

Carta N° 233-2022/GG/COMEXPERU

Miraflores, 2 de noviembre de 2022

Congresista

ROSANGELLA BARBARÁN REYES

Presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera

Congreso de la República

Presente.-

Ref.: Proyectos de Ley N° 2947/2022-CR,
2964/2022-CR y 3311/2022-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 (libre mercado, 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 de la referencia (en adelante, “los Proyectos”), que proponen declarar de interés nacional y necesidad pública la producción estatal de fertilizantes y la creación de una empresa estatal de fertilizantes, los mismos que consideramos inconstitucionales y que carecen de estándares mínimos de análisis de impacto regulatorio.

Al respecto, manifestamos las siguientes consideraciones:

1. Análisis de constitucionalidad.

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”) dispone que la iniciativa privada es libre, y que se ejerce en una economía social de mercado, en donde el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Asimismo, el artículo 59 prevé que el Estado estimula la creación de riqueza (el subrayado es nuestro).

Es decir, en cumplimiento del concepto de economía social de mercado previsto en la Constitución, el Estado garantiza la libre iniciativa privada y para ello vela por un entorno de libre competencia y protección de la propiedad privada, a efectos de que el desarrollo de esta libre iniciativa genere bienestar en la ciudadanía, mientras que se encarga de promover los ejes habilitadores que permitan una línea base común

desde la cual cada quien desarrolle según su esfuerzo, como son las áreas de salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Cualquier alteración de cómo el Estado quiera incidir en el desarrollo, explotación y aprovechamiento de determinado recurso, por ejemplo, a través de una intervención más directa, sea mediante iniciativas públicas o actividad empresarial del Estado (sin cumplir las particularidades dispuestas en la Constitución), constituiría una vulneración de la Constitución.

En este marco, los Proyectos apuntan a la creación de una empresa estatal de fertilizantes; es decir, encargar al Estado el desarrollo de actividades económicas que son llevadas a cabo por agentes económicos privados. Al respecto, el artículo 60 de la Constitución dispone que solo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirectamente, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Así pues, si bien la Constitución permite que el Estado desarrolle actividad empresarial, ello ocurre siempre que sea de forma subsidiaria, es decir, cuando no existan agentes privados o su presencia sea insuficiente para el desarrollo de la actividad; y siempre que se sustente un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

En esa línea, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, respecto de la discusión sobre el rol subsidiario del Estado, ha dispuesto¹ que para que se ello se dé, debe confluir (i) la aprobación de una ley aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo; (ii) un alto interés público; y (iii) la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Este último resulta especialmente relevante de cara a lo planteado por los Proyectos.

En su pronunciamiento, el INDECOPI se refirió a la necesidad de (i) determinar un mercado relevante respecto del cual realizar el análisis de subsidiariedad, entendido en sus dos dimensiones, como mercado geográfico y mercado producto, en términos del artículo 6° del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, para luego (ii) evaluar el carácter subsidiario de la actividad empresarial. Así, distinguió tres escenarios en función a cuántas empresas participaban en el mercado: (i) dos o más privadas no vinculadas y una estatal; (ii) una privada y una estatal; y (iii) una sola estatal.

Para realizar actividad empresarial en el primero de estos escenarios –que es en el que los Proyectos pretenden intervenir–, el Estado debe demostrar² que la oferta privada es y será insuficiente o inexistente, que las condiciones de competencia no son las adecuadas, y que existen altas barreras de entrada al mercado (a nivel regulatorio, económico y/o de conducta o estratégicas).³

¹ INDECOPI. (2010). *Resolución N° 314-2010/SC1-INDECOPI*. Fundamentos 80 a 105.
<http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Polleria-El-Rancho-Rol-Subsidiario-del-Estado-Peru.pdf>

² Ibid. Fundamento jurídico 90.

³ Ibid. Fundamento jurídico 95 a 100.

