

PONTIFICIA UNIVERSIDAD

CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



¿Es la intervención de la empresa estatal, en el upstream de hidrocarburos, complementaria a la iniciativa privada?

Un análisis desde el principio de subsidiariedad

Tesis para obtener el grado académico de Maestra en Regulación de los Servicios Públicos que presenta:

Cecilia Huaynate Martínez

Asesor:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2025

Informe de Similitud


Yo, Alejandro Martín Moscol Salinas, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado "¿Es la intervención de la empresa estatal, en el upstream de hidrocarburos, complementaria a la iniciativa privada? Un análisis desde el principio de subsidiariedad", de la autora Cecilia Huaynate Martínez

dejo constancia de lo siguiente:

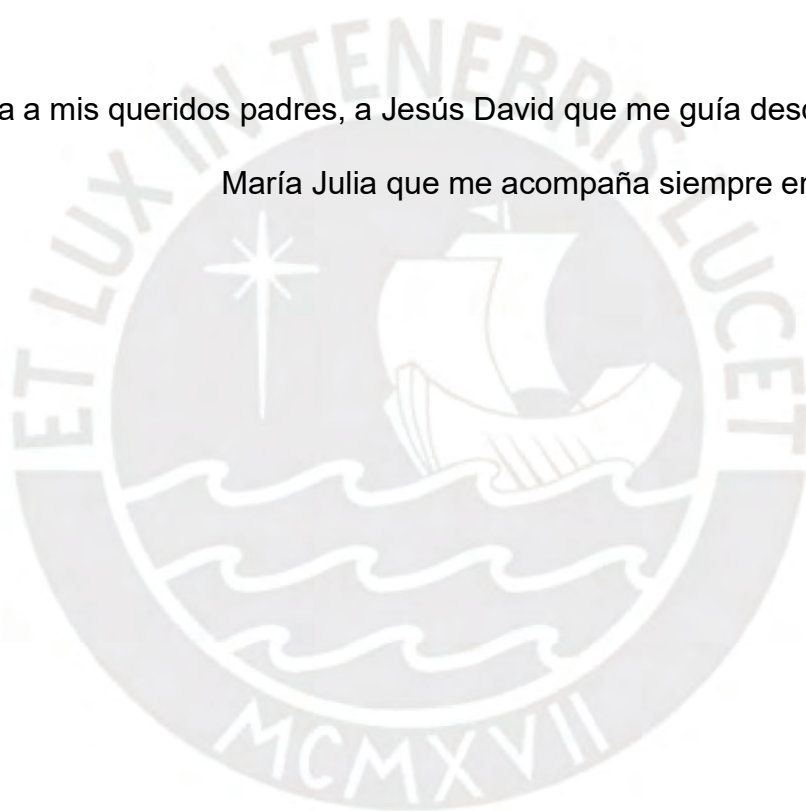
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 22 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 03/11/2025.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 04 de noviembre de 2025

.....

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>Moscol Salinas, Alejandro Martín</u>	
DNI: 09855438	Firma 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-1125-3065	

Dedicada a mis queridos padres, a Jesús David que me guía desde el cielo y a
María Julia que me acompaña siempre en estos pasos



Durante un cuarto de siglo han prevalecido determinadas doctrinas sobre el mercado libre: los mercados libres y sin trabas son eficientes; si cometen errores, los corrigen rápidamente. El mejor gobierno es un gobierno pequeño, y la regulación lo único que hace es obstaculizar la innovación [...] Yo creo que los mercados son la base de cualquier economía próspera, pero que no funcionan bien por sí solos [...] Es necesario que el gobierno desempeñe un papel, y no sólo rescatando la economía cuando los mercados fallan y regulándolos ... Las economías necesitan un equilibrio entre el papel de los mercados y el papel del gobierno [...].

Stiglitz, J. (2010, pp. 11-12)



RESUMEN

Bajo el esquema actual del mercado upstream de hidrocarburos, se hace necesario evaluar si la actividad empresarial del Estado en el sector, no contraviene lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993, sino que más bien cumple un rol complementario (crowding in) respecto la inversión privada.

En dicho sentido, en la presente tesis se revisa la evolución histórica del principio de subsidiariedad y su regulación en el marco normativo constitucional y legal; análisis que, nos permitirá arribar a ciertas conclusiones respecto de la participación de Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. (en adelante PETROPERÚ), en el upstream de hidrocarburos. Además, como parte del marco conceptual, repasaremos el rol que cumplen las empresas estatales en una Economía Social de Mercado, pero también las empresas privadas, notas que nos aproximarán a una mejor perspectiva de la actividad empresarial del Estado, en el sector de hidrocarburos.

En esa línea, la presente investigación, repasa la intervención de PETROPERÚ en el mercado upstream de hidrocarburos, materializada a través de la gestión de lotes importantes a lo largo del territorio, que incluyen la operación en conjunto con la iniciativa privada, con la finalidad de demostrar que su gestión en el upstream, es pertinente y beneficiosa. Asimismo, se analiza las proyecciones hacia el 2028 en el mercado de hidrocarburos.

Finalmente, se revisará la regulación constitucional de la actividad empresarial del Estado, a nivel de Latinoamérica, que nos permitirá retomar nuestro análisis del

principio de subsidiariedad; y postular un nuevo enfoque, con una lectura integral del principio del pluralismo económico, tratamiento igualitario en el mercado para empresa pública y privada y la subsidiariedad. Así, la actividad empresarial del Estado en el upstream de hidrocarburos, estaría cumpliendo un rol complementario (crowding in) respecto la inversión privada, a través de contratos asociativos, en los que no asume riesgos.

De este modo, en el marco de una política contracíclica, PETROPERÚ funcionaría como una unidad integral, con integración vertical de sus actividades, se lograría el acceso a la renta petrolera y finalmente también se alcanzarían objetivos no necesariamente lucrativos, como una percepción de empresa estatal diligente, que ayudaría a reducir los riesgos de conflictos sociales y enfatizaría la vocación del Estado, que es el garantizar el interés general y el bien común de la sociedad en su conjunto, brindando la seguridad energética requerida.

ABSTRACT

In the current scheme of the upstream market of hydrocarbons, it is necessary to assess whether the State's business activity in the sector, does not contravene the provision of article 60 of the Political Constitution of Peru of 1993, but rather plays a complementary role with respect to private investment.

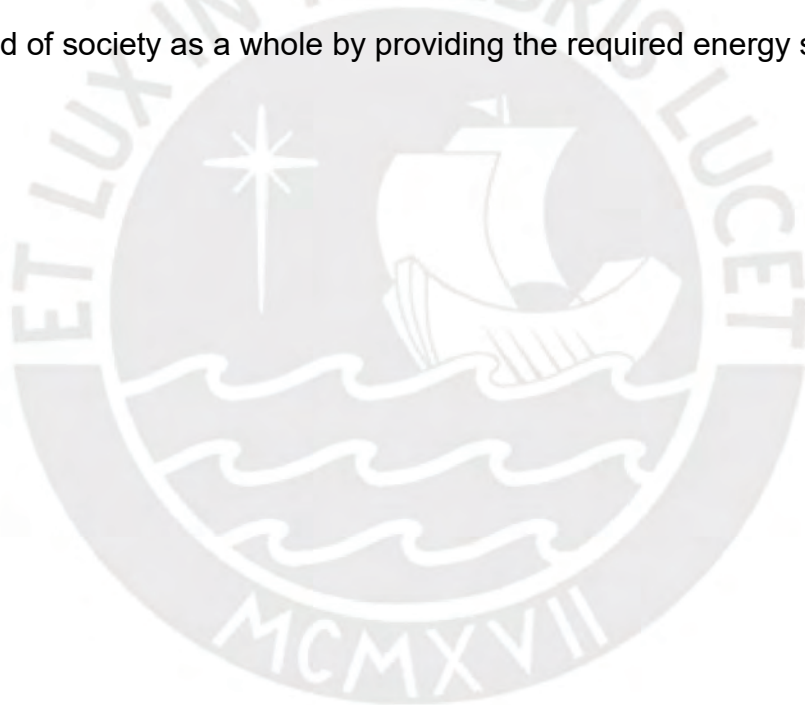
In order to make it possible, this paper analyzes the historical evolution of the principle of subsidiarity and its regulation at constitutional and legal framework. This analysis will allow us to reach certain conclusions regarding the participation of Petr6leos del Per6 - PETROPER6 S.A., in the upstream of hydrocarbons. Furthermore, as part of the conceptual framework, we will review the role that public enterprises play in a Social Market Economy, but also the private enterprises. These notes will give us a better understanding of the state's business activity in the hydrocarbons sector.

In that context, this paper, reviews PETROPER6's involvement in the upstream hydrocarbon market, through the management of important oil basins throughout the territory, including joint operations with the private sector. This research aims to demonstrate that its upstream management is relevant. It also analyzes projections for the hydrocarbon market through 2028.

Finally, the constitutional regulation of public enterprises activity in Latin America will be reviewed, allowing us to resume our analysis of the principle of subsidiarity and propose a new approach with a comprehensive understanding of the principle of economic pluralism, equal treatment in the market for public and private enterprises,

and subsidiarity. Thus, public activity in the upstream hydrocarbon sector would play a complementary role (crowding in) with respect to private investment, through associative contracts in which it assumes no risks.

Thus, within the framework of a countercyclical policy, PETROPERÚ would operate as an integral unit, with vertical integration of its activities. It would gain access to oil revenues and, ultimately, achieve non-profit objectives, such as a perception of a diligent state-owned enterprise, which would help reduce the risks of social conflict and emphasize the State's mission to guarantee the general interest and the common good of society as a whole by providing the required energy security.



INDICE

RESUMEN.....	v
ABSTRACT.....	vii
INDICE.....	ix
LISTA DE TABLAS.....	xi
LISTA DE FIGURAS.....	xi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: EL SECTOR DE HIDROCARBUROS, LA INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA ESTATAL Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.....	5
1.1 Marco conceptual de la industria de hidrocarburos.....	5
1.2 Los recursos naturales y una aproximación a la provisión de hidrocarburos en el ordenamiento jurídico peruano.....	6
1.2.1. Marco constitucional y legal de la provisión de hidrocarburos.....	6
1.2.2. La provisión de hidrocarburos y el enfoque de servicio público.....	8
1.3 Conceptos económicos de empresa privada y empresa pública.....	11
1.4 Empresa pública como instrumento de gestión para la provisión de hidrocarburos	14
1.4.1. Naturaleza jurídica de las empresas públicas y el sector de hidrocarburos.....	15
1.4.2. Marco jurídico de actuación del Estado empresario peruano.....	20
1.5 El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado en el sector de hidrocarburos.....	23
1.5.1. Evolución histórica del principio de subsidiariedad.....	23
1.5.2. El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado.....	26
1.5.3. El principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	29
1.5.4. El principio de subsidiariedad en el ámbito legal y administrativo.....	35
CAPÍTULO II: PARTICIPACIÓN DE LA EMPRESA ESTATAL EN EL UPSTREAM DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ.....	43
2.1 Organización de la industria de hidrocarburos a nivel de instituciones.....	44
2.2 Cadena de hidrocarburos con intervención de la empresa estatal.....	45
2.3 Exploración y explotación de hidrocarburos.....	47
2.3.1 Características del segmento upstream y estructura del mercado.....	47
2.3.2 Contratación en el upstream en el ordenamiento jurídico peruano.....	52
2.3.3 Producción con intervención de PETROPERÚ.....	55

2.3.4	Marco normativo de los hidrocarburos previo a la creación de PETROPERÚ.....	57
2.3.5	Creación de PETROPERÚ: regulación de la actividad económica y su habilitación legal para intervenir en el upstream	59
2.4	Situación actual de PETROPERÚ y proyecciones al 2028	64
2.4.1.	Activos de PETROPERÚ	64
2.4.2.	Consideraciones de los lotes a cargo de PETROPERÚ.....	65
2.4.3.	Proyecciones de PETROPERÚ al 2028.....	72
2.4.4.	Análisis del modelo de gobernanza: Plan de Reestructuración de PETROPERÚ.....	76
2.5	Un necesario balance del desempeño de PETROPERÚ y sus perspectivas	80
2.5.1.	Desempeño económico financiero de PETROPERÚ.....	92
2.5.2.	En ese camino que correspondería hacer ¿producir o importar?	94
2.5.3.	¿Cómo podríamos revertir este escenario, acortando brechas en el upstream?....	102
2.5.4.	Necesidad de empresa estatal.....	107
CAPÍTULO III: LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO DE HIDROCARBUROS EN LATINOAMERICA		112
3.1	Latinoamérica y la producción de petróleo	112
3.2	Petroleras estatales latinoamericanas según modelo económico adoptado.....	113
3.3	Análisis comparativo del marco constitucional latinoamericano respecto a la industria de hidrocarburos	114
3.3.1.	Casos en la experiencia comparada latinoamericana: Colombia, Chile, Ecuador, México, Argentina y Brasil	115
3.3.2.	Caso Petrobras - Brasil.....	125
3.3.3.	Caso Ecopetrol	126
3.4	Caso PETROPERÚ en el upstream y el necesario enfoque de adaptación del principio de subsidiariedad	127
3.4.1.	Actividad de PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos no vulnera el principio de subsidiariedad.....	128
3.4.2	Efecto “crowding in” en el upstream: condiciones y propuesta.....	133
CONCLUSIONES.....		137
BIBLIOGRAFÍA.....		145

LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Empresa pública y empresa privada.....	13
Tabla 2: Contratos con participación de PETROPERÚ	67
Tabla 3: Directores de PETROPERÚ	92
Tabla 4: Resultado Neto PETROPERU.....	92

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Inversiones en exploración y explotación	44
Figura 2: Organización institucional.....	45
Figura 3: Cadena de hidrocarburos	46
Figura 4: Evolución de las contrataciones en exploración y explotación.....	54
Figura 5: Producción de petróleo en la actualidad	56
Figura 6: Evolución normativa de los hidrocarburos en el Perú hasta 1900.....	58
Figura 7: Evolución normativa de los hidrocarburos en el Perú hasta 1952.....	59
Figura 8: Visión país con PETROPERÚ	71
Figura 9: Pronóstico de producción de petróleo al 2028.....	73
Figura 10: Ejes de gestión PETROPERÚ.....	75
Figura 11: La necesaria integración vertical de PETROPERÚ	75
Figura 12: Balanza comercial hidrocarburos 2024.....	98

INTRODUCCIÓN

El objetivo de la presente tesis es ensayar una respuesta a la interrogante de si la empresa estatal cumple un rol subsidiario en el upstream del mercado de hidrocarburos, a partir del análisis de subsidiariedad que se plantea en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993, que dispone que sólo autorizado por ley expresa, el Estado podrá ejercer actividad empresarial, la misma que deberá ser subsidiaria a la iniciativa privada y además debe existir un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, para que sea legítima dicha intervención del Estado.

Para ello, proponemos realizar una revisión del marco conceptual referido al rol que cumplen las empresas estatales en una Economía Social de Mercado, pero también las empresas privadas, notas que nos aproximarán a una mejor perspectiva de la actividad empresarial del Estado, en el sector de hidrocarburos. Posteriormente repasaremos la evolución histórica del concepto de subsidiariedad que sienta sus bases más próximas en la Doctrina Social de la Iglesia Católica, en la que se postula un necesario equilibrio entre la iniciativa privada y la intervención del Estado, lo que nos aproximará a entender sus matices presentes en el ordenamiento jurídico peruano. Dicho marco, permitirá arribar a una revisión de cómo se encuentra regulada actualmente la actuación empresarial del Estado, tanto a nivel constitucional, como legal, para que, a partir de dicha regulación, podamos evaluar si la actividad empresarial estatal, en el upstream de hidrocarburos, cumple con los requisitos establecidos en la Carta Fundamental.

Abordaremos también la actuación de la empresa estatal PETROPERÚ, encargada de ejercer la actividad empresarial estatal en el sector de hidrocarburos, la cual a través de su evolución normativa, ha sido facultada para desarrollar actividades de exploración y explotación, así como celebrar contratos petroleros, siendo su objeto social el de llevar a cabo actividades de hidrocarburos de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en todas las fases de la industria y comercio de los hidrocarburos.

De conformidad con aquella habilitación legal otorgada por el ordenamiento jurídico peruano, que regula la potestad de actuación de la empresa estatal petrolera, en el upstream, y tomando en cuenta que existen reservas probadas calculadas en millones de barriles en el Perú, siendo fuente de petróleo importante los Lotes I, VI, X, Z69, 192 y 64, resulta necesaria la definición respecto la intervención de PETROPERÚ para su explotación, como socio u operador. En efecto, dichos lotes presentan reservas probadas, hecho que nos permite inferir que su explotación representa alta conveniencia nacional y; por tanto, se deberá priorizar políticas que permitan desarrollar los planes de explotación sostenible, es decir con respeto del medio ambiente, evitando generar conflictos sociales.

