera variables geológicas, legales, tributarias, constitucionales; entre otras. El resultado para Perú se debió a la preocupación por la mano de obra en el país, el régimen fiscal y la incertidumbre en torno al reclamo de tierras en litigio. Además, todas las empresas encuestadas expresaron su preocupación por la estabilidad política en el Perú, según el Instituto Fraser.

4. 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, y posteriormente mediante el Decreto Legislativo N° 1565, Ley General de Mejora de la Calidad Regulatoria.

La contraparte parlamentaria de esta mejora regulatoria se dio mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispuso 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, 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, los efectos monetarios y no monetarios, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

Lo anterior garantiza que las propuestas de ley se formulen con debido sustento y evidencia, y con altos niveles de calidad, lo que mejorará su debate y, de ser viable, su aprobación.



Los Proyectos prohíben las concesiones y las actividades de exploración y extracción en las cabeceras de cuenca sin un respaldo técnico que evalúe los efectos que podrían generarse. Aunque ambas iniciativas reconocen la importancia de proteger estos recursos, ninguno propone medidas adecuadas para lograr este objetivo. Por el contrario, además de no salvaguardar los recursos hídricos, podrían afectar negativamente el desarrollo económico del país, considerando que el Perú se caracteriza por su considerable potencial minero.

Ninguno de los Proyectos realiza un análisis exhaustivo de alternativas menos gravosas para las actividades económicas y los agentes involucrados, ya que se basan en premisas generales para justificar su prohibición. Una de las premisas más destacadas es la preocupación de que estas actividades económicas podrían limitar el acceso al agua de calidad para las comunidades aledañas.

Esto último dista de la realidad. La limitada infraestructura en servicios de agua potable y saneamiento es lo que impide el acceso de la población. Esto refleja una falta de inversión en estos servicios, los cuales podrían ser financiados mediante capital privado, como a través de concesiones o asociaciones público-privadas.

La protección medio ambiental debe guiarse por las mejores prácticas para garantizar de manera sostenible los recursos naturales, especialmente los hídricos, de nuestro país. Sin embargo, esto requiere un debate serio y técnico fundamentado en evidencia, que involucre la colaboración del sector público a través de entidades competentes, el sector privado, la academia y la sociedad en general. Solo de esta manera se puede asegurar el desarrollo de actividades económicas, como las mencionadas anteriormente, en armonía con la protección de los recursos naturales del país.

5. Conclusiones.

Expresamos nuestro firme rechazo a medidas que prohíban el ejercicio de actividades económicas, lo cual constituye una infracción al derecho constitucional a la libertad de empresa. Estas medidas no solo amenazan el desarrollo económico del país, el cual se sustenta en gran medida en las actividades que se pretenden prohibir, sino que también consideramos que los Proyectos son desproporcionados y carecen de razonabilidad. Por tanto, hacemos las siguientes observaciones:

- Si bien las cabeceras de cuenca son áreas de especial interés y protección ambiental, la legislación actual cuenta con mecanismos de gestión de riesgos que establecen el nivel de diligencia y la restricción de la actividad exploratoria o extractiva, según el bien jurídico protegido, determinados por la entidad competente.
- La propuesta contraviene principios económico-constitucionales básicos en un Estado de Derecho, como la libertad de empresa y la seguridad jurídica. Existen medidas menos lesivas a las actividades económicas que protegen el bien jurídico en cuestión, como los títulos habilitantes.