En cuanto al mercado de fertilizantes, la producción de estos está relacionada a los mercados energéticos, ya que los principales insumos para su elaboración son el gas natural y el carbón, según el Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, “el BCRP”)⁴. Así, en 2021, de acuerdo con cifras del Banco Mundial, el índice de precios de los fertilizantes se incrementó 163.9% a nivel global, debido a la mayor demanda producto de la recuperación económica mundial, así como las limitaciones de oferta, derivados de la pandemia. Esto, a su vez, se ha visto agravado por la guerra en Ucrania, y las nuevas sanciones impuestas a Rusia y Bielorrusia, dos de los principales exportadores mundiales de fertilizantes nitrogenados y potásicos. Cabe destacar que el 89.5% de la oferta de fertilizantes en el Perú es de origen importado (INEI).

El problema coyuntural de la provisión de fertilizantes en el mercado viene por un aumento de precio debido a factores internacionales, principalmente la guerra entre Rusia y Ucrania. Este aspecto es crucial a fin de entender el objetivo de los Proyectos que proponen la intervención del Estado en este mercado.

Así, el incremento de los precios de los fertilizantes y, por tanto, el de los productos agrícolas de cara a los consumidores, son consecuencia, no de la incapacidad del sector privado de atender la demanda, sino del incremento de los precios por el contexto internacional.

Por el contrario, para hacer frente al incremento de estos precios, más allá de buscar sustituir al sector privado por el sector público, se deben adoptar medidas para fortalecer las cadenas de distribución y comercialización existentes. Según la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO)⁵, en el corto plazo, se debe i) evitar restricciones comerciales de fertilizantes, ii) supervisar el comercio y políticas comerciales, iii) mejorar las fuentes de datos en el mercado de fertilizantes, iv) usar indicadores de alerta temprana, v) apoyar a consumidores más pobres y vi) priorizar los fertilizantes en el uso agrícola por sobre el no agrícola. En el largo plazo, se debe apoyar la transición hacia fuentes de energía bajas en carbono, mejorar la eficiencia en el uso de fertilizantes y mejorar las prácticas agronómicas.

Esto, sin embargo, no ha sido abordado por ninguno de los Proyectos en comentario, los cuales optan por omitir cualquier referencia distinta a los altos precios detectados en los últimos meses y el alto porcentaje de importaciones que componen el mercado peruano de fertilizantes.

La Constitución y el precedente del INDECOPI exigen que el sector privado sea incapaz de absorber la demanda para activar el rol subsidiario del Estado en la economía, supuesto que, como hemos demostrado, no se cumple.

2. 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

⁴ BCRP. (2022). Reporte de inflación junio 2022. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2022/junio/reporte-de-inflacion-junio-2022.pdf>

⁵ FAO (2022). Evolución de los mercados mundiales de fertilizantes. <https://www.fao.org/3/nj408es/nj408es.pdf>

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.

De lo que se aprecia de las Exposiciones de Motivos de los Proyectos, el "sustento" de lo propuesto radica en dos ejes: (i) la escasez de la oferta de fertilizantes, gatillada por el contexto internacional; y (ii) los "insuficientes" esfuerzos del Estado por dar fin a la crisis. Para tales efectos, los Proyectos tienen en común abordar esto último, para, de alguna manera, paliar los efectos de lo primero.

Sin perjuicio de las evidentes buenas intenciones detrás de cada una de las propuestas, las tres tienen en común prescindir de un análisis de impacto regulatorio (AIR) riguroso, en claro incumplimiento del citado artículo 75 del Reglamento. Esto se evidencia en las escasas 9 hojas, en promedio, dedicadas a sus respectivas Exposiciones de Motivos, cuyos análisis costo-beneficio no exceden las 7 líneas.

Naturalmente, un recuento del contexto internacional o normativo, sendas imágenes referenciales, una explicación petroquímica de las propiedades de la úrea como fertilizante, o una evaluación regulatoria incompleta son insuficientes. Especialmente cuando se trata de una discusión que tiene que ver con dar pie a que el Estado realice actividad empresarial, y no con las características técnicas del fertilizante como tal. En otras palabras, ninguna de las exposiciones de motivos señala, con meridiano grado de precisión, por qué hacerlo.