Sin perjuicio, de la hipótesis que formulamos, es necesario incluir un balance de la gestión de PETROPERÚ y sus perspectivas. Abordaremos las principales críticas que se le formulan, en su calidad de empresa pública y analizaremos desde los fundamentos de la Teoría del principal y el agente porqué su gestión es calificada como ineficiente. En ese escenario, determinar que modificaciones nos podrían asistir para lograr una gestión eficiente.

Finalmente, se revisará la regulación constitucional de la actividad empresarial del Estado a nivel de Latinoamérica, en la que resaltamos la regulación chilena que es similar a la peruana al disponer que el Estado y sus organismos podrán realizar actividad empresarial, debidamente autorizados por ley, dejando claro el tratamiento igualitario con respecto a los privados. Por otro lado, observaremos que contienen disposiciones habilitantes de reserva para la gestión por parte del Estado de sectores denominados estratégicos, como es el caso de Colombia que lo justifica por razones de soberanía o interés social, en tanto que Ecuador define como sector estratégico y; por tanto, con reserva exclusiva para el Estado, entre otros, los recursos naturales no renovables y la refinación de hidrocarburos. La lectura de estas disposiciones constitucionales, nos permite concluir que, en estos países se admite la actividad empresarial del Estado en el upstream de hidrocarburos, tal como queremos postular en el presente estudio.

Habiéndose revisado la experiencia constitucional comparada respecto del rol empresarial del Estado en el sector de hidrocarburos, nos permitirá retomar nuestro análisis del principio de subsidiariedad, y darle un nuevo enfoque, cayendo en cuenta que el mismo reclama proporcionalidad de la actividad estatal en su accionar, ya que el Estado en el marco de una política contracíclica, tomando en cuenta criterios de oportunidad y conveniencia nacional, y atendiendo a los intereses generales de una sociedad, debiera determinar su actuación exclusiva o en concurrencia con los privados, con respeto a la regulación constitucional, y así garantizar, entre otros, la seguridad energética. Por lo tanto, podemos inferir que el principio de subsidiariedad no es absoluto y, debe ser evaluado junto con otros

objetivos de políticas públicas; así como otros no necesariamente de índole económico, como la regulación adecuada para la prevención y reducción de los conflictos sociales y las garantías de tener un medio ambiente sano.



CAPÍTULO I: EL SECTOR DE HIDROCARBUROS, LA INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA ESTATAL Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.

En este primer capítulo haremos una introducción de los conceptos que manejaremos en nuestra investigación. Nos centraremos en el análisis jurídico de la intervención empresarial del Estado en la economía del país, específicamente en el sector de la producción de hidrocarburos. Para ello, abordaremos como se encuentra regulada la actuación empresarial de la empresa estatal tanto a nivel constitucional, como legal y administrativo, identificando sus características más resaltantes para que, a partir de dicha regulación podamos aclarar, confirmar o descartar ciertas conjeturas formadas alrededor de la actividad empresarial por parte del Estado. Consecuentemente, podremos reflexionar respecto de las perspectivas jurídicas de la actuación de la empresa estatal en la producción de hidrocarburos, hecho que nos permitirá arribar a determinadas lecturas y nuevos enfoques, dada la evolución de conceptos que delimitan la actividad empresarial del Estado, y la voluntad real del Estado de querer tener un rol más activo como gestor en la industria, garantizando la seguridad energética para la Nación.

1.1 Marco conceptual de la industria de hidrocarburos.

Para Vásquez (2005) estudiar el mercado del petróleo es analizar una industria multiproducto enmarcada en una cadena vertical con procesos particulares de alta complejidad. Señala que, en la organización económica de la industria del petróleo se distingue dos tipos de actividades, el primero denominado segmento “upstream”,

que abarca las actividades “aguas arriba” referidas a la búsqueda de reservas de petróleo y la explotación de dichas reservas de petróleo, descubiertas en estado primario, y el segundo denominado “downstream”, el cual integra las actividades “aguas abajo” comprendiendo la refinación del petróleo y su procesamiento en productos como los combustibles y derivados, la comercialización mayorista y minorista de los combustibles y derivados a los usuarios que participan en el mercado. En tanto el transporte mediante oleoductos, ferrocarriles, buques tanque, o camiones, tanto del crudo, como de los productos derivados se configura como una actividad accesoria en la organización económica del petróleo (pp. 24 -29).

En esa línea, nos encontramos ante una industria de organización compleja que requiere un análisis profundo para lograr identificar los comportamientos que desarrollan los actores involucrados en ella y, nos permita consecuentemente, evidenciar los impactos que despliega determinado actor en el mercado de hidrocarburos. En el caso de PETROPERÚ, tal como señaláramos precedentemente si bien es una empresa estatal que realiza actividades en todas las fases de la industria, para efectos del presente trabajo resultan de especial interés las actividades del upstream.

1.2 Los recursos naturales y una aproximación a la provisión de hidrocarburos en el ordenamiento jurídico peruano

1.2.1. Marco constitucional y legal de la provisión de hidrocarburos

El artículo 66° de la Constitución Política del Perú dispone que:

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.

Dicho artículo constituye el marco general que regula el proceso de provisión de hidrocarburos en el Perú. De la lectura del articulado, podemos concluir que la vocación legislativa determinó otorgarle al Estado, plenas facultades en su aprovechamiento. Es decir, dispone que el Estado soberano imparte las reglas bajo las cuales la iniciativa privada puede hacer uso de los mismos.

Seguidamente, el artículo en mención, establece que por ley orgánica se establecen las condiciones para su utilización y otorgamiento a particulares. Es así que, mediante la Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, se da cumplimiento a la disposición constitucional. En el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica de Hidrocarburos¹ (en adelante TUO de la LOH) se establece que:

Artículo 2°.- El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.

Asimismo, el artículo 8° del TUO de la LOH dispone que:

Artículo 8°.- Los Hidrocarburos "in situ" son de propiedad del Estado. El Estado otorga a PERUPETRO S.A. el derecho de propiedad sobre los Hidrocarburos extraídos para el efecto de que pueda celebrar Contratos de exploración y explotación o explotación de éstos, en los términos que establece la presente Ley (...).

Es decir, el marco legal habilita a Perupetro S.A. para que, en virtud del derecho de propiedad conferido sobre los hidrocarburos extraídos, pueda celebrar los contratos

¹ Aprobado por el Decreto Supremo N° 042-2005-EM.

con los posibles inversionistas para el aprovechamiento de los hidrocarburos, bajo los alcances de la ley.

1.2.2. La provisión de hidrocarburos y el enfoque de servicio público.

De acuerdo a lo antes señalado, nos interesa ahora delimitar conceptualmente la provisión de hidrocarburos, analizando para ello el enfoque de servicio público. Preliminarmente, es necesario apuntar que el concepto de servicio público tanto a nivel local como internacional, ha sufrido modificaciones a través del tiempo, por los cambios políticos, económicos y sociales que toda sociedad presenta. Por ello, hablar de un concepto uniforme y único a través del tiempo es casi imposible, y más bien su definición se muestra tan cambiante, como se presenta la evolución en la prestación de determinados servicios. Es con el avance técnico y las revoluciones industriales, que aparecen los servicios públicos iniciales de índole económica y que perduran en la actualidad. De hecho, en el Perú desde la normativa desplegada durante el gobierno del general Juan Francisco Velasco Alvarado (1968) se determinó que las actividades referidas al mercado de hidrocarburos calificaban como un servicio público, considerándose actividades estratégicas para la economía nacional.

En la línea de lo señalado por Ariño (2004), un concepto aproximado y que permite presentar algunas particularidades que definían tradicionalmente lo que se entendía por servicio público es el que articulaba: primero una actividad de prestación asumida en su titularidad por el Estado, segundo que la ejecución era continua y regular, y tercero se trataba de un servicio técnico indispensable para la vida social (p. 548).

De esta manera, se definía lo que se entendía por servicio público tradicional, planteado en el marco de los fines del Estado, en el que la Administración ya no sólo tenía actividad de fomento, sino que gestionaba la prestación directamente o delegaba mediante la categoría jurídica de la concesión administrativa, recayendo siempre en el Estado la responsabilidad. Además, constituían notas de su régimen jurídico, que eran actividades con carácter indispensable para la sociedad, variable en el tiempo y, que presentaban una continuidad en su prestación.

De otro lado, en el marco conceptual del nuevo servicio público, marcado por el importante cambio en el modelo de Estado, la liberalización de actividades, la supresión de monopolios y la privatización de empresas públicas, hace que el Estado empiece a apartarse de la vida económica y concentrarse en sus funciones soberanas. En este cambio de roles, entre el Estado y la sociedad se constata el surgimiento de nuevas realidades más competitivas, siguiendo la línea del servicio universal, se busca implementar un esquema regulatorio para fomentar la competencia.

En este sentido, apunta Cassagne (2005) era necesario cambiar el modelo de regulación pasando de un modelo cerrado, monopólico, de explotación centralizada a un esquema regulatorio que favoreciera la competencia, abierto, sin derechos de exclusiva, con acceso a redes comunes, dejando de lado la injerencia pública innecesaria, concesiones con barreras y precios regulados, para más bien apostar por un esquema en el que impere el derecho a la libertad de empresa, libertad a la entrada, con obligaciones de servicio universal, con precios fijados por la competencia abierta (pp. 14–15).

Refiere Ariño (2004) que hay ciertas actividades, como por ejemplo la energía, que van a tender siempre a estar reguladas, y ello por la relevancia social inherente que representan para cada sociedad, por fallos en el mercado, como la asimetría de información, así como las complejidades de carácter técnico que conllevan; sin embargo, la reforma consistiría en introducir cuanta mayor competencia sea posible en aquellas actividades en las que sea posible (p. 605).

El nuevo modelo de regulación propuesto, va de la mano con la doctrina que habla de las *essential facilities*², con la que se produce un quiebre del esquema tradicional de lo que se entiende por el derecho de propiedad y que, en la nueva regulación de servicios públicos, para la competencia se somete un bien o estructuras al uso de terceros, como pasa en el caso de la energía eléctrica con las redes, en el petróleo y gas, con los oleoductos y gasoductos, en las telecomunicaciones, con las redes de cable.

Como antecedente importante, señala Ariño (2004) que data de los años cuarenta que el Estado participaba en las actividades económicas de la sociedad, que incluían básicamente una gestión a nivel de producción y prestacional de bienes para ofrecerlos al mercado. Entonces, ameritaba la intervención del Estado para la atención de actividades de interés público, como por ejemplo la seguridad de abastecimiento (p. 546).

En la línea de lo señalado por los autores referidos, si bien coincidimos en que efectivamente la provisión de hidrocarburos presenta alguna de las particularidades

² En doctrina se habla de facilidades esenciales para referirse a las instalaciones o infraestructura imprescindibles para entrar a un mercado determinado y proveer servicios al usuario.

propias de lo que se define como un servicio público, es necesario hacer una interpretación concordante con el modelo económico constitucional adoptado en el país. Ello porque si la actividad estatal, en este caso la provisión de hidrocarburos al mercado nacional, calificaría como servicio público no podría ser considerada como actividad empresarial, al tratarse de una obligación que se tiene que cumplir por mandato constitucional. En este caso, hay una actividad de producción de hidrocarburos que pasa por toda una cadena de valor agregado, empezando por la extracción de petróleo, su refinación, traslado y comercialización, punto final con el que se concreta la provisión de hidrocarburos. Verificándose que dicha provisión tiene que ser continua y regular, para poder cumplir con la seguridad de abastecimiento al mercado nacional.

1.3 Conceptos económicos de empresa privada y empresa pública.

Para Vickers, la manera como muestra su comportamiento una empresa privada está sujeto al hecho de que el fin último de la misma, por intermedio de los que están a cargo de la toma de decisiones, es la maximización del beneficio. Sin embargo, señala que, además, debe considerarse, entre otros, el problema de la agencia y afirma: “Existen un principal y un agente –el propietario y el administrador de una empresa, por ejemplo- que no comparten los mismos objetivos” (1991, p. 23).

Con la Teoría del principal y el agente, el autor resalta que el origen del problema está en que el principal no maneja la información necesaria y suficiente para darle instrucciones claras al agente, sobre lo que requiere que se haga en la empresa y

entonces tendrá que administrarse un esquema de incentivos que ayude a atenuar esta asimetría de la información.

En contraposición, en el caso de las empresas públicas, Vickers señala que: “(...) la tarea de la supervisión de la actuación de los administradores se encarga al gobierno (...) a) por lo común los principales no tratan de maximizar los beneficios (...)” (1991, p. 44).

Sobre lo más resaltante que caracteriza a la empresa pública, Vickers afirma que son: “(...) el desplazamiento de los objetivos sociales por los objetivos políticos; una preferencia por la intervención política directa en las decisiones (...) ineficiencias internas en las burocracias (...)”. (1991, p.53)

Para Viscusi:

“Public enterprise might seem to provide resolution to the natural monopoly problem. In principle, the government might take control of the enterprise and then instruct the firm’s managers to set prices for the firm’s products to maximize consumer welfare, not profit” [La empresa pública podría parecer ser la solución en relación al problema del monopolio natural. En principio, el gobierno podría tomar control de la empresa y luego instruir a sus gerentes para fijar los precios de los productos para maximizar el bienestar del consumidor, no las ganancias] (2018, p. 479)

Viscusi plantea una serie de fortalezas y debilidades tanto para la empresa pública como privada, que podríamos presentar de la siguiente manera:

Tabla 1: Empresa pública y empresa privada

	Empresa pública	Empresa privada
Ventajas	<p>Maximiza el bienestar del consumidor.</p> <p>Fija precios que maximiza bienestar del consumidor.</p> <p>Alternativa de regulación.</p> <p>Beneficios potenciales: actividades pueden ser no rentables, pero altamente valoradas por la sociedad (llegar zonas alejadas).</p> <p>Entrega de mejores niveles de servicios (dado que no está enfocada en minimizar costos de operación).</p>	<p>Maximiza las ganancias.</p> <p>Basta experiencia técnica.</p> <p>Óptima gestión gerencial.</p> <p>Incentivos para reducir costos de operación.</p> <p>Innovación para ofrecer nuevos productos y servicios.</p>
Desventajas	<p>Intervención política en decisiones.</p> <p>Ineficiencias internas: burocracia.</p> <p>Poca experiencia técnica.</p> <p>Pocos incentivos para operar de manera eficiente.</p>	<p>Antepone la ganancia al bienestar del consumidor.</p> <p>Si la actividad no es rentable, no interviene.</p> <p>Necesidad de saber sobre las preferencias del consumidor.</p>

Fuente: Elaboración propia

Por lo expuesto, verificamos que el marco teórico presentado, nos aproxima a un escenario en el que la empresa pública presenta desafíos que pueden trabajarse para evitar la injerencia política, pero también ventajas para el bienestar del consumidor en términos de precios y de atención. Por otro lado, la empresa privada si bien tiende a maximizar ganancias y cuenta con la experiencia técnica; no prioriza

al consumidor y tampoco le es atractivo intervenir en actividades que no son rentables. Por lo descrito, en el caso de PETROPERÚ, de manera preliminar, parecería que la mejor forma de actuación en el mercado, sería en conjunto con la empresa privada, por características específicas, que más adelante detallaremos.

1.4 Empresa pública como instrumento de gestión para la provisión de hidrocarburos

En el marco de la postura de entender a la provisión de hidrocarburos como un servicio técnico indispensable, tanto a nivel de usuarios de a pie, como a nivel industrial, ahora nos compete enfocarnos en la gestión de la prestación del servicio.

Tal como lo describimos en el apartado anterior, la retirada del Estado en la actividad económica de la sociedad en general era inminente, como describe Cassagne (2005) las justificaciones tradicionales respecto de la gestión empresarial pública se habían demostrado falaces ya que; por un lado, la provisión de determinados servicios públicos eran más bien monopolios legales y, por otro lado, la empresa pública no habría resultado ser la mejor fórmula para corregir fallas en el mercado, ya que existían otros mecanismos más óptimos de fomento o regulación y, finalmente tampoco había ayudado a promover la competencia. A ello el autor agrega, lo que denomina vicios inmanentes de la propia institución, detallando entre ellos, la indefinición y falta de objetivos claros, la politización de su entorno, la alta movilidad y poco profesionalismo de sus colaboradores, así como el alto endeudamiento que muchas veces generan; todo lo que se traduce en una gestión poco efectiva, y lleva a demostrar que la empresa pública es más ineficiente que la

privada, cuando estamos ante sectores competitivos. Sin embargo, el autor acaba reflexionando que pudieran existir excepciones de experiencias positivas en cuanto a gestión de las empresas públicas (p. 12).

Para Cassagne (2005) cuando el Estado gestiona directamente los servicios públicos, en calidad de dueño o accionista de la empresa pública, portando la condición de titular de la potestad regulatoria, el ser dueño termina primando respecto de la negativa a una autorregulación dentro de la propia administración, aun cuando los beneficiados sean los ciudadanos. Bajo este esquema, en el que el Estado gestiona a través de la empresa pública, se terminaría cuestionando la idoneidad de la función regulatoria (p. 53).

