

Carta N° 140-2022/GG/COMEXPERU

Miraflores, 15 de junio de 2022

Congresista

PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

Presidenta de la Comisión de Constitución y Reglamento

Congreso de la República

Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 2259/2021-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 el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), denominado “Ley de Nacionalización del Cobre y Creación de la Empresa Nacional Las Bambas SAC”, el mismo que consideramos es inconstitucional y carece de estándares mínimos de análisis de impacto regulatorio.

Al respecto, manifestamos las siguientes consideraciones:

1. Análisis de constitucionalidad.

- a. El Proyecto dispone, en su artículo 2, que su finalidad es *“garantizar la propiedad nacional sobre el cobre en estado natural en el subsuelo, el reconocimiento de su valor económico, optimizar la distribución de la riqueza que su explotación genera e impulsar el desarrollo nacional desde el interior del país”*.

Al respecto, la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”) ya acoge mucho de lo dispuesto precedentemente. Concretamente, el artículo 66 dispone lo siguiente:

Recursos Naturales

Artículo 66.- *Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.*

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal.

Es decir, la Constitución ya configura el carácter de propiedad del Estado no solo sobre el cobre, sino sobre todo recurso natural, sea renovable o no renovable, sin limitarlo al que se encuentre en el subsuelo, al darle la condición de patrimonio de la Nación y reconocer soberanía en su aprovechamiento (el subrayado es nuestro). Cualquier limitación a este principio general constituiría una violación a la Constitución.

De otro lado, las ideas de reconocer el valor económico del recurso cobre, optimizar la distribución de la riqueza generada por su explotación, así como impulsar el desarrollo nacional, se encuentran plenamente respaldadas por los principios económicos que rigen nuestra Constitución.

Particularmente, el artículo 58 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 de 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 porque se cumpla con la libre competencia y protección de la propiedad privada, a efectos de que el desarrollo de esta libre iniciativa genere bienestar en la ciudadanía, mientras el Estado 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.

- b. El artículo 3 del Proyecto dispone que *“la explotación y aprovechamiento de los recursos cupríferos del subsuelo son autorizados por las comunidades campesinas, indígenas, costeñas, andinas, amazónicas, nativas de los pueblos originarios que históricamente ocupan el suelo bajo el que dichos recursos se encuentran”*.

Al respecto, ya mencionamos en el apartado anterior que la Constitución en su artículo 66 dispone que los recursos naturales (como el cobre) son patrimonio de la Nación. Y agrega que por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. Así, mediante Ley N° 26821, se aprobó la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

Siendo que el Estado es quien detenta el dominio sobre los recursos y quien soberanamente dispone las condiciones de su utilización y su otorgamiento a particulares, el que se exija una autorización por parte de organizaciones ajenas al Estado, como las referidas comunidades, sería una vulneración directa de la Constitución.

Lo anterior sumado a la inconsistencia del mismo Proyecto, que justamente busca garantizar la propiedad estatal del recurso. Qué mayor atribución de propiedad sobre algo que poder disponer de él. Lo que no se daría según lo dispuesto en el Proyecto.

Pero no solo eso, sino que esta disposición genera una situación discriminatoria que también está prohibida en la Constitución. El numeral 2 del artículo 2 garantiza que *“toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley”*. Es decir, *“nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”*.

En este caso, independientemente de lo inconstitucional de la exigencia del requisito de autorización previa, ¿solo las comunidades referidas en la propuesta podrían autorizar la explotación y aprovechamiento de los recursos que se encuentren en el suelo de su propiedad? ¿Qué pasaría si otros agentes (personas naturales o empresas) fueran los propietarios del suelo donde se encuentran los recursos? ¿Y si las mismas comunidades decidieran transferir sus tierras?

Son algunos cuestionamientos que vician el Proyecto abiertamente de inconstitucional. Es importante resaltar que desde hace algún tiempo existen algunas propuestas en debate sobre modificar el régimen previsto en la Constitución sobre propiedad y aprovechamiento de los recursos naturales, con el objeto de darle a quienes tengan la propiedad sobre el suelo, la propiedad sobre los recursos que se encuentren en él, y que no sean patrimonio de la Nación. Pero ello pasaría necesariamente por una modificación constitucional.

- c. Finalmente, los artículos 4 y 15 del Proyecto disponen la creación de la Corporación Nacional del Cobre y de la Empresa Nacional Las Bambas SAC. En el caso de la primera, para operar con exclusividad en la exploración, extracción, primera industrialización y remediación de los pasivos derivados de la explotación cuprífera en todo el país. Y en el caso de la segunda, para la exploración y explotación de cobre en las áreas pertenecientes a las comunidades de Huancuire, Pumamarca, Choaquere, Chuicuni, Fuerabamba y Chila, de la provincia de Cotabambas, departamento de Apurímac.