Así pues, el Proyecto no solo no cumple con realizar un adecuado AIR, sino que adolece de aspectos básicos en su fundamentación, como son la identificación del problema a resolver y del objetivo a alcanzar. A modo referencia, los Proyectos (incluyendo propuesta normativa y exposición de motivos) promedian las 11 páginas.

3. Sobre el rol subsidiario del Estado en la economía.

El rol subsidiario del Estado en la economía, que los Proyectos vulnerarían, es un seguro para evitar que este intervenga y compita deslealmente con la empresa privada. Pero esto no significa que el Estado no pueda intervenir en el mercado. De hecho, lo hace frecuentemente a partir de las distintas regulaciones emitidas por las múltiples entidades públicas, siendo el sector de hidrocarburos uno altamente regulado.

Pero más importante aún, es un seguro para garantizar el uso eficiente de los recursos públicos escasos. El rol empresarial del Estado conduce a resultados ineficientes, ya sea en la forma de pérdidas monetarias de las propias empresas públicas, corrupción, el copamiento de cargos públicos, o la ineficiente provisión de bienes y servicios que se busca atender. A ello se suma el costo que significa mantener dichas empresas y compensar sus pérdidas con dinero proveniente de los contribuyentes, que es utilizado en lugar de atender necesidades de la población. En el Perú existe amplia experiencia sobre la ineficacia del rol del Estado empresario en distintos sectores:

- **Hidrocarburos:** La refinería de Talara, donde ya se han utilizado más de US\$ 6,000 millones. Una suma de dinero que equivale a toda la inversión pública ejecutada en proyectos de saneamiento en el periodo 2016-2020, con la cual se pudo haber construido alrededor de 83 hospitales, más de la mitad de la brecha de estos establecimientos de salud, según cifras del Ministerio de Salud.

Adicionalmente, en el sector hidrocarburos, el Estado empresario perdió, entre los años 1986 y 1992, US\$ 3,912 millones producto de la mala gestión estatal. Desde un punto de vista productivo, en la refinería La Pampilla se producían 20,000 barriles de petróleo al día bajo el control estatal, cifra mucho menor al promedio de 117,000 barriles que se producen luego de su privatización.

- **Transporte aéreo:** Las aerolíneas de bandera, como la empresa de Transportes Aéreos Nacionales de Selva – TANS o AeroPerú, solo generaron pérdidas millonarias. En el presente siglo, Córpac acumuló pérdidas por S/ 93 millones entre 2000-2004, lo que ha perjudicado su capacidad para el desarrollo de destinos, muy distinto a lo que ocurre con los aeropuertos concesionados. Basta ver el ejemplo de Ayacucho, donde en 2007 llegaban solo 26,000 pasajeros, y después de su concesión en 2019 llegaron 280,000.
- **Telecomunicaciones:** La inversión de empresas estatales era paupérrima, alrededor de US\$ 76 millones anuales, en comparación con las necesidades

de inversión por US\$ 500 millones, por lo que los peruanos debían esperar años por una línea telefónica. Entre 1982 y 1992, las líneas telefónicas se mantuvieron en el nivel de 30 por cada 1,000 habitantes. Entel Perú acumuló pérdidas por más de US\$ 40 millones y una deuda externa por US\$ 198 millones. Además, 80% de los gastos eran destinados solo para salarios.

Además, existe un impacto macroeconómico que debe ser tomado en cuenta. De acuerdo con el Instituto Peruano de Economía (IPE), durante el gobierno militar de Velasco Alvarado, las pérdidas acumuladas por las empresas públicas ascendieron a US\$ 2,481 millones en 1979, un 10% del PBI, lo que obligó al Estado a endeudarse considerablemente, con una deuda pública que alcanzó un 41.3% del PBI, y a emitir más dinero, lo que implicó un crecimiento de la inflación anual del 66.7%. Esta situación inició el proceso de deterioro económico que generó la alta tasa de pobreza aún persistente en el país.

Por lo expuesto en la presente carta, los Proyectos serían inconstitucionales y no cumplen con un adecuado AIR, por lo que deben ser archivados.

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General