1.4.1. Naturaleza jurídica de las empresas públicas y el sector de hidrocarburos.

La empresa pública en palabras de Céspedes (2005), representa una actividad empresarial de la administración pública. Tiene como elementos esenciales: una organización unitaria para desarrollar una actividad económica y la existencia de un control dominante por parte de la administración pública. Siendo que, el carácter público de la empresa alude a que la misma es creada por un poder público. Respecto a su financiamiento, los recursos de las empresas públicas no provienen del Presupuesto General de la República (pp. 65-74).

Para García De Enterría (2000), las empresas públicas son empresas cuya gestión se encuentra a cargo de la Administración, a través de ellas actúa en la vida económica de una sociedad determinada tanto a nivel de producción de bienes,

como la prestación de ciertos servicios de interés general, utilizando las herramientas brindadas por el derecho privado como un instrumento para ampliar su accionar que, en ningún caso, debería trasgredir el orden constitucional establecido (p. 414).

En el contexto nacional, a PETROPERÚ se le ha encargado la gestión empresarial del Estado, referida al mercado de hidrocarburos. Cabe precisar que, desde antes de la década de los noventa, el Estado a través de la empresa estatal PETROPERÚ, tenía el monopolio en las actividades del sector de hidrocarburos, incluso mantenía el control de los precios.

Del balance de la gestión empresarial ejercida por el Estado en el mercado de hidrocarburos, en la etapa mencionada, no se puede inferir un panorama positivo, y como consecuencia de ello, posteriormente se buscó priorizar la actuación del Estado desde el ámbito regulador para dicho mercado.

Es así que, se inicia un proceso de liberalización de las actividades económicas, y con ello, entra en vigencia la Constitución Política del Perú de 1993 y la Ley Orgánica de Hidrocarburos. En este proceso, el Estado pasaba a asumir un rol de ente rector y promotor en la industria de hidrocarburos, con pleno respeto de la libre competencia, en la totalidad de actividades del sector y la introducción de la oferta y la demanda como formador de precios.

Asimismo, se crearía la empresa estatal Perupetro S.A., encargándose de promover las actividades en el upstream y la celebración de los contratos, bajo las modalidades de Contrato de Licencia, Contrato de Servicios u otras aprobadas por

el Ministerio de Energía y Minas. Con Perupetro, se inicia la era del sistema contractual como modalidad jurídica que habilita la intervención en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos, que hasta entonces se había gestionado a través del sistema de concesiones, al haber estado relacionadas con el sector minero.

Respecto a este proceso de liberalización y privatización, en un estudio del Banco Mundial realizado en el año 2004, se advierte que la privatización alrededor de los años 2000, era vista como la solución y el desenlace oportuno para todos los problemas sobrellevados en décadas pasadas, cuando el Estado mantenía un rol sumamente activo en la vida socioeconómica de la sociedad; sin embargo, con el correr del tiempo se pasa a desmitificar y muchas veces a criticar el proceso de privatización, siendo que las opiniones en países con economías desarrolladas y en vías de desarrollo, especialmente en Latinoamérica, son de poca satisfacción. Este descontento público y generalizado, habría ido en incremento debido al aumento de los precios, reducción del empleo y las altas ganancias obtenidas por las empresas. Sin embargo, se acota que estos ajustes eran necesarios e ineludibles para alcanzar los objetivos trazados en beneficio de la comunidad en general (pp. 6 y 7).

En la experiencia de la empresa pública en Reino Unido, señala Vickers: “La venta de acciones de la British Petroleum en 1979 fue la primera de las grandes flotaciones de este periodo (...)”. Además, detalla que: “A fines de 1980 estaban en operación 15 campos que producían cerca de 1 600 000 barriles de petróleo por día. A fines de 1985 se habían perforado más de 1 000 pozos de exploración (...)”.

Estaban operando 30 campos petroleros marítimos, y la producción había llegado a 2 650 000 barriles de petróleo por día” (1991, pp. 379 - 381).

Agrega Vickers que:

La política pública aplicada a la industria petrolera marítima en los años setenta parece haber tenido dos objetivos principales: primero, asegurar rendimientos financieros para el Fisco; segundo, ejercer cierto control sobre las compañías productoras en lo referente a asuntos como la fecha en que se pondrían en producción los campos nuevos, los niveles, de producción subsecuentes (y por ende las tasas de agotamiento), y el destino de la producción final (dado que la seguridad del abasto se había convertido en una consideración importante para la política económica, tras las perturbaciones ocurridas en el mercado internacional durante 1973). (1991, p. 381–382)

De esta manera, el autor nos aproxima al escenario de la década de los 70 en Gran Bretaña, en un contexto político en el que se presenciaba el notable despliegue de la empresa pública, que procuraba obtener rentas a partir del control ejercido en relación a la industria petrolera. Sin embargo, en 1979 se tuvo que dar paso a una política de privatización, que incluía disposición de bienes, venta de activos petroleros, entre otros, con la finalidad de lograr apalancamiento financiero y poder solventar gastos del Estado y, como no, lograr la esperada eficiencia a nivel de industria. En este punto, es importante analizar si se llegó a lograr dicha eficiencia económica.

Vickers afirma:

En virtud de que la propiedad, la competencia y la regulación son determinantes tan estrechamente relacionados de los incentivos y el comportamiento de las empresas, resulta muy difícil el establecimiento de proposiciones muy generales acerca de los méritos respectivos de la propiedad privada y la propiedad pública. El análisis teórico y los datos empíricos apoyan la idea de que la primera es muy eficiente –y, por ende, la privatización es muy adecuada- en los mercados donde prevalece la competencia efectiva (real o potencial). (...) En tales casos, no surgió el conflicto entre objetivos que más tarde caracterizaría a las privatizaciones, porque la disciplina de las fuerzas del mercado canaliza las energías privadas hacia fines deseables desde el punto de vista social. (1991, p. 508)

Sin embargo, los problemas en el esquema británico de privatización, surgidos por factores como: la incertidumbre política, la falta de una planificación en la disposición de los bienes y el inquietante deseo de recaudar dinero de manera rápida, que llevaron a no contar con una regulación que realmente garantizara la competencia, hicieron concluir que la privatización no fue realmente eficiente. Por ende, nos deja el mensaje de que privatización sí, pero con competencia y para materializar esa necesidad, se requiere marco normativo.

Planteada esta valiosa experiencia de Reino Unido y, a partir de las complicaciones que implicaron su programa de privatización, nos lleva a reflexionar y como no, a evaluar si podemos plantear la privatización como una salida a la aparente ineficiencia económica que se le atribuye a PETROPERÚ.

De manera preliminar, postulamos que la actividad empresarial ejercida por PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos, puede devenir en positiva, definiendo para ello determinados parámetros a su gestión, asegurando independencia en su actuación y promoviendo las condiciones de un buen gobierno corporativo, que más adelante abordaremos, evitando así la captura política de sus decisiones y lograr que se perciba como un reto, la importancia de contar con una empresa estatal de gestión exitosa, en su sector. Es decir, no consideramos que la privatización sea una opción válida en el caso de PETROPERÚ, máxime si consideramos que se está trabajando en el fortalecimiento de su gobierno corporativo y cuenta con el equipamiento para operar como empresa integrada verticalmente y que finalmente responderá por los intereses de la sociedad.

1.4.2. Marco jurídico de actuación del Estado empresario peruano

Como antecedente inmediato anterior, es importante traer a colación la regulación constitucional del artículo 113° de la Constitución Política del Perú de 1979³, a través del cual, se disponía la actuación empresarial del Estado peruano en forma paralela o concurrential a la actuación de la empresa privada, habilitándolo a una actuación abierta en la economía del país. En este sentido, tal como apunta Zegarra (2005) se consagra el proceso de estatalización y de gestión, a través de empresas públicas respecto de ciertas actividades, haciendo una reserva en favor del Estado, creando un conglomerado de empresas públicas para hacerse cargo, por un lado de actividades productivas, con la finalidad de lograr el desarrollo eficiente de

³ Artículo 113° de la Constitución Política del Perú 1979: El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

determinados sectores, que se les denominó estratégicos, como la producción de petróleo; y por otro lado, la gestión de los sectores que calificaban como servicios públicos como la electricidad, el transporte, telecomunicaciones (p. 323).

Posteriormente, con el cambio de modelo económico, el artículo 60° de la Constitución Política del Perú de 1993⁴, establece las condiciones que debe cumplir el Estado para desarrollar actividad empresarial. Sin embargo, más allá de esta regulación constitucional no se ha desarrollado normativa alguna que permita interpretar en qué casos, cumpliendo con el marco legal establecido, se prioriza o es de interés nacional que el Estado peruano ejerza actividad empresarial. Este último silencio o vacío, nos limita a no tener elementos suficientes para analizar de manera certera, cuáles son los objetivos del Estado empresario peruano.

De esta manera a nivel constitucional, se consagra el principio de subsidiariedad para regir la actividad empresarial del Estado peruano, estableciéndose por ello prioridad para la participación empresarial privada, y sólo en defecto o ausencia de ésta, legitimar la intervención del Estado empresario, cumpliendo con las condiciones establecidas por la Constitución: 1) autorización por ley expresa, 2) de forma subsidiaria a la actividad empresarial privada y 3) por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En cuanto al primer requisito constitucional, debemos entender que la creación de una empresa estatal, sólo podrá ser autorizada por ley expresa, emitida por el Congreso de la República. La verificación respecto del cumplimiento de este

⁴ Segundo párrafo del artículo 60° de la Constitución Política del Perú 1993: (...) Sólo 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 (...).

requisito, termina siendo una forma de analizar la voluntad del Poder Ejecutivo y su posible incursión en la actividad empresarial, que sólo el Poder Legislativo aprobará de ser legítimo y necesario. Además, la norma constitucional prescribe que la actividad empresarial del Estado deberá ser subsidiaria a la actividad privada, y para verificar su cumplimiento, será necesario todo un análisis de la estructura del mercado objeto de evaluación, ya que a priori, no será posible dar constancia si, en efecto, no existen otros actores en el mercado, o de existir, su oferta no resulta suficiente a efectos de abastecer de forma adecuada a determinado mercado. Y como tercer requisito concurrente, la Constitución contempla que se configuren razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, para legitimar la actuación empresarial del Estado peruano, notando en ésta última condición que su verificación, resulta ser una cuestión netamente política, antes que técnica. Al respecto, basta jurisprudencia del Tribunal Constitucional define el interés público como: actividades o bienes que resultan necesarios para la sociedad.

A nivel del ordenamiento legal, la actividad empresarial del Estado peruano, encuentra regulación importante en el Decreto Legislativo N° 1031⁵ y su Reglamento. Ambos buscan fortalecer la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, dotándola de herramientas de gestión y control, así como de marcos legales adecuados. Se recoge lo previsto a nivel constitucional, referente a la participación subsidiaria del Estado peruano, autorizada por ley (se deja claro que es por Ley dada por el Congreso) y, con la verificación de la existencia de un interés público que sustente dicha intervención, en un sector determinado. Clasifica las

⁵ Publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 24 de junio de 2008.

modalidades en las que se desarrollaría la actividad empresarial del Estado como: 1) empresas del Estado de accionariado único, 2) empresas del Estado con accionariado privado, y 3) empresas del Estado con potestades públicas.

En el caso de PETROPERÚ, mediante la Ley N° 28840, Ley de fortalecimiento y modernización de PETROPERÚ, se la excluye del ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), ente encargado de dirigir la actividad empresarial del Estado. Se establece que, la Junta General de Accionistas de PETROPERÚ estará presidida por el Ministro de Energía y Minas, quien por disposición legal asume funciones similares al Directorio de FONAFE, y por cuatro miembros designados por Decreto Supremo, en representación del Estado.

1.5 El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado en el sector de hidrocarburos.

1.5.1. Evolución histórica del principio de subsidiariedad

Tal como reconoce Kresalja (2015), lo que se conoce hoy como Doctrina Social se decanta como una respuesta de la Iglesia Católica frente a los problemas sociales que se enfrentaban a raíz de la Revolución Industrial, allá en los siglos XVIII y XIX, respuesta que, tomando como base los mensajes evangélicos, se materializaba en pronunciamientos papales, denominadas encíclicas pontificias, las que han mantenido fidelidad a ciertos principios, como el de subsidiariedad. (p.42)

En esa línea, la encíclica social Rerum Novarum, dada por el Papa León XIII en 1892, señala:

(...) Ahora bien: lo que más contribuye a la prosperidad de las naciones es la probidad de las costumbres, la recta y ordenada constitución de las familias, la observancia de la religión y de la justicia, las moderadas cargas públicas y su equitativa distribución, los progresos de la industria y del comercio, la floreciente agricultura y otros factores de esta índole, si quedan, los cuales, cuanto con mayor afán son impulsados, tanto mejor y más felizmente permitirán vivir a los ciudadanos. A través de estas cosas queda al alcance de los gobernantes beneficiar a los demás órdenes sociales y aliviar grandemente la situación de los proletarios, y esto en virtud del mejor derecho y sin la más leve sospecha de injerencia, ya que el Estado debe velar por el bien común como propia misión suya (...).⁶

De la lectura de la citada encíclica, podemos inferir que la Iglesia Católica pregonaba la intervención del Estado en la vida tanto social como económica de los ciudadanos, en tanto garante del bien común. Es así que, en el marco de una sociedad organizada entre el proletariado y los obreros, el Estado se veía como el llamado a defender a ambas clases sociales, haciendo prevalecer lo que se conocía como la justicia distributiva.

En el otro extremo, posteriormente en 1931, surge el pensamiento de Pío XI, con la dación de la Encíclica *Quadragesimo Anno*, que señala:

Conviene, por tanto, que la suprema autoridad del Estado permita resolver a las asociaciones inferiores aquellos asuntos y cuidados de menor importancia, en los cuales, por lo demás perdería mucho tiempo, con lo cual logrará realizar más libre, más firme y más eficazmente todo aquello que es de su exclusiva competencia, en cuanto que sólo él puede realizar, dirigiendo, vigilando, urgiendo y castigando, según el caso requiera y la necesidad exija.⁷

Pío XI consideraba que, en el marco de una restauración social y dados los cambios sociales propios de la época, era necesario limitar la intervención del Estado, para

⁶ Este texto de la Carta Encíclica *Rerum Novarum*, del Sumo Pontífice León XIII Sobre la situación de los obreros, puede ser revisado en su numeral 23.

⁷ Este texto de la Carta Encíclica *Quadragesimo Anno*, de su Santidad Pío XI Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la Ley Evangélica al celebrarse el 40° aniversario de la Encíclica "*Rerum Novarum*" de León XIII, puede ser revisado en su numeral 80.

así evitar la intromisión del mismo en la individualidad de los ciudadanos. Cabe resaltar que, en la encíclica no se denota querer dibujar un Estado con intervención subsidiaria, entendida en los términos de actuación mínima o supletoria que renuncia sus competencias, sino que más bien se postula una ordenación de roles y competencias, reservándole a éste un haz de atribuciones que ejercer como: dirigir, supervisar y sancionar, entre otros.

En 1961, Juan XXIII en su encíclica *Mater et magistra*, desarrolla un planteamiento del tema retomando la intervención del Estado, bajo la lógica de que, si bien debe desplegarse la iniciativa privada también es necesaria la participación del Estado, ejerciendo sus competencias de dirigir, supervisar y sancionar, entre otros, las que se debieran complementar con la iniciativa privada.

Como tesis inicial, hay que establecer que la economía debe ser obra, ante todo, de la iniciativa privada de los individuos, ya actúen éstos por sí solos, ya se asocien entre sí de múltiples maneras para procurar sus intereses comunes.

Sin embargo, por las razones que ya adujeron nuestros predecesores, es necesaria también la presencia activa del poder civil en esta materia, a fin de garantizar, como es debido, una producción creciente que promueva el progreso social y redunde en beneficio de todos los ciudadanos.⁸

En suma, en la presente encíclica se busca un balance entre la libre iniciativa privada y la intervención del Estado, que se justifica en el principio de la función subsidiaria del mismo, ya esbozada por Pío XI.

Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el *principio de la función subsidiaria* (...).⁹

⁸ Los textos de la Carta Encíclica *Mater et magistra*, de su Santidad Juan XXIII Sobre el reciente desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina cristiana, pueden ser revisados en sus numerales 51 y 52, respectivamente.

⁹ Este texto de la Carta Encíclica *Mater et magistra*, puede ser revisado en su numeral 53.

En ese escenario, KRESALJA (2015) concluye que, desde los tiempos de León XIII, en todas las encíclicas posteriores se ha reafirmado, con ciertas particularidades, la propuesta de un necesario balance entre la iniciativa privada y la intervención pública, que finalmente ha llevado a evocar en distintas lecturas, el principio de subsidiariedad. (p.49)

En suma, la doctrina social evoca el principio de subsidiariedad teniendo como base que los grupos de orden superior deben estar dispuestos a asistir a los individuos que se desarrollan en ellos, a quienes se denomina grupos menores o inferiores y que, en ese rol ordenador, les atribuye libre iniciativa. Es decir, el principio de subsidiariedad se presenta como el ordenador entre la esfera pública o grupo superior (el Estado) y la esfera privada o grupo inferior (la iniciativa privada).

1.5.2. El principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado.

Es así que, a partir de este precedente previo, sentado en las bases de la doctrina social de la Iglesia Católica, antes expuestas, se construye el concepto jurídico del principio de subsidiariedad y, posteriormente, ocurrió su positivización en el ordenamiento jurídico peruano.

En este punto, y para poder contar con más argumentos, para comprobar que, en la actualidad se sigue buscando este equilibrio entre iniciativa privada y participación del Estado, resulta importante rescatar los motivos que se arguyeron en el debate de la Asamblea Constituyente de 1992, para la inclusión del principio de subsidiariedad en el texto constitucional. Comenta Vignolo, que: "(...) en la Asamblea Constituyente se presentó desde siempre la necesidad de la unión entre el sector público y los privados en aras de conformar el bien común, debiendo esto

valorarse (...) para la actual interpretación y verificación del alcance del principio (...)" (2019, p. 78)

En efecto, de la revisión del diario de debates de la Constitución Política del Perú de 1993, en las ponencias relativas al apartado sobre régimen económico, se verifica que los constituyentes cuando se referían a las actividades que debían desarrollar tanto la iniciativa privada como el Estado, hablaban de complementariedad por el bien común de la sociedad.

Tal como analizáramos en la gestión de la empresa pública, en un contexto en el que el Estado se torna gigantesco e ineficiente, opera un proceso de transformación, abriendo paso a una transición hacia un sistema menos intervencionista por parte del Estado. En esa línea para Cassagne (2005), se observa el repliegue del Estado traducido en el abandono de la gestión directa y la introducción de la competencia, piedra angular de la eficiencia y la libertad de mercado, ideas que conjugarán perfectamente con el principio de subsidiariedad, procediéndose a incorporar en los ordenamientos jurídicos (p. 57).

En esa línea, Ariño (2004) refiere que la subsidiariedad se revela como un principio que delimita; por un lado, el nivel de intervención del Estado en lo económico y social de una sociedad y, por otro lado, el campo de gestión por parte de los particulares a través de la empresa privada (p. 111). Agrega el autor que la intervención del Estado en la economía surgiría por las ineficiencias del mercado; sin embargo, precisa que hay actividades como los monopolios naturales, estructuras de mercado no competitivas, bienes públicos y externalidades, que no podrían funcionar utilizando como herramienta el mercado (p. 333). Estamos pues,

frente a dos posibles supuestos: la iniciativa pública ejercida de manera conjunta con la privada, en un régimen concurrencial de mercado y; por otro lado, la reserva para la actuación del Estado respecto a servicios considerados como de interés general.

En nuestro texto constitucional, el principio de subsidiariedad viene a introducirse positivamente con lo dispuesto en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú 1993 el cual dispone en su segundo párrafo: "...Sólo 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...". Para enmarcar lo dispuesto en dicho artículo, nos interesa también hacer referencia al artículo 58° de la Constitución que establece: "La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado...".

En palabras de Céspedes (2005) la subsidiariedad reclama proporcionalidad de la actividad estatal en su accionar. El Estado de acuerdo a criterios de oportunidad y conveniencia nacional, y atendiendo a los intereses generales de una sociedad, determinará su actuación exclusiva o en concurrencia con los privados, con respeto a la regulación constitucional (p. 88). Agrega el autor que, no se puede considerar errónea, per se, la participación del Estado en el sector empresarial; así como tampoco, tendría sentido instar al Estado que se convierta en un empresario a carta cabal, participando en cualquier actividad económica que se considere subsidiaria (p. 202).

En la doctrina comparada, Vergara (2010) recoge la regulación del principio de subsidiariedad en el ordenamiento constitucional chileno. En Chile, es a partir de la

dación de la Constitución de 1980 que se implanta un sistema económico guiado por la libertad económica y el principio de subsidiariedad, esquema bajo el cual se regularía la vida económica de Chile, incentivando la iniciativa privada en mercados que antes le estuvieran prohibidos. El autor lo define como el principio que legitima al Estado para intervenir en la vida económica del país, desplegando una labor orientada al bien común, en tanto no exista iniciativa privada en esa actividad, porque no pueden realizarla o no tienen incentivos para intervenir.

1.5.3. El principio de subsidiariedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Efectuada una aproximación a lo que la doctrina entiende por principio de subsidiariedad, ahora corresponde hacer una revisión del análisis realizado por el Tribunal Constitucional, respecto al enfoque y perspectivas que debemos considerar cuando abordamos la actividad empresarial del Estado, a partir del principio de subsidiariedad.

Como lo mencionáramos precedentemente, la Constitución Política del Perú de 1993 regula el principio de subsidiariedad bajo el artículo 60° y, dispone lo siguiente:

Artículo 60°. El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo 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.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Lo descrito, nos aproxima a diversos conceptos y categorías jurídicas conexas entre sí, que revisaremos, pero lo primero que nos interesa resaltar, es la naturaleza secundaria que pareciera atribuírsele a la actividad empresarial del Estado, interpretado desde un modelo de economía social de mercado, en el que se protege y prioriza la iniciativa privada y la libertad de empresa. De esta manera, nuestra Constitución de 1993 marca una distancia con lo recogido en la Constitución de 1979, en la que se le atribuía al Estado facultades plenas para ejercer actividad empresarial. En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, señala:

A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo 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 [...]". Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada (...).¹⁰

De una primera lectura, parecería que se pasa a relegar el rol del Estado en cuanto al ejercicio de determinada actividad empresarial; sin embargo, tal como observamos en la Sentencia en referencia se señala:

Sin perjuicio de lo expuesto, debe quedar claro que, aunque se postule el respeto de las libertades de los individuos y de los grupos, el principio de subsidiariedad no pone en discusión el papel y la importancia del Estado; por el contrario, se orienta a valorarlo, procediendo a una redefinición y a una racionalización de los roles en la

¹⁰ STC, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 23.

dinámica de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, entre lo público y lo privado.

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.¹¹

De una lectura concordada de ambos fundamentos de la Sentencia aludida, se rescata además que, finalmente la vocación del Estado será garantizar el interés general y bien común de la sociedad en su conjunto, es decir bajo la interpretación del Tribunal, el Estado no debe limitar su actuación a lo netamente económico, sino que va más allá, debe cumplir con fines sociales. Dicho extremo, se confirma con lo resuelto por el Tribunal en otra Sentencia, recaída en el Expediente N° 00034-2004-PI/TC, del 15 de febrero de 2005, en la que se pronuncia con el siguiente fundamento:

No se trata, pues, ni de asumir un texto constitucional neutro a cualquier modelo económico y capaz de sustentar cualquier tipo intervención, sino uno que dentro de márgenes razonables de flexibilidad, permita la libre configuración del legislador tomando en cuenta las circunstancias históricas y económicas de cada periodo; y todo ello, dentro del hilo conductor de nuestro régimen económico, el cual, basado en una economía social de mercado, busque el justo equilibrio entre el principio de subsidiariedad y la solidaridad social.¹²

Además, la sentencia en referencia del 11 de noviembre de 2003, también plantea esquematizar el principio de subsidiariedad en dos fases. Por un lado, la subsidiariedad vertical que implica la relación entre dos ordenamientos jurídicos uno central y el segundo local, por la cual, el primero solo actúa en áreas que no sean de competencia del ordenamiento local. Es decir, se prioriza la intervención del

¹¹ STC, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 21.

¹² STC, recaída en el Exp. N° 00034-2004-PI/TC, del 15 de febrero de 2005, F.J. 28.

orden que se encuentra más próximo al individuo, dado que por su proximidad resulta tener una mejor percepción y conocimiento acerca de lo que estos individuos requieren para su bienestar. Por otro lado, la subsidiariedad horizontal, por la cual, se establece una relación entre el Estado y la sociedad en la que se reduce la intervención de lo público a lo esencial.

Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal.

La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social. Por su parte, la subsidiariedad horizontal está referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.

A través de ambos sentidos, el principio de subsidiariedad se constituye en un elemento de vital importancia para el Estado democrático de derecho, ubicándose entre la esfera de la descentralización institucional y la autonomía de lo social, en cuanto principio que inspira un proceso de socialización de los poderes públicos. Consecuentemente, el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.¹³

En este sentido, el Tribunal continúa diciendo en la sentencia en referencia que:

Entre los usos pragmáticos que el término subsidiariedad puede tener en el ámbito constitucional se tiene los tres siguientes:

a) El primero tiene que ver con el sentido horizontal del principio y está referido a la relación clásica entre sociedad y Estado, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada y poder impositivo del Estado.

b) El segundo está relacionado con la teoría de las fuentes del derecho objetivo, la misma que supone la titularidad del poder de normación en el Estado-persona o bien en entes dotados de soberanía. Por tanto, se entiende como la potestad que tienen los entes legitimados y competentes para la adopción del acto de normar en forma autónoma y exclusiva, salvo en aquellos casos en los que el acto-fuente no logre,

¹³ STC, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 19.

por sí solo, conseguir los efectos jurídicos deseados, situaciones en las cuales existe la posibilidad de que la ley estatal intervenga.

c) El tercero, que tiene algunos elementos en común con la materia de fuentes, es el que concierne a la organización administrativa o a los diversos niveles de expresión de las funciones y competencias públicas. Está vinculado a la descentralización administrativa estructurada sobre la base de una articulación diferente de las relaciones entre el ordenamiento mayor y el ordenamiento menor. Se trata, en suma, del principio de subsidiariedad entendido en sentido vertical.

Ahora bien, estos usos no se consideran separados los unos de los otros, sino como momentos de una única esencia que caracteriza la configuración del ordenamiento estatal. En efecto, la subsidiariedad en el Derecho Constitucional está condicionada a la forma del Estado y a las relaciones entre gobernantes y gobernados, reguladas en el ámbito de la disciplina económica y de la producción de los actos normativos -no ordenados desde una óptica jerárquica sino, más bien, desde una estructura diversificada sobre la base axiológica y valorativa-; y, también, a la organización vertical del Estado, que se distribuye según formas mayores de descentralización administrativa a favor de los ordenamientos menores.¹⁴

Asimismo, siguiendo la esquematización antes señalada, diferentes autores en doctrina nacional, tratando de definir el principio de subsidiariedad y su aplicación en la actividad empresarial del Estado han postulado la existencia de una fase positiva y otra negativa del principio de subsidiariedad. En ese sentido, Kresalja (2015) señala que el principio de subsidiariedad se presenta en dos fases: por un lado la fase negativa, la que se debe entender como un deber de abstención por parte del Estado, remarcando que, para que sea jurídicamente efectiva, tendría que existir una norma constitucional que limite la actuación del Estado en determinada actividad; y por otro lado, la fase positiva, que el autor llama deber de acción, ya que se le impone al Estado el deber de intervenir de forma indirecta, a través de su rol promotor, o de forma directa concretándose a través de la producción de bienes o prestación de servicios (p. 28).

¹⁴ STC, recaída en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC, del 11 de noviembre de 2003, F.J. 20.

En esa línea, el autor Cairampoma (2012) también refiere que la intervención subsidiaria del Estado en la vida económica de la sociedad, se consolidó como un principio rector importante del modelo constitucional adoptado de Economía Social de Mercado, constituyéndose en un límite a la acción estatal, frente a la libertad de las personas para ejercer la libertad de empresa (fase negativa). Continúa diciendo el autor que en una Economía Social de Mercado se deja abierta, aunque limitada, la posibilidad que el Estado intervenga, cuando exista razones justificadas para ello (fase positiva) (p.315-328).

Por su parte, en doctrina extranjera, Cassagne (1994) también valida las fases descritas del principio de subsidiaridad, remarca que el contenido negativo se traduce en la limitación impuesta al Estado, para actuar en aquellos campos, en los que, por la naturaleza de las actividades, corresponde que sean ejercidas por los particulares, sin perjuicio de su potestad para supervisar las mismas. Asimismo, refiere el autor que, mediante el contenido positivo se le reconoce al Estado el deber de intervenir cuando la iniciativa privada sea insuficiente, teniendo en cuenta que, en ningún caso, podría impedirse la actividad privada. (p.22-23).

Para cerrar este apartado, es necesario apuntar que al ser el artículo 60° una disposición que requiere desarrollo legislativo, por ser una norma que no tiene carácter autoaplicativo, corresponde hacer una revisión de lo regulado al respecto, en la medida que, de por sí, el principio de subsidiariedad es una categoría jurídica abstracta que, necesita llenarse de contenido y el artículo 60° de la Carta Fundamental incluye en su texto categorías como interés general y conveniencia nacional, que requieren interpretarse para su aplicación caso por caso.

1.5.4. El principio de subsidiariedad en el ámbito legal y administrativo.

Luego de incorporado el artículo 60° en la Constitución de 1993, no es hasta sino el año 2001, que se empieza a regular la actividad empresarial del Estado y la aplicación del principio de subsidiariedad a nivel legal y reglamentario. En este sentido, desde el Poder Ejecutivo se emitió el Decreto Supremo N° 034-2001-PCM y posteriormente el Decreto Supremo N° 011-2002-PCM con los cuales se regulaba algunas delimitaciones, para calificar en la práctica el caso por caso, si la actividad empresarial del Estado cumplía con las exigencias impuestas en la Constitución. Asimismo, con dicha normativa, se delegaba la responsabilidad al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE de velar porque se cumpliera la disposición constitucional al desarrollo de actividades empresariales, que con carácter subsidiario realizaba el Estado.

Para la delimitación y calificación de una actividad empresarial como subsidiaria, los dispositivos legales facultaban a FONAFE para solicitar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, informes respecto las condiciones de competencia del mercado y la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, para la producción de determinado bien o prestación de un servicio.

Sobre el particular, tal como lo señala Ruiz et al (2006) efectivamente después de más de una década de despliegue de la actividad empresarial del Estado, el Poder Ejecutivo se propuso hacer una evaluación de la misma, en la medida que resultaba necesario garantizar que los recursos públicos estaban siendo bien utilizados y no

se estaban desviando los recursos del Estado hacia actividades que no justificaban la intervención del Estado, en menoscabo y desatención de otras prioritarias inherentes a la finalidad del Estado.

Dadas las facultades atribuidas a FONAFE, antes mencionadas, se solicitó a INDECOPI emitir opinión respecto de la actividad empresarial del Estado. Sobre el particular, comentan Ruiz et al., INDECOPI habría interpretado que sólo estaba dentro de sus competencias evaluar: i) la situación de la oferta privada en la provisión de bienes y/o servicios, y ii) las condiciones de competencia en el mercado. Asimismo, se consideraba la evaluación de la habilitación por ley expresa, pero en ningún caso, se pronunciaría sobre el alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional.

Posteriormente, se aprobó el Decreto Legislativo N° 1031 en aras de promover la eficiencia de la actividad empresarial del Estado, a través de, la dotación de nuevas herramientas de gestión y figuras legales que encaminen al gobierno corporativo, junto con su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 176-2010-EF para regular las formas societarias mediante las cuales se configuraba la actividad empresarial del Estado, y su gestión.

Por su parte, el Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, señala en su numeral 14.3 del artículo 14° que:

Artículo 14.- Actos de violación de normas.-

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican

la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

Sobre el particular INDECOPI, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal y de la Sala, emite resoluciones importantes relacionadas a un grupo de empresas específicas objeto de evaluación, que se encargarían de delimitar un marco conceptual aplicable a los casos identificados como ilícitos por desarrollar actividad empresarial en contravención de lo dispuesto por el artículo 60° de la Constitución. En ese sentido, la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, del 29 de noviembre del 2010, ensaya un test a seguir, para identificar qué actividad empresarial realizada por una entidad estatal no cumplía con lo dispuesto por el artículo 60° de la Constitución, configurándose un acto de violación de normas conforme a lo dispuesto por el D.L. 1044.

Respecto al marco conceptual, la citada Resolución se refiere a la fase negativa del principio de subsidiariedad que aludiéramos en el apartado precedente, señalando en ese sentido que:

El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.¹⁵

Agrega la Resolución, que tal como lo reconoce el Tribunal Constitucional, dado el modelo económico adoptado por la Constitución de 1993, la actividad empresarial del Estado debe ser excepcional, detallando que:

El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de Economía Social de Mercado acogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas

¹⁵ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 18.

libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria.¹⁶

Seguidamente la referida Resolución, pasa a dar algunos argumentos de porque se considera que la gestión de una empresa estatal tiende siempre a ser ineficiente, en comparación con una empresa privada y ello justificaría la subsidiariedad de la actuación empresarial del Estado, señalando que:

La administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales y suelen tener incentivos que no son acordes con la obtención de mayor rentabilidad. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado, esto es, con los tributos de los contribuyentes.

¹⁷

Asimismo, la Resolución que venimos mencionando, desarrolla la metodología de investigación utilizada por INDECOPI, en la que se toma en cuenta criterios como: la estructura del mercado a evaluar y la situación de la oferta brindada por la iniciativa privada, previstos en el artículo 4° del D. S. N° 034-2001-PCM antes referido.

El estudio de INDECOPI, en primer término, determinaba si la conducta desarrollada por el Estado calificaba como actividad empresarial, tal como lo describe el siguiente fundamento:

A criterio de esta Sala, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la norma de competencia desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de índole empresarial. Si la conducta

¹⁶ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 20.

¹⁷ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 25.

que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.¹⁸

En este punto, se establece que se tomaría en cuenta el rol del Estado como proveedor. Es decir, quedaban fuera del alcance de lo que se califica como actividad empresarial, todas las actividades soberanas que, como Estado tiene la obligación de ejercer, o las de corte asistencial, que buscan asegurar un nivel mínimo en los campos por ejemplo de salud y educación.

(...) En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, provee a la población de algún producto o servicio determinado.

Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, **siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.**¹⁹

En ese escenario, se evaluó la licitud de la actividad empresarial del Estado, estando al cumplimiento de los tres requisitos establecidos en el artículo 60° de la Constitución. La Resolución en referencia, dejó sentado que: “Para el caso de la actividad empresarial desarrollada a través de empresas públicas, no existe duda que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República (...)”.²⁰

Esta posición de INDECOPI se veía respaldada por el propio Tribunal Constitucional:

Una primera razón que respalda esta interpretación es que el propio Tribunal Constitucional así lo ha señalado. Así, tanto en el fundamento jurídico 31 de su

¹⁸ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 32.

¹⁹ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 36 y 37.

²⁰ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 58.

Sentencia del 15 de febrero de 2005 correspondiente al Expediente 00342004-PI/TC como en el fundamento jurídico 26 de su Sentencia del 14 de marzo de 2007 emitida en el Expediente 0019-2006-PI/TC, dicho colegiado manifestó que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta para habilitar al Estado a realizar excepcional y subsidiariamente actividad empresarial*”, entendiéndose por “reserva de ley absoluta” la exigencia de que la ley sea expedida por el Congreso. (...)

Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de “alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional”. Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad pública (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo), sino por el Congreso, el mecanismo donde existen mayores exigencias para la aprobación de las normas, así como más representatividad y debate.²¹

Como un segundo punto, se propone analizar la situación del mercado y la oferta respecto del producto o servicio en cuestión. Para analizar el carácter subsidiario de la empresa estatal, la Sentencia en referencia plantea tres escenarios en el mercado: cuando existan dos empresas privadas o más no vinculadas y una empresa estatal, el segundo cuando existe una empresa privada y una estatal, y el tercero cuando solo existe una empresa estatal.

En esa línea Ruiz et al. (2006) señalan que, habiendo superado el análisis de la legalidad, asegurándose que determinada actividad empresarial del Estado ha sido autorizada por ley expresa, a continuación, corresponde hacer la evaluación del carácter subsidiario de la actividad. Agregan los autores que la metodología descrita fue aplicada en trece estudios efectuados por INDECOPI durante los años 2001 y 2002, para la evaluación de las actividades económicas desarrolladas por empresas estatales, en los que se reflejó que, si bien la mayoría de las actividades se

²¹ Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, de 29 de noviembre del 2010, F.J. 62 y 69, respectivamente.

encontraban autorizadas por ley expresa, muchas de ellas no cumplían con el requisito de la subsidiariedad.

Finalmente, respecto al alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional, la Resolución en referencia fundamenta que el Congreso de la República será el encargado de definirlos, en la ley autoritativa, en tanto el contenido de ambas figuras jurídicas tiene carácter de índole geopolítico y de políticas públicas que el INDECOPI, no es competente para definir.

En esa línea, y enfocándonos en el análisis del mercado del upstream de hidrocarburos y, con cargo a retomar este análisis desde la propuesta de nuestro estudio, podemos adelantar que, si bien existe iniciativa privada para la exploración y explotación de hidrocarburos, también es cierto que, resulta insuficiente y deficiente, como más adelante lo sustentaremos, tanto en términos económicos, respecto la generación de la renta petrolera, junto con la integración vertical en la cadena de hidrocarburos que podría concretar la empresa estatal²²²³; así como en términos sociales, en relación a las políticas dirigidas a la prevención y solución de conflictos sociales que surgen cuando se presenta una explotación que no es sostenible. Finalmente, todo ello termina afectando a la población en general por el efecto del precio de los combustibles respecto el costo de vida que, en un panorama adverso, por la subida de los precios de los combustibles, tendrían que elevarse los

²² En Latinoamérica, como más adelante lo veremos, las empresas petroleras: Petrobras, YPF y Ecopetrol están integradas verticalmente, es decir actúan a lo largo de la cadena de hidrocarburos.

²³ PETROPERÚ cuenta con equipamiento para el transporte, refino, almacenamiento y distribución de hidrocarburos que, en conjunto con la participación en el upstream, abarcarían la totalidad de la cadena de hidrocarburos.

costos de transporte y; por ende, se eleva el precio de los alimentos, resultando ser este, un tema de interés público o manifiesta conveniencia nacional.



CAPÍTULO II: PARTICIPACIÓN DE LA EMPRESA ESTATAL EN EL UPSTREAM DE HIDROCARBUROS EN EL PERÚ

En este segundo capítulo, abordaremos como se encuentra conformada la cadena de la industria de hidrocarburos en el Perú, debido a que, en el presente estudio buscamos analizar la pertinencia o no, de la intervención de la empresa estatal PETROPERÚ²⁴²⁵²⁶ en el upstream de la cadena. Resulta valioso el estudio de este sector, toda vez que, cumple un rol importante en el crecimiento sostenido de nuestra economía, muestra de ello es que, en el 2024²⁷ se registró un crecimiento del PBI de hidrocarburos (+5,0%), en comparación al mismo periodo del año anterior, resultado del aumento de extracción de petróleo crudo, arrojando que, las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos representaron el 1.6% del PBI nacional.

Para ello, se hará una revisión breve de los procesos que se incluyen desde el segmento upstream o “aguas arriba” hasta los que se desarrollan en el downstream o “aguas abajo”, centrándonos en las actividades de exploración y explotación, sobre las que reflexionaremos respecto de la gestión de PETROPERÚ, cayendo en cuenta que, ambas actividades del upstream han presentado una disminución considerable en los últimos años, tal como se muestra en el gráfico plasmado líneas

²⁴ Saldarriaga, J. (7 de agosto de 2017). Blindaje petrolero. El Comercio, p. 19. PETROPERÚ es la empresa más grande del país por volúmenes de ventas, en el año 2016 sus ingresos fueron de 11. 578 millones de soles.

²⁵ Consorcio Arthur D. Little / Columbus MB Latam Inc. (2023) “Plan de Reestructuración de PETROPERÚ S.A.” En el año 2016, PETROPERÚ tenía una participación en el mercado de 51%, frente a un 31% que se registró para el 2022.

²⁶ PETROPERÚ. Memoria Anual 2023. Las ventas de productos tanto en el mercado interno como en el externo, así como los servicios brindados, representaron ingresos para PETROPERÚ por un monto ascendente a MMUS\$ 4,009.

²⁷ Ministerio de Energía y Minas – MINEM. Revista En Cifras, Estadística Subsector Hidrocarburos, edición febrero 2025.

abajo, presentándose un déficit en la balanza comercial de hidrocarburos que hay que atender con prontitud²⁸²⁹, máxime si finalmente la falta de proyectos de exploración, traería como efecto directo que se ponga en peligro las reservas de petróleo y gas existentes y, que Perú se convierta en importador de ambos insumos, pudiendo finalmente afectar la seguridad energética del país.

Figura 1: Inversiones en exploración y explotación



Fuente: Perupetro (2024)

2.1 Organización de la industria de hidrocarburos a nivel de instituciones

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3° del TUO de la LOH, las políticas de Estado del sector hidrocarburos están a cargo del Ministerio de Energía y Minas (MINEM), entidad que, conjuntamente con otras como: el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin), el Instituto Nacional de Defensa de

²⁸ La demanda nacional es de 300 mil barriles de crudo, mientras que la producción nacional, como más adelante lo detallaremos, se sitúa en el orden de los 40 mil (bpd) en lo que va del 2025.

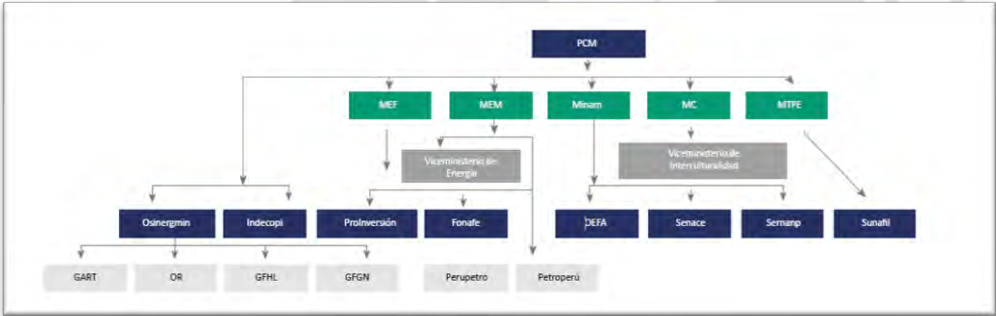
²⁹ Perupetro. Informe Mensual de Actividades de marzo de 2025. La producción nacional para marzo se registró en 47 694 (bpd)

Consulta: 07 de mayo de 2025. Recuperado de: https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/2a5e04f1-76a5-4c7b-a646-45e8ff2e550f/2025-03+Informe+Mensual+de+Actividades_VF.pdf?MOD=AJPERES

la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión), el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Oefa), desarrollan labores de supervisión, fiscalización y fomento de las actividades de hidrocarburos, atribuyéndoseles de facultades para resolver aspectos técnicos, legales, ambientales, entre otros.

En este diseño institucional, se constituye PETROPERÚ como la empresa estatal que actúa en el sector de hidrocarburos, bajo las políticas aprobadas por el MINEM y que tiene como misión proveer energía de calidad de forma competitiva, confiable y sostenible, contribuyendo al desarrollo y a la seguridad energética del país.

Figura 2: Organización institucional



Fuente y elaboración: OEE-Osinergmin

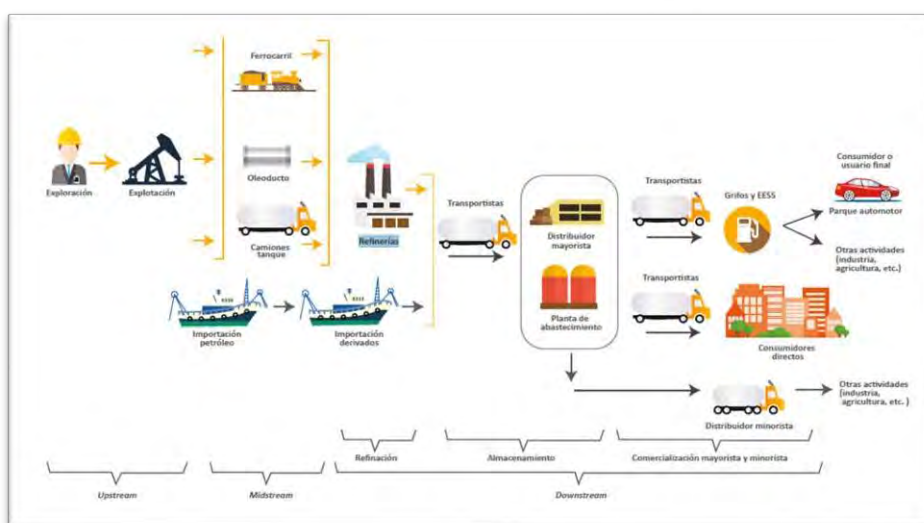
2.2 Cadena de hidrocarburos con intervención de la empresa estatal

La cadena de hidrocarburos está compuesta por los segmentos conocidos como: el upstream, el midstream y el downstream³⁰. Tal como refiere el TUO de la LOH, en el primero se desarrollan las actividades de exploración y explotación, mientras que

³⁰ El TUO de la LOH, contempla los segmentos de la industria petrolera.

en el midstream y downstream se encuentran las actividades de refinación, almacenamiento, transporte y comercialización. Cada etapa añade valor agregado a la cadena, pero sin duda la fase importantísima para la producción de hidrocarburos es el upstream³¹, constituyéndose como la piedra angular para el desarrollo de las otras actividades.

Figura 3: Cadena de hidrocarburos



Fuente y elaboración: OEE-Osinergmin

Operación de PETROPERÚ en la cadena de hidrocarburos

PETROPERÚ cuenta con importantes activos a lo largo de la cadena de hidrocarburos e interviene en las siguientes actividades³²:

Explotación, a través de los lotes I, VI, X, Z-69, 64 y 192.

³¹ El upstream además de dejar un margen de rentabilidad de 45%, frente a un 10% por cada barril de petróleo refinado, en el caso de PETROPERÚ, materializa la integración vertical.

³² PETROPERÚ. Memoria Anual 2023.

Transporte, principalmente a través del Oleoducto Nor peruano (ONP) y, complementa con flota marítima y fluvial.

Refinación de petróleo, actualmente se encuentran operativas las Refinerías Talara, Conchán e Iquitos.

Distribución, básicamente mediante flota marítima, así como fluvial. Vía terrestre, participa con flota de camiones y tren.

Comercialización de combustibles y productos derivados del petróleo, cuenta con plantas de ventas propias y estaciones de servicio de atención al usuario final.

Como lo mencionáramos al inicio del presente apartado, es de interés para los fines de nuestra investigación, el estudio de las actividades del upstream, toda vez que, es el segmento en el que se enfoca nuestra principal interrogante. Por ello, dedicaremos las siguientes páginas a la revisión de las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

2.3 Exploración y explotación de hidrocarburos

2.3.1 Características del segmento upstream y estructura del mercado

De acuerdo a lo señalado por Tamayo (2015) a través de la actividad de exploración, se persigue hallar nuevas fuentes de petróleo que posibiliten el incremento de la producción nacional de hidrocarburos líquidos³³ y otros productos derivados (p. 28).

³³ De acuerdo al TUO de la LOH, los hidrocarburos son todo compuesto orgánico gaseoso, líquido o sólido, que consiste principalmente en carbono e hidrógeno.

En la línea de lo señalado por Vásquez (2005), la exploración petrolera constituye una etapa distinta de las fases de explotación y refinación, en la medida que estos segmentos de la industria se encuentran concentrados en grandes empresas petroleras estatales o transnacionales integradas, y en las que, por la presencia de ciertas particularidades, entre las que podemos mencionar, las economías de escala, así como los beneficios que conlleva la actuación en un modelo de integración vertical³⁴ dejan en realidad poco margen para la incursión en estos mercados de empresas pequeñas (pp. 35 - -37).

En ese sentido, en cuanto a la estructura de mercado, en la etapa de exploración podemos encontrar un gran número de empresas de todo tipo como empresas de pequeña escala y subsidiarias de grandes corporaciones; por tanto, las desventajas que podrían representar la producción a pequeña escala y las barreras a la entrada del mercado, que obstaculizan para que las empresas independientes y no integradas, participen en las etapas de explotación y refinación, no se encuentran presentes en la etapa de exploración.

En cuanto a la inversión requerida, como hace referencia Tamayo (2015) tanto la etapa de la exploración como la explotación son intensivas en capital y tecnología de punta, en la medida que se demanda fuertes inversiones en recursos específicos, cuyo retorno se encuentra sometido a variables de riesgo vinculadas al hallazgo, la magnitud respecto las reservas y a la variabilidad, a nivel internacional de los precios del petróleo. Resulta importante señalar que, estas inversiones efectuadas

³⁴ En el caso de PETROPERÚ, en el año 2021 regresó a las actividades de producción de petróleo con la operación del Lote I, configurándose, en ese entonces, una etapa de integración vertical para la empresa estatal.

no se consideran costos hundidos³⁵, en la medida que los equipos y maquinarias necesarios para realizar las actividades de exploración podrían ser utilizados en otras locaciones y seguir examinando nuevas reservas de petróleo en distintas extensiones geográficas, o en todo caso, podrían orientarse para otros usos alternativos, si es que manejamos el supuesto de cese de la actividad de exploración petrolera (p. 32).

Considerando las significativas inversiones involucradas en la etapa de exploración y el riesgo económico que ello implica, por la incertidumbre respecto de la ubicación de nuevas reservas, se hará necesario considerar siempre la diversificación de riesgo a través de la exploración de varios pozos petroleros y, de esa manera asegurar determinadas cantidades aceptables que hagan rentable la actividad.

Siguiendo a Vásquez (2005) para iniciar la actividad de exploración, la empresa petrolera tendrá que comprar o arrendar determinado lote, quizá se interese en áreas donde existen reservas probadas³⁶ de petróleo o, por el contrario, en zonas lejanas donde no se tenga información de hallazgos de petróleo. En la práctica, la empresa petrolera opta por arrendar un lote de exploración, sin que se haya realizado un estudio geológico de manera preliminar. En el caso de que, en el área

³⁵ El hecho que una empresa tenga presencia en toda la cadena de la industria de hidrocarburos, le permite finalmente tener un barril de petróleo con un mejor precio, lo que se traduce en obtener mayores ganancias.

³⁶ El Sistema de Gerencia de los Recursos de Petróleo, (PRMS) por sus siglas en inglés, emitido en el año 2018, de uso general por la industria internacional de hidrocarburos, define:

Reservas Probadas: "Son aquellas cantidades de hidrocarburos, que mediante el análisis de datos de geociencias y de ingeniería, pueden ser estimadas con certeza razonable, para ser comercialmente recuperadas ... Si se usan métodos probabilísticos, debería haber por lo menos un 90% de probabilidad de que las cantidades realmente recuperadas igualen o excedan las estimaciones."

Reservas Probables: "Son aquellas Reservas adicionales en las cuales el análisis de los datos de geociencias y de ingeniería indican que son menos probables de ser recuperadas que las Reservas Probadas ... En este contexto, cuando se utilizan métodos probabilísticos, debería existir una probabilidad de por lo menos 50% de que las cantidades reales recuperadas igualarán o excederán la estimación 2P."

ya se haya descubierto reservas de crudo y, de tratarse de empresas petroleras grandes que tienen contratos de exploración importantes, el titular del lote petrolero, le habilita el permiso para efectuar evaluaciones preliminares de exploración, con la condición del arrendamiento posterior del lote, de obtenerse resultados positivos en los estudios (p. 39).

En cuanto al uso de mecanismos o técnicas para estudiar y evaluar las condiciones geológicas del subsuelo, y de esta manera poder incrementar las posibilidades de hallazgo de nuevos yacimientos, Vásquez (2005) señala que la Geología ayuda a determinar las zonas en las que es posible que se encuentren reservas de petróleo mediante la identificación de las capas rocosas, el análisis de los pliegues en la superficie y la estructura topográfica, se efectúan básicamente estudios de muestras. Asimismo, el autor identifica que se utilizan los métodos geofísicos, los cuales principalmente estudian las capas rocosas de la superficie utilizando distintos métodos, siendo el más utilizado la exploración sísmica, que se basa en la utilización de explosivos en un área donde es muy probable exista nuevas fuentes de crudo, con la finalidad de evaluar las emisiones de sonido en las capas subterráneas, que son percibidas mediante equipos sofisticados con los que cuentan los geofísicos para posteriormente diseñar planos con las ubicaciones de las áreas donde posiblemente se encuentra el petróleo (pp. 41 – 43).

De este modo, para encontrar petróleo bajo tierra, existen diversos métodos a emplearse y finalmente la manera de tener certeza y comprobar que existe petróleo en las capas subterráneas será explotando el pozo. La aplicación de las metodologías arriba mencionadas requiere que las empresas realicen inversiones

para comprar y mantener la maquinaria de alta tecnología utilizada para la exploración. El riesgo y la incertidumbre en la fase de exploración, aunados a la poca certeza respecto de las nuevas fuentes y magnitud de crudo por hallar, son las circunstancias que se evalúan, para la toma de decisiones para explorar en un área específica. En un principio, las empresas petroleras no cuentan con información respecto a cómo se encuentran divididos los pozos en determinada área; sin embargo, transcurrido un tiempo realizando actividades de exploración en un área específica que les interesa, ya se podría contar con mayor certidumbre respecto el hallazgo de nuevas reservas de petróleo.

Aquí, se generan diferencias en los riesgos que asumirían un tipo de empresas de tamaño grande frente a empresas más pequeñas en capital. Mientras las grandes empresas petroleras diversifican sus operaciones y tienen acceso a mayores recursos financieros y se les hace más manejable afrontar eventuales pérdidas por resultados negativos en esta fase exploratoria, las empresas de menor escala afrontan muchas contingencias, por el poco patrimonio con el que cuentan y casi nula aproximación a fuentes de apalancamiento financiero.

Como Vásquez (2005) sustenta, las actividades de búsqueda de hidrocarburos suelen tomar un largo plazo desde el inicio de la exploración, la perforación propiamente dicha, y hasta la toma de decisión de realizar la explotación de las reservas o, de ser el caso, rechazar el proyecto; no obstante, es importante acotar que todas las inversiones en exploración acumulan una matriz de conocimientos e información respecto de la localización de nuevas reservas y su magnitud, a ello se

le denomina una externalidad positiva³⁷ que mejora la producción de las empresas petroleras en la medida que utilizan la información acumulada de estudios preliminares de exploración, aminorando en gran parte los riesgos en los que podrían incurrir (p. 48).

Otra particularidad de la fase exploratoria, vinculada a la antes descrita es que, tanto las empresas de gran tamaño como las empresas pequeñas, se verán incentivadas a actuar en un marco competitivo y a compartir riesgos, dada la poca certeza propia de las actividades que las petroleras desarrollarán; por lo que, a menudo se negociarán contratos para compartir riesgos y reducir pérdidas. Dado este panorama, es improbable que en esta fase de exploración se encuentren empresas que ostenten posición dominante y, por el contrario, se buscará promover la competencia efectiva entre todos los tipos de empresas que pudieran intervenir en las actividades de exploración. Sin embargo, también matiza este incentivo de actuación en un “marco competitivo”, las externalidades, costos hundidos y la asimetría en la información que se presentan en esta etapa.

2.3.2 Contratación en el upstream en el ordenamiento jurídico peruano

Las actividades del segmento upstream se encuentran reguladas en el TUO de la LOH y en el Reglamento del artículo 11° del TUO de la LOH³⁸. En efecto, el artículo 3° del TUO de la LOH establece como marco normativo que el sector de energía, tendrá como ente rector de las políticas públicas en la materia al MINEM.

³⁷ Se produce una externalidad cuando las actividades de un agente económico afectan de manera indirecta a otro agente económico. Una externalidad positiva produce beneficios en otros. Véase Frontier Economics 2005

³⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 045-2008-EM.

En este marco normativo, el artículo 6° del TUO de la LOH le confiere a Perupetro la función de promover las inversiones en el upstream de hidrocarburos, le otorga facultades para celebrar contratos en el upstream de hidrocarburos en el país y lo habilita a proponer al ente rector, políticas públicas relacionadas con el segmento upstream, entre otros.

Así, nos aproximamos al artículo 10° del TUO de la LOH, en el cual se establecen las modalidades contractuales habilitadas para ejercer actividades en el upstream nacional, dejando abierta la posibilidad que, además del contrato de Licencia y el contrato de Servicios, Perupetro S.A. pueda proponer otra modalidad contractual, la cual deberá ser debidamente autorizada por el ente rector, para su celebración.

Artículo 10°. Las actividades de exploración y de explotación de Hidrocarburos podrán realizarse bajo las formas contractuales siguientes:

- a) Contrato de Licencia, es el celebrado por Perupetro S.A., con el Contratista y por el cual este obtiene la autorización de explorar y explotar o explotar Hidrocarburos en el área de Contrato; en mérito del cual Perupetro S.A. transfiere el derecho de propiedad de los Hidrocarburos extraídos al Contratista, quien debe pagar una regalía al Estado.
- b) Contrato de Servicios, es el celebrado por Perupetro S.A. con el Contratista, para que este ejercite el derecho de llevar a cabo actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en el área de Contrato, recibiendo el Contratista una retribución en función a la Producción Fiscalizada de Hidrocarburos.
- c) Otras modalidades de contratación autorizadas por el Ministerio de Energía y Minas.

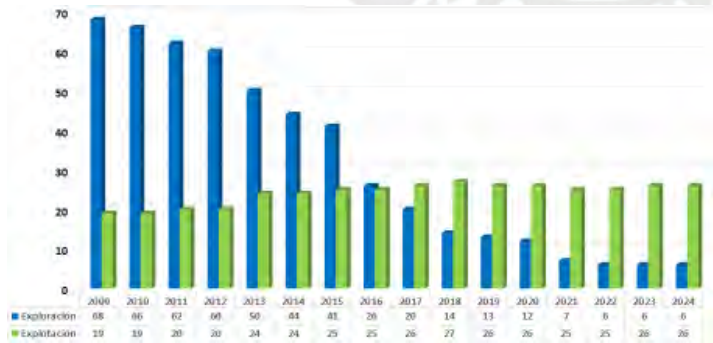
En este extremo, el artículo 11 del TUO de la LOH, complementa estableciendo que los contratos en el upstream se celebran previa negociación directa o por convocatoria, teniendo como formalidad la aprobación de los mismos, mediante Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, en un plazo que no puede exceder de (sesenta) 60 días. En

concordancia con ello, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 045-2008-EM establece el procedimiento reglamentario para la aprobación del contrato.

En la práctica contractual vigente, la empresa petrolera se somete al régimen del contrato de licencia, por el cual se obliga frente al titular del lote a realizar el pago de un monto fijo por hectárea explorada, y una renta contabilizada por año hasta la explotación del pozo. En todo contrato, además se exige que, cada período de la fase de exploración cuente con un programa de trabajo mínimo obligatorio y una fianza, como garantía de su ejecución.

Otro aspecto técnico que regula la norma, es el referido al plazo de los contratos. Para los contratos de exploración el período máximo considerado es de (siete) 7 años, pudiéndose extender, en casos excepcionales, hasta por tres años, bajo ciertas condiciones previstas en el contrato. Para los contratos de explotación de petróleo, se establece un plazo que se puede extender hasta los (treinta) 30 años.

Figura 4: Evolución de las contrataciones en exploración y explotación



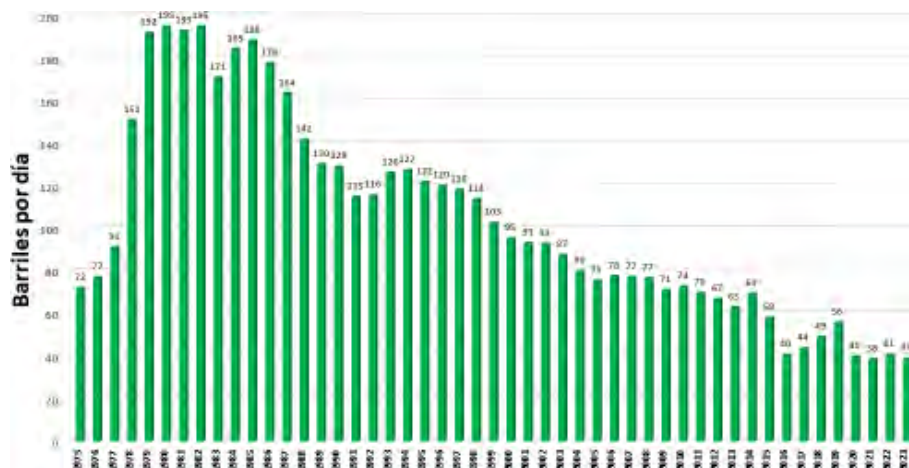
Fuente: Perupetro (2024)

En el gráfico previo, podemos advertir la evolución de la contratación en el segmento upstream de hidrocarburos, en el período del año 2009 al 2024, resaltando que, a partir del año 2016, en adelante, se presenta una caída marcada en las inversiones de exploración, haciendo que, en el año 2024 los contratos para exploración sean muy pocos en comparación con los que se celebraron en el año 2009. Sin embargo, las actividades de explotación si marcan un ascenso leve, pero importante.

2.3.3 Producción con intervención de PETROPERÚ

En el marco de las particularidades analizadas, propias de las etapas de exploración y explotación, debemos señalar que, en la actualidad en el mercado nacional participa PETROPERÚ, en asociación con empresas privadas, representando una producción de petróleo que oscila en el orden de los 40 000 barriles por día (bpd). En ese contexto, la actividad de la petrolera estatal se constituye a través de la gestión de los lotes: I, VI y Z-69 (noroeste), éstos dos últimos con una producción de 7 410 bpd, equivalente al 18.9 % de la producción nacional y, el lote X cuya producción es de 9 893 bpd y que, en conjunto con los tres lotes previamente mencionados, representan el 44% de la producción nacional de crudo.

Figura 5: Producción de petróleo en la actualidad



Fuente: Perupetro (2024)

Cabe señalar que, a lo largo de las dos últimas décadas, en un contexto internacional en el que se presentó un súbito descenso del precio del petróleo y, que en el ámbito nacional, generó indiscutiblemente una repercusión negativa, al generar una contracción de lo proyectado en las actividades del upstream, con la consecuente baja en la producción nacional, se ha tratado de revertir dicha situación, logrando disminuir las cifras de importación de petróleo³⁹.

En este contexto poco favorable, resulta importante rescatar la gestión eficiente que puedan ejercer las empresas que intervienen en dichas actividades, entre ellas PETROPERÚ, tratando aminorar márgenes de importación o de revertir la condición de Perú como un país importador neto de hidrocarburos, hecho que nos somete a una dependencia ineludible, respecto del mercado internacional y sus fluctuaciones, y más bien apostar por fortalecer el sector de hidrocarburos nacional, máxime si

³⁹ Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI) en octubre de 2024, el volumen importado de materia prima (petróleo y derivados) tuvo un descenso de -17,5 %, en comparación al nivel reportado en octubre de 2023.

contamos con reservas probadas y probables importantes⁴⁰, tratando de proteger a las actividades de exploración y explotación de los riesgos propios de la industria, que impactan muchas veces en sus costos, provocando la merma en la producción nacional.

Ahora bien, debemos señalar que, si bien ser un país importador de petróleo, no es negativo per sé, resulta beneficioso proponer una política contracíclica en el mercado de hidrocarburos, en la que factores como la demanda o fallas del mercado, determinen la necesidad para la intervención de PETROPERÚ en el mercado, para complementar la actividad privada.

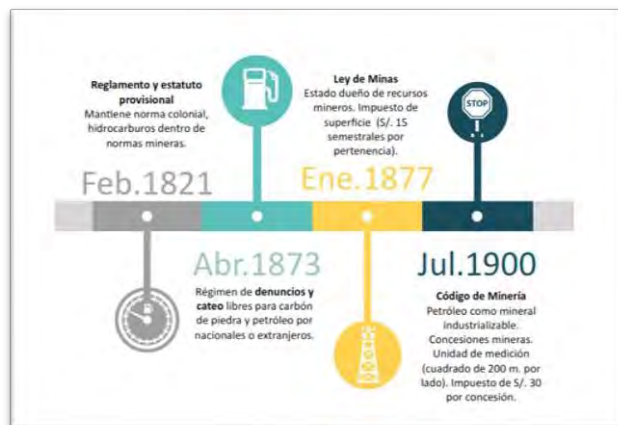
Visto así el panorama, las actividades del upstream se posicionan como fundamentales en toda la cadena de valor de los hidrocarburos y; por ello, es importante analizar la pertinencia o no de la intervención de la empresa estatal de manera conjunta con las empresas privadas. Finalmente, el desarrollo de la industria de hidrocarburos como tal, va a generar un efecto positivo en otras industrias y contribuir al crecimiento de la economía nacional.

2.3.4 Marco normativo de los hidrocarburos previo a la creación de PETROPERÚ.

⁴⁰ De acuerdo con la entrevista sostenida con el ex Presidente de Perupetro, José Mantilla Castillo, con fecha 05 de marzo del presente, la entidad está cumpliendo su labor de promoción para la inversión en lotes, y ello se traduce en la evolución que se muestra en las cifras de las reservas del mercado energético, pasando de 358.6 MMSTB en 1993 a 428.0 MMSTB en el 2023 de reservas probadas y probables de petróleo.

Hasta el año 1900, el tratamiento normativo de los hidrocarburos se dio dentro de la legislación minera, principalmente mediante la Ley de Minas y el Código de Minería, tal como podemos verificar en la siguiente figura:

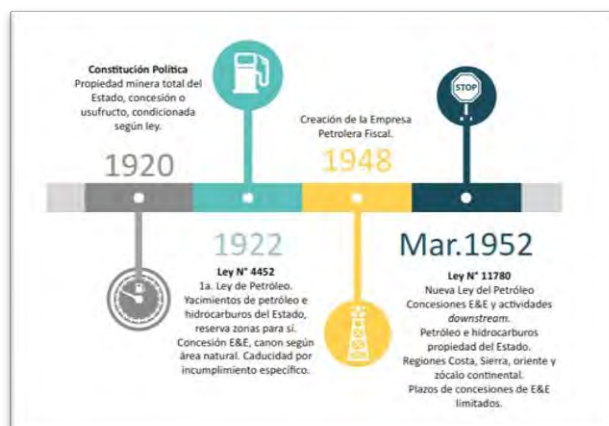
Figura 6: Evolución normativa de los hidrocarburos en el Perú hasta 1900



Fuente: Osinergmin. Elaboración: OEE-Osinergmin

Es con la dación de la Constitución Política del Perú de 1920, que se incluye una disposición expresa respecto a la propiedad minera exclusiva del Estado y a nivel legal empieza a regular sobre yacimientos de petróleo e hidrocarburos, como tal, regulación a la que, se le fue introduciendo mejoras. Asimismo, en 1948 tuvo lugar la creación de la Empresa Petrolera Fiscal, marcando un hito en el sector de hidrocarburos.

Figura 7: Evolución normativa de los hidrocarburos en el Perú hasta 1952



Fuente: Osinergmin. Elaboración: OEE-Osinergmin

2.3.5 Creación de PETROPERÚ: regulación de la actividad económica y su habilitación legal para intervenir en el upstream

Posteriormente, la Empresa Petrolera Fiscal y la International Petroleum Company fueron expropiadas y, en 1969, con la dación del Decreto Ley N° 17753, tuvo lugar la creación de Petróleos del Perú (PETROPERÚ S.A.). De acuerdo a su Estatuto Social:

Artículo primero: Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A. es una empresa del sector Energía y Minas, íntegramente de propiedad del Estado, organizada para funcionar como sociedad anónima, con sujeción al Libro Segundo de la Ley General de Sociedades.

(....).

Asimismo, el texto normativo en referencia, establece las actividades que PETROPERÚ llevará a cabo, en el marco de sus competencias. Se agrega que, PETROPERÚ aplicará las mejores prácticas en materia de Buen Gobierno

Corporativo, transición energética y responsabilidad social empresarial, en su gestión.

Artículo tercero: el objeto social de PETROPERÚ es llevar a cabo actividades de hidrocarburos, que establece la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, en todas las fases de la industria y comercio de los hidrocarburos, incluyendo sus derivados, petroquímica básica e intermedia y otras formas de energía.

(...).

En ese escenario, mediante la Ley Orgánica de PETROPERÚ, aprobada por Decreto Legislativo 43 y modificatorias, se verifica regulación que rige la actividad económica y financiera de la empresa. En concordancia con lo dispuesto en su Estatuto Social, el artículo 3°, establece que el objeto social de PETROPERÚ es el de llevar a cabo actividades de hidrocarburos, de acuerdo a lo establecido en la ley de la materia, corroborando que incluye todas las fases de la industria de hidrocarburos. También, dispone que actuará con independencia económica y financiera, acorde con las políticas trazadas por la cartera rectora en la materia.

En ese sentido, queda claro que el ordenamiento jurídico habilita a PETROPERÚ a realizar todas las actividades comprendidas en la industria de hidrocarburos: exploración, explotación, refinación, comercialización, distribución y transporte. Por tanto, su Ley Orgánica en concordancia con la normativa de hidrocarburos establecen que, PETROPERÚ tendría facultades para desarrollar actividades en el upstream, inclusive.

En esa línea, mediante Ley N° 28244, que excluye a PETROPERÚ S.A. del proceso de promoción de la inversión privada en sus modalidades de transferencia de acciones y/o activos y de venta de activos en caso disolución o liquidación, se

autorizó la participación de PETROPERÚ en las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos.

Posteriormente, mediante la Ley N° 28840, Ley de Fortalecimiento y Modernización de PETROPERÚ, se le otorga mayor independencia en su gestión y se la excluye del ámbito de FONAFE. Por su parte, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2013-EM, en su artículo 1°, también señala que, PETROPERÚ está habilitada para intervenir en todas las fases de la industria de hidrocarburos, inclusive en el upstream. En este escenario, podemos vislumbrar que la fórmula legal propuesta por el legislador se orienta a regular una habilitación genérica, que permita a la empresa estatal intervenir en el downstream, pero también en el upstream, en el marco de lo que establece el ordenamiento jurídico peruano.

Asimismo, y para materializar dicha habilitación, en el artículo 8° del texto normativo mencionado, se establece que:

Artículo 8°.- Regulación respecto a los contratos asociativos.

Cuando PETROPERÚ S.A. suscriba contratos de asociación, consorcios, joint venture y otras modalidades de contratos asociativos o de colaboración para el desarrollo de las actividades comprendidas dentro de su objeto social, se regirán por las disposiciones de la Ley General de Sociedades y por los usos y costumbres generalmente aceptados para estos tipos de participación e integración de negocios. El Directorio podrá establecer Directivas que regulen las modalidades asociativas antes referidas.

En concordancia con este extremo, el Decreto Legislativo N° 1292, que declara de necesidad pública y de interés nacional la operación segura del Oleoducto Nor Peruano y dispone la reorganización y mejora del gobierno corporativo de PETROPERÚ S.A, en su artículo 3° establece que:

Artículo 3°.- Reorganización de PETROPERÚ S.A.

3.1 Declárese de necesidad pública e interés nacional la reorganización y modernización de PETROPERÚ S.A. (...)

3.2 En el marco de lo establecido en su Estatuto, PETROPERÚ S.A. podrá:

(...)

b) Celebrar contratos de asociación, "joint venture", asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, gestión, u otros similares respecto a activos o negocios actuales o futuros, ya sea con entidades del Estado o con empresas privadas; sin que ello implique su privatización.

(...).

A mayor detalle, el artículo 4° del Decreto Legislativo N° 1292, dispone que PETROPERÚ podrá intervenir en el upstream como socio con la iniciativa privada o, también como operador gestionando los lotes a su cargo:

Artículo 4°.- Participación de PETROPERÚ S.A. en los contratos de exploración y explotación de hidrocarburos.

PETROPERÚ S.A. podrá participar como socio, sea o no en calidad de operador, en la exploración y explotación de hidrocarburos, según lo acordado en los contratos que se suscriban o modifiquen conforme a la Ley Orgánica de Hidrocarburos, siempre que exista un acuerdo en ese sentido con la empresa petrolera que haya sido debidamente autorizada por PERUPETRO S.A. para realizar dichas actividades.

Es así que, de la lectura concordada de los textos normativos señalados previamente, se puede concluir que, PETROPERÚ en dicha evolución normativa siempre ha contado con la habilitación para realizar actividades desde el upstream hasta el downstream.

Sin embargo, si bien el ordenamiento jurídico peruano se ha preocupado por prever instrumentos jurídicos orientados a fomentar la participación de PETROPERÚ en el upstream, también es cierto que estas alianzas con la iniciativa privada, presentan desafíos, que pasan por diversos factores. En efecto, en general la capacidad de

manejar grandes proyectos dotados con varias tecnologías y riesgos de administración es propia de los agentes privados, mientras que las empresas estatales son percibidas por aquellos, como controladoras al acceso de sus reservas de petróleo. Para STEVENS, esto último ha decantado en una propuesta alternativa, en la que se considera como protagonistas a las NOC⁴¹ para el desarrollo de actividades en el upstream:

Una variante en este tema es las alianzas NOC-NOC. En particular, allí parece ser la oportunidad para la NOCs de países productores para crear joint ventures con las NOCs de países importadores. Esto parece ser mutuamente beneficioso desde que esto supuestamente provee seguridad de la oferta de los importadores de petróleo y seguridad de la demanda para los exportadores.” (2009, p.185)

En este escenario, también podríamos traer a colación los PSC⁴², que LAUB define como:

Un acuerdo entre el gobierno anfitrión o la Compañía Nacional de Petróleo, y una compañía petrolera internacional (contratista), por el cual el contratista acepta para explorar y explotar a su propio riesgo y costo del petróleo en el área del contrato. Si se hace un descubrimiento comercial, el contratista tiene derecho a compartir con el estado conforme un orden previamente establecido parte de la producción para pagar sus costes y obtener un beneficio. (2009, p.197)

En estos contratos de producción conjunta, el contratista ofrece el capital, la experiencia y los servicios necesarios para llevar a cabo las actividades en el upstream y permite al Estado fomentar la exploración sin comprometer los recursos públicos y contar con participación en la gestión de la operación. Asimismo, en cuanto a los riesgos, estos se evaluarán en función de factores geológicos y

⁴¹ Empresas estatales de petróleo (NOC por sus siglas en inglés).

⁴² Contratos de producción conjunta (PSC por sus siglas en inglés).

políticos propios del país; así como, qué duda cabe, de la capacidad de negociación de los intervinientes en el contrato.

Cabe resaltar que, para los Production Sharing Agreements, el ordenamiento jurídico peruano, también habilita la posibilidad de celebrarlos en el marco de lo dispuesto por el TUO de la LOH, cuando dispone que se pueden aprobar otras modalidades de contratación aprobadas por el MINEM.

2.4 Situación actual de PETROPERÚ y proyecciones al 2028.

2.4.1. Activos de PETROPERÚ

- Refinerías

PETROPERÚ tiene las siguientes refinerías operativas:

Nueva Refinería Talara. Es la de mayor producción de PETROPERÚ. Como nueva refinería empezó su producción en abril 2022. Se encuentra conformada por distintas unidades de: destilación primaria, al vacío, reformación catalítica, craqueo, tratamiento de GLP, Flexicoking, entre otras.

Refinería Conchán.

Refinería Iquitos.

- Plantas de venta

Plantas de ventas Talara y Piura.

Planta de venta Conchán.

Plantas de ventas Iquitos, Pucallpa, Yurimaguas y Tarapoto.

- Transporte

PETROPERÚ cuenta con el Oleoducto Nor Peruano (ONP), que se extiende desde la Estación 1, ubicada en San José de Saramuro, hasta el Terminal Bayóvar, ubicado en la costa de Piura. Tiene una capacidad de bombeo de 100 000 bpd. El ONP consta de tres ramales:

El Ramal Norte (ORN) que va desde la Estación Andoas hasta la Estación de rebombeo Morona (166.9 Km) y desde Morona a Estación 5 (84.7 Km).

El Tramo I que va desde la Estación 1 a la Estación 5 (306 Km),

El Tramo II que va desde la Estación 5 al Terminal de Bayóvar (548 Km), con Estaciones de rebombeo intermedias Estación 6, Estación 7, Estación 8 y Estación 9.

- Terminales

PETROPERÚ es titular de los terminales del norte, centro y sur. Los dos primeros se encuentran con contratos de operación y PETROPERÚ asumió la operación directa de los terminales del sur desde el año 2019.

2.4.2. Consideraciones de los lotes a cargo de PETROPERÚ

Durante el mes de abril de 2025 la producción nacional de petróleo alcanzó los 51 480 bpd⁴³, convirtiéndose en la cifra más alta registrada en los últimos doce meses.

⁴³ La Sociedad Peruana de Hidrocarburos (SPH) Producción de petróleo en abril es la más alta de los últimos doce meses. Consulta: 07 de mayo de 2025. Recuperado de: <https://sphidrocarburos.com/nota/sph-produccion-de-petroleo-en-abril-es-la-mas-alta-de-los-ultimos-doce-meses/>

De acuerdo con lo informado por la Sociedad Peruana de Hidrocarburos (SPH), dicha cifra representa un incremento significativo frente a los 40.700 bpd, reportados en ese mismo periodo del 2024.

La SPH informa que, entre los lotes que concentraron la mayor producción de petróleo y condensados al cuarto mes de 2025 destacan: Lote 95 en Loreto con 22 130 bpd, Lote X en Piura con 7 910 bpd, Lote Z-69 en Piura con 3 460 bpd. Estos datos, nos permiten corroborar que PETROPERÚ tiene una actividad importante en el upstream, que se ve reflejada en las cifras de producción reportadas a la fecha, siendo que, el Lote X y el Lote Z-69 tienen participación de PETROPERÚ como socio y operador, respectivamente.

Con la finalidad de presentar las características y el potencial hidrocarburífero de cada lote petrolero, que cuenta con participación de PETROPERÚ, previamente, mostramos un cuadro que consolida información sobre la totalidad de los contratos petroleros en los que interviene PETROPERÚ, ya sea como socio o como operador del lote:

Tabla 2: Contratos con participación de PETROPERÚ

Fuente: Perupetro (2025)

Lote I

El Lote I se encuentra ubicado en los distritos de La Brea y Pariñas de la provincia de Talara (Piura), es operado por PETROPERÚ bajo Contrato de Licencia para la Explotación de hidrocarburos⁴⁴ hasta por dos años, autorizado mediante Decreto

LOTE	CONTRATISTA	OPERADOR	FECHA DE INICIO	FECHA DE TÉRMINO
64	PETROPERU (100%)	PETROPERU	7/12/1995	14/06/2039
192	ALTAMESA (61%), PETROPERU (39%)	ALTAMESA	28/02/2023	24/10/2053
I	PETROPERU (100%)	PETROPERU	21/10/2023	21/10/2025
VI	PETROPERU (100%)	PETROPERU	21/10/2023	21/10/2025
Z-69	PETROPERU (100%)	PETROPERU	16/11/2023	15/11/2025
X	PETROPERU (40%), OIG (27.83%), AGUAYTÍA ENERGY (21.29%), TERMOSELVA (10.88%)	OIG	20/05/2024	19/05/2054

Supremo N° 022-2023-EM, publicado el 21 de octubre de 2023. Tiene una producción de petróleo de 502 barriles por día (bpd)⁴⁵ y 3.4 millones de pies cúbicos

⁴⁴PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/97df4905-d68b-4baa-acd3-f55f607651a9/Contrato_b36940e6-95e4-42fe-a890-21d769305ada.pdf?MOD=AJPERES

⁴⁵ PERUPETRO. Pronóstico de producción fiscalizada diaria. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/440b7880-e8df-4067-b845-d4345ea2d645/Pron%C3%B3stico+de+Producci%C3%B3n+de+Hidrocarburos+2024-2028.pdf?MOD=AJPERES&Pronosticos%20de%20Hidrocarburos%20Liquidos_2023

De acuerdo a las proyecciones trazadas por Perupetro hacia el año 2028, se estima que la producción del Lote I se mantenga en el orden de 500 a 550 bpd de producción de petróleo.

de gas natural (mmpcd). La producción de petróleo es transferida a la Nueva Refinería Talara para la producción de combustible como gasolinas, diésel, GLP, Turbo A1, entre otros.

PETROPERÚ opera este lote desde diciembre de 2021, autorizado mediante Decreto Supremo N° 020-2021-EM.

Lote VI

El lote VI se encuentra ubicado entre los distritos de Lobitos y Pariñas de la provincia de Talara (Piura), es operado por PETROPERÚ bajo el Contrato de Licencia para la explotación de hidrocarburos⁴⁶ hasta por dos años, autorizado mediante Decreto Supremo N° 023-2023-EM, publicado el 21 de octubre de 2023. El lote VI comprende 13 772.210 hectáreas y está dividido en 31 yacimientos. Tiene una producción de petróleo estimada de 2 000 (bpd)⁴⁷ y de 4 (mmpcd) de gas natural.

Lote X

El contrato de licencia⁴⁸ del Lote X fue suscrito el 20 de mayo de 2024, entre Perupetro y el consorcio conformado por PETROPERÚ (40%), Offshore Internacional Group OIG - Perú (27.83%), Aguaytía Energy (21.29%) y Termoselva

⁴⁶ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/23280f42-843a-4278-b8cc-3e2a7db3f00c/Contrato_e4f1a722-7a92-4195-b7b3-76b4d91a834a.pdf?MOD=AJPERES

⁴⁷ De acuerdo a las proyecciones trazadas por Perupetro hacia el año 2028, se estima que la producción del Lote VI oscile en el orden de 1800 a 2000 bpd de producción de petróleo.

⁴⁸ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/9daa55d6-0988-4c27-b247-8ca521614981/Contrato_f4c7b1a9-8b5a-4658-b1bd-f2b5d3a10de6.pdf?MOD=AJPERES.

(10.88%), donde OIG Perú es el operador por 30 años. Tiene más de 110 años de antigüedad y es el mayor yacimiento de producción de petróleo del noroeste⁴⁹ y el segundo del país. El área involucrada comprende 5 distritos de la provincia de Talara sobre una superficie de 2 100 km².

Su producción acumulada representa el 35% de la cuenca de Talara y la explotación tiene un aprovechamiento integral de los fluidos, el petróleo se vende a la Refinería Talara, el gas seco a ENEL y el agua producida se inyecta para recuperación secundaria.

Lote Z-69

El lote Z-69 se encuentra ubicado en el zócalo continental, frente a las provincias de Talara, Paita y Sechura y comprende más de 70 plataformas marinas. Tiene una producción de petróleo de 4 500 (bpd)⁵⁰ y de 13.8 (mmpcd) de gas natural. De acuerdo con el Contrato de Licencia para la explotación de hidrocarburos⁵¹, el lote Z-69 contará con un Fondo de Desarrollo Social destinado a la ejecución de proyectos que beneficien a la población en el área de desarrollo.

Lote 64

El lote 64 se encuentra ubicado en el distrito de Datem del Marañón (Loreto) destinado a producir las reservas de petróleo liviano descubiertas en el Yacimiento

⁴⁹ El pronóstico de producción entre el año 2025 al 2028, se estima que alcance el orden de 8000 a 9000 bpd.