Es decir, se dispone la creación de dos empresas estatales para encargarse de actividades económicas que hoy son desarrolladas por agentes económicos privados. Al respecto, encontramos una incidencia en dos preceptos constitucionales.

Primero, en lo referido al rol subsidiario de la actividad empresarial del Estado. El artículo 60 de la Constitución dispone que solo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, 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.

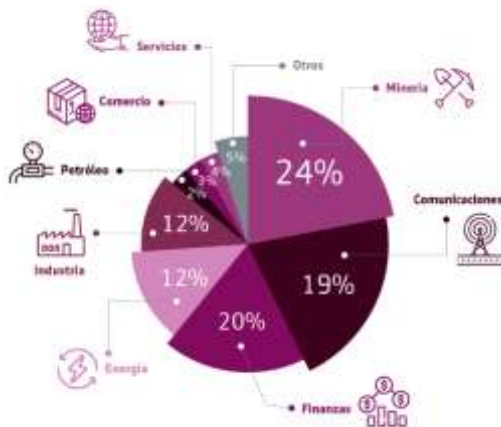
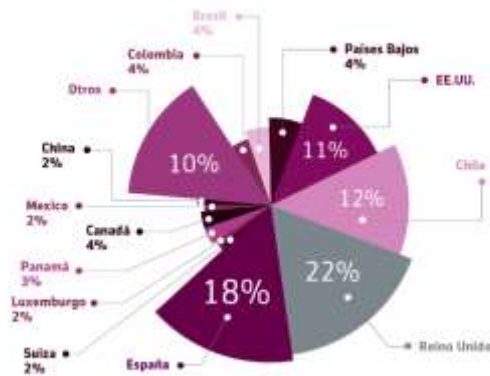
Evidentemente, dada la relevancia de la actividad minera para el país (que opera principalmente en zonas rurales y remotas), así como el número y diversidad de operadores nacionales y extranjeros que desarrollan sus actividades en territorio nacional (ver Anexo 1¹), este requisito de subsidiariedad no se cumple. Como tampoco existiría justificación alguna en el sentido de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, al ser una actividad económica plenamente desarrollada en el país por muchos operadores de relevancia mundial y dentro de un marco regulatorio exigente en materia ambiental y sostenibilidad.

Segundo, al crearse estas empresas se estaría absorbiendo las inversiones que ya estarían desarrollándose en el país, por ejemplo, la relacionada con la operación minera Las Bambas, constituyendo este acto una expropiación. Recordemos que el artículo 70 de la Constitución dispone que el derecho de propiedad es inviolable y que solo se puede privar, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por eventuales perjuicios.

A lo anterior sumamos la vasta red de acuerdos comerciales internacionales suscritos por el Perú con nuestros principales socios comerciales del mundo, como son EE.UU., China, Unión Europea, Reino Unido, Canadá, México, Corea del Sur, Japón, entre muchos otros, que comprende [tratados de libre comercio](#) y [acuerdos bilaterales de inversión](#), que recogen estos mismos principios en materia de expropiación. Por lo que su incumplimiento no solo acarrea implicancias constitucionales, sino generaría sanciones en el marco de millonarios procedimientos de solución de controversias internacionales que serían asumidos por el Tesoro público.

Según [ProInversión](#), con información actualizada a diciembre de 2021, la inversión extranjera directa en el país está muy diversificada, y la minería es el mayor sector receptor de esa inversión extranjera.

¹ <http://www.minem.gob.pe/publicaSector.php?idSector=1&idCategoria=24>



Fuente: ProInversión | Elaboración: ProInversion

De esta manera, por todos los argumentos antes desarrollados, el Proyecto sería inconstitucional; y por ende, debiera archiversse.

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 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 la Exposición de Motivos del Proyecto, el “sustento” de la propuesta se limita a exponer algunas cifras respecto de la minería en el país, realizar una breve comparación con Chile y algunas afirmaciones del señor Róger Nájjar sobre la problemática existente con el proyecto minero Las Bambas.

En claro incumplimiento del citado artículo 75 del Reglamento, el Proyecto no incluye un análisis costo-beneficio del Proyecto en sí, solo un par de párrafos sobre el costo que generaría la paralización de la minería en el país por los recientes conflictos sociales, y una relación de causalidad sin sustento ni evidencia algunas sobre que el Proyecto pondría fin a estos conflictos.

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, el Proyecto (incluyendo propuesta normativa y exposición de motivos) contiene 11 páginas. Once páginas para desarrollar una propuesta con incidencia directa en la principal actividad económica del país, y cuyas consecuencias son trascendentales, sin incluir un mínimo análisis costo-beneficio.

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

El rol subsidiario del Estado en la economía, que el Proyecto pretende modificar, por lo menos en el sector cuprífero, 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 la minería un sector 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.