⁵⁰ Perupetro estima que la producción del Lote Z-69 se mantenga en el orden de 4500 bpd.

⁵¹ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/4ace1f17-2f6e-40da-b1d8-8342a2afbe25/Contrato_db8c95df-af03-425e-a085-895ee73a955c.pdf?MOD=AJPERES

Situche Central. Está en desarrollo el Estudio de Impacto Ambiental de Desarrollo, que una vez aprobado y en el marco de una primera fase de producción se estima un caudal de 10 000 (bpd)⁵², para luego realizar la perforación de pozos de desarrollo y finalmente la perforación de un pozo exploratorio en busca de incrementar las reservas descubiertas en este yacimiento⁵³. PETROPERÚ buscará socios para la operación conjunta en el desarrollo del yacimiento y para evaluar otras potenciales estructuras del lote⁵⁴.

Lote 192

El lote 192 (anteriormente denominado Lote 1-AB) se encuentra ubicado entre la provincia del Datem del Marañón y la provincia de Loreto (Loreto), cuenta con una extensión de 512 347.241 hectáreas, con reservas estimadas de 127 millones de barriles de petróleo y una producción de 12 000 (bpd) ⁵⁵. Con fecha 22 de marzo de 2024, después de haber llegado a un Acuerdo de Asociación para la Inversión Conjunta, se suscribió la cesión de posición contractual⁵⁶ del Contrato de Licencia entre Perupetro, PETROPERÚ (39%) y Altamesa Energy (61%), la misma que asumió la función de operador, autorizado por el Decreto Supremo N° 005-2024-

⁵² Perupetro estima que, en el año 2028, la producción del Lote 64 se acercará a los 10 000 bpd.

⁵³ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
<https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/60c2246d-2710-49df-b330-2e82987f8cc6/L+64-1.pdf?MOD=AJPERES>

⁵⁴ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/3eb6fead-bbbb-40f8-83f3-858e2842d3ce/Contrato_fba4b9ea-202b-4c0e-af74-e6a8b20f2252.pdf?MOD=AJPERES

⁵⁵ De acuerdo a las proyecciones trazadas por Perupetro entre el año 2027 y 2028, el Lote 192 alcanzará los 12 000 bpd de producción de petróleo.

⁵⁶ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/914ed059-072d-42ed-9527-0bfdcf3969d2/Contrato_f214f98a-8629-4246-be59-12c13eb746e8.pdf?MOD=AJPERES

EM, para la producción del lote 192. Previamente, con fecha 28 de febrero de 2023, se suscribió el Contrato de Licencia para la Explotación entre Perupetro y PETROPERÚ⁵⁷, para la explotación del lote 192 por un plazo de treinta (30) años⁵⁸, asumiendo la responsabilidad de las operaciones e inicio de las actividades pre operativas.

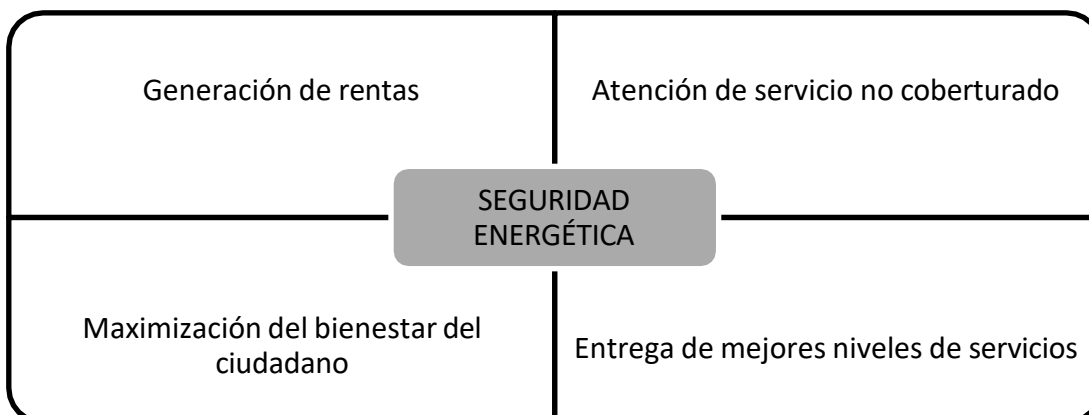
Si bien estos dos últimos lotes 64 y 192 presentan un alto potencial de producción, también se debe tener presente que la inversión requerida es bastante alta y; por ello PETROPERÚ, necesita de un socio estratégico para cubrirse financieramente. En este plano, además el aminorar los riesgos relacionados a una eventual inoperancia del Oleoducto y posibles conflictos sociales con comunidades aledañas, es importante considerarlo para evitar parar la producción.

En suma, el equipamiento con el que cuenta PETROPERÚ, aunado con la gestión de lotes a su cargo, constituyen activos importantes que cubren toda la cadena de hidrocarburos y que, permitirían concretar muchos beneficios para el país, no solo en el orden económico, sino también social, que podríamos resumir así:

⁵⁷ PERUPETRO. Contratos de hidrocarburos vigentes. Consulta: 21 de abril de 2025.
https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/3350797b-9267-46e3-a2ee-4088fdf6cdfb/Contrato_85913f09-02fb-4fbc-8c0c-a08360fc1348.pdf?MOD=AJPERES

⁵⁸ Plazo estipulado en la cláusula tercera del Contrato de Licencia firmado entre Perupetro y PETROPERÚ.

Figura 8: Visión país con PETROPERÚ



Fuente: Elaboración propia

En este contexto, y dado que a corto y mediano plazo, se debiera demandar mucha exploración con fuertes inversiones que PETROPERÚ sólo, no podría respaldar financieramente, y por la necesaria experiencia técnica para la operación de un lote, es que tanto el contrato de asociación⁵⁹, como el contrato de producción conjunta⁶⁰ se presentan como instrumentos legales que viabilizarían la intervención de PETROPERÚ en el upstream, en conjunto con la iniciativa privada, figuras que como precedentemente lo señaláramos, están habilitadas en el ordenamiento jurídico peruano.

2.4.3. Proyecciones de PETROPERÚ al 2028

En noviembre de 2024, la Junta General de Accionistas de PETROPERÚ designó al nuevo Presidente del Directorio, gestión con la que se busca alcanzar logros

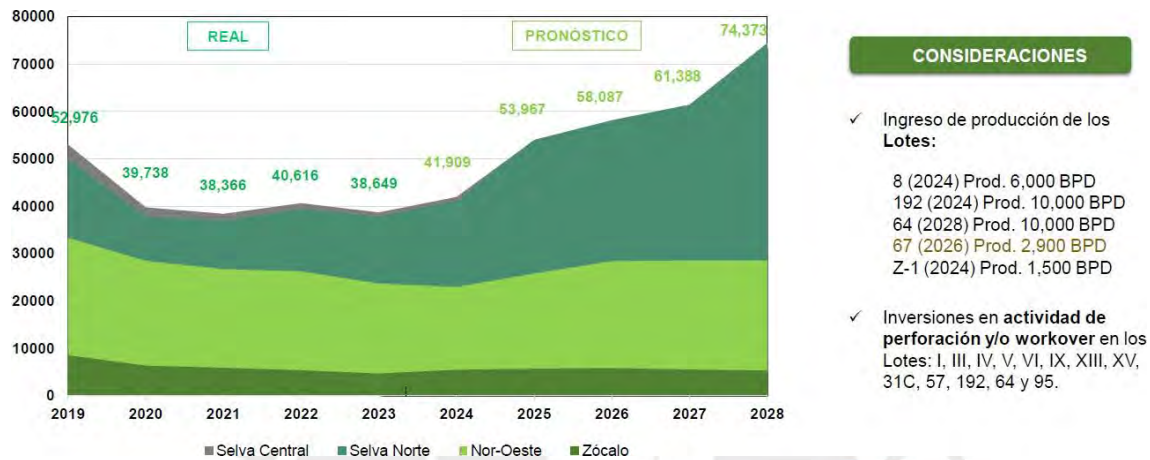
⁵⁹ Ley General de Sociedades
Artículo 438

Se considera contrato asociativo aquel que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. El contrato asociativo no genera una persona jurídica, debe constar por escrito y no está sujeto a inscripción en el Registro.

⁶⁰ Regulado como posibilidad en el TUO de la LOH.

notables, proyectándose al 2028⁶¹ una capacidad de producción cerca de los 80 mil barriles diarios, producto de la explotación de cuencas ubicadas en la Selva Central, Selva Norte, Nor Oeste y el Zócalo.

Figura 9: Pronóstico de producción de petróleo al 2028



Fuente: PETROPERÚ (2024)

Para alcanzar dichas proyecciones es importante acotar que, las políticas de Estado en el sector de hidrocarburos, en un mercado en el que se desenvuelven actividades como la exploración y la explotación, deben proyectar planes a largo plazo que incentiven los proyectos de inversión. Aunado a ello, debe existir un liderazgo en la cartera del sector, dado que desde el Poder Ejecutivo es que se van a diseñar, formular y aprobar las políticas públicas orientadas a impulsar la producción nacional, las mismas que van a exigir una gestión articulada entre carteras como el MINEM, MINCUL, MINAM y MIDAGRI para lograr atraer las inversiones con la seguridad jurídica que requieren este tipo de actividades. Complementando estas

⁶¹ Presentación de Power Point denominada Sector Hidrocarburos ¿Crisis total? Elaborada por el Ingeniero Tomás Díaz Del Águila, Gerente de Exploración, Producción y Oleoducto de PETROPERÚ, en Noviembre de 2024.

medidas, finalmente se lograría gestionar desde una perspectiva distinta, en la cual PETROPERÚ participaría integrada verticalmente y con presencia efectiva en todas las actividades de la industria de hidrocarburos.

En la actualidad, si bien PETROPERÚ se destaca por su participación tanto en el midstream como en el downstream⁶²⁶³⁶⁴, también tiene una participación importante en el upstream⁶⁵. De acuerdo a fuentes del MINEM, en setiembre del 2024 se llegó a refinar 78 mil bpd y, aún en este escenario, faltaría copar una brecha para llegar al nivel total de producción y, así generar utilidades de 200 millones de dólares como punto de inicio, que pueden llegar a estimarse en 800 millones de dólares anuales.

Cabe precisar que, este crecimiento se atribuye a la disposición de la Nueva Refinería de Talara y las estrategias agresivas desplegadas por el área comercial, que ayudaron a recuperar de 25% a 30% la participación de PETROPERÚ en el mercado, pero que definitivamente, tiene que complementarse con otras medidas para lograr un crecimiento sostenido. En esa línea, el Oleoducto siendo, en estricto, un activo del Estado genera una pérdida de supera los 100 millones de dólares anuales⁶⁶, dado que se le obliga a pagar a PETROPERÚ un subsidio por operación

⁶² PETROPERÚ Memoria anual 2023. En el 2023, PETROPERÚ alcanzó una participación promedio de 26% en el mercado nacional (combustibles líquidos y GLP).

⁶³ En el mes de febrero del presente año, se realizó la Conferencia de prensa denominada “Últimos avances y situación actual de la empresa”. En dicho evento, el Presidente del Directorio de PETROPERÚ, Alejandro Narváez Licerias, señaló que: PETROPERÚ al 2024, presentaba una participación en el mercado interno de 25%, cifra que se espera mejorar a 38% en el 2025. Disponible en: <https://www.petroperu.com.pe/sala-de-prensa/galeria-multimedia/videos/>

⁶⁴ En el mes de abril del presente año, se realizó la Conferencia de prensa denominada “Resultados financieros del primer trimestre de 2025”. En dicho evento, el Presidente del Directorio de PETROPERÚ, Alejandro Narváez Licerias, señaló que la participación en el mercado interno, en el primer trimestre de 2025, alcanzó el 31%. Disponible en: <https://www.petroperu.com.pe/english/press-room/multimedia-gallery/videos/>

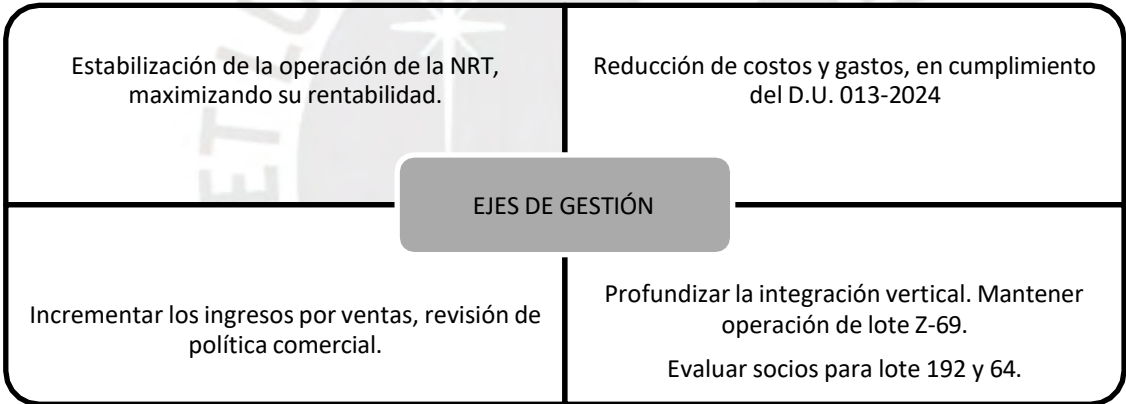
⁶⁵ Conferencia de prensa denominada “Últimos avances y situación actual de la empresa”. Narváez también mencionó que a la fecha PETROPERÚ tiene a su cargo la gestión de los lotes I, VI, Z-69 y X, mientras que los lotes de la Selva Norte no se encuentran produciendo y se espera se retome la misma.

⁶⁶ Conferencia de prensa denominada “Últimos avances y situación actual de la empresa”. Narváez afirmó que en el año 2024 el ONP generó una pérdida de 127 millones de dólares.

y mantenimiento y, eso contribuye a que no sea eficiente, toda vez que representa un gasto importante.

En ese contexto, y teniendo en cuenta que en la industria petrolera es en el upstream donde se genera una rentabilidad mayor⁶⁷, reviste especial importancia para nuestra investigación, conocer las características y potencial hidrocarburífero de los lotes que se encuentran a cargo de PETROPERÚ, para así poder analizar la intervención de la estatal en el mercado del upstream de hidrocarburos, en un escenario en el cual se programan avances en el marco de los siguiente ejes⁶⁸:

Figura 10: Ejes de gestión PETROPERÚ



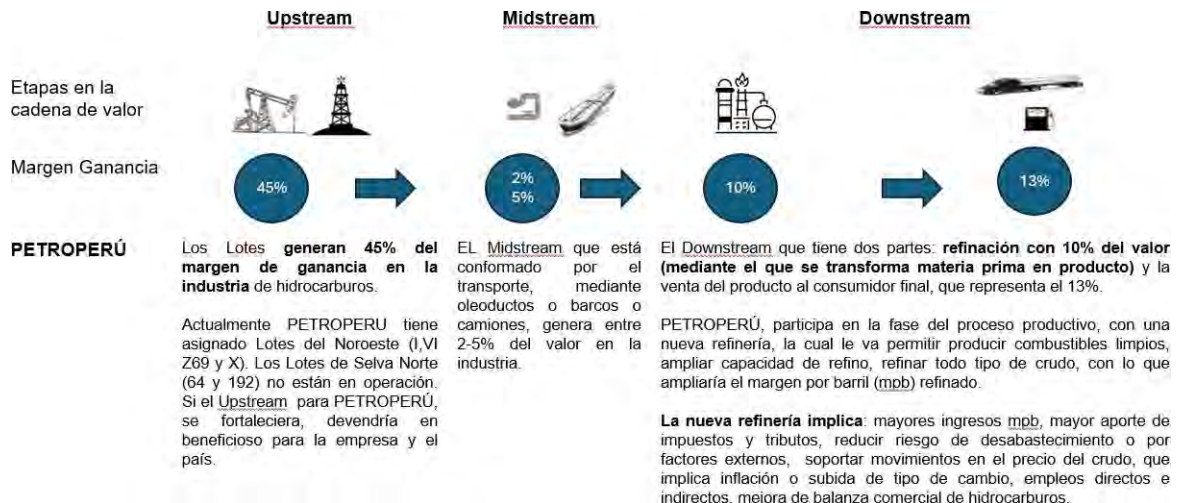
Fuente: Elaboración propia

De esta manera, el downstream, midstream y el upstream harían sinergia fortaleciendo una integración vertical que devendría en beneficiosa.

Figura 11: La necesaria integración vertical de PETROPERÚ

⁶⁷ Conferencia de prensa denominada “Últimos avances y situación actual de la empresa”. En ese extremo, Narváez refirió que, en la cadena de valor de la industria petrolera, la exploración y explotación, arrojan un margen de ganancia de 45%, frente a un 10% que representa por ejemplo la refinación.

⁶⁸ Informe “Rendición