4. Sobre los efectos en la economía peruana.

Por los argumentos expuestos hasta ahora, el Proyecto generaría una contracción de las inversiones privadas (no solo en el sector minero), que se traduciría necesariamente en menores beneficios para la población, encontrándonos en un escenario con menos empleo, menores ingresos, reducción del comercio, incapacidad para cerrar brechas de acceso a servicios, un alto a mejoras en productividad, menor capacidad para reducir la pobreza, entre otros. Así pues, es importante anotar que la inversión total del país se compone principalmente por capitales privados, los cuales en el 2021 equivalieron a un 20.6% del PBI, superando ampliamente a la inversión pública que apenas lo hizo en 4.6%, según estimaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).²

Por lo mismo, la aprobación del Proyecto también impactaría en la recuperación económica. En efecto, la inversión privada en 2020 se contrajo un 16.5% por la pandemia y, si bien creció un 37.6% en 2021, ello atendió a un rebote estadístico frente a la gran caída del año anterior. No obstante, en 2022, en un contexto de bajas expectativas empresariales, el BCRP estima que la inversión privada tendría un crecimiento igual a 0%.³

5. Algunas propuestas de política.

Al margen de las falencias del Proyecto, entendemos que uno de los grandes problemas que se vienen arrastrando en el país es la incorrecta utilización de los ingresos provenientes de la actividad minera para mejorar la calidad de vida de la población, a través del financiamiento de proyectos de inversión pública (con impacto local y regional) y mantenimiento de infraestructura básica. Los recursos (como el canon, sobrecanon y regalías) deben destinarse al desarrollo sostenible de la zona de influencia, impulsando actividades alternativas (como agricultura y pesca, por dar un ejemplo), de manera que las poblaciones cuenten con ingresos futuros una vez que termine la operación minera (recursos no renovables).

Así, el problema que enfrentan las comunidades aledañas a la actividad minera es la ineficiencia del Estado reflejada en la baja capacidad de gasto de los Gobiernos locales y regionales, entidades que, por su cercanía con la población, deben conocer y trabajar en el cierre de brechas socioeconómicas de sus regiones. Dos ejemplos:

- Caso San Marcos (Áncash). Primer distrito con mayores ingresos producto del canon minero en el país en 2021. Alrededor de 3,000 hogares no tiene acceso a la red de desagüe, el 99% de las pistas están sin pavimentar, existe una brecha de infraestructura educativa de 10 colegios, y el 82% de la superficie agrícola no cuenta con sistema de riego (más de 8,000 hectáreas).

En 2021, la Municipalidad de San Marcos tuvo a su disposición S/ 728 millones provenientes del canon, sobrecanon y regalías mineras, para ejecutar; sin embargo, solo gastó el 36%. Los S/ 466 millones no ejecutados son equivalentes

² BCRP. 2022. Reporte de inflación marzo 2022. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2022/marzo/reporte-de-inflacion-marzo-2022.pdf>

³ Ídem.



a la construcción de 7 centros de salud. Con solo S/ 173 millones, es decir, menos de la mitad del saldo, se podría cerrar la brecha de acceso a agua, saneamiento y electricidad del distrito (CPC, 2020).

A abril de 2022, se tenía 24 proyectos paralizados que suman una inversión de S/ 191 millones.

- Caso Yarabamba (Arequipa). El 89% de la población del distrito no cuenta con acceso a agua por red pública y el 66% no tiene el servicio de alcantarillado.

En 2021, la Municipalidad de Yarabamba fue la tercera entidad con mayores montos por canon y regalías mineras a nivel nacional (S/ 336 millones), pero solo ejecutó el 23%. Desde 2011, este municipio no ha superado una ejecución del 60% e, inclusive, en 2015, solo gastó el 18%.

¿Qué hacer entonces? La solución no pasa porque el Estado realice la actividad económica directamente, sino porque asegure una efectiva ejecución de los recursos que los privados generarán de manera mucho más eficiente.

Una alternativa sería discutir la ley del canon de modo que su distribución sea más justa y se mejore la gestión de estos recursos. Por ejemplo, definir su gasto en ciertos sectores o proyectos prioritarios, bajo una inversión estratégica, que apunten al cierre de brechas y con ello impulse el desarrollo en los departamentos, con una compañía directa de recursos y personal del Ministerio de Economía y Finanzas para asegurar la buena ejecución de los proyectos, a través de PMO por ejemplo.

Por lo expuesto en la presente carta, el Proyecto sería inconstitucional y no cumple con un adecuado AIR, por lo que debe ser archivado.

En todo caso, lo que consideramos que puede ser positivo es que se convoque a un grupo de trabajo, conformado por representantes del sector privado, público y la academia, a fin de analizar y brindar soluciones a la problemática que genera la ineficiente ejecución de los ingresos provenientes de la actividad minera.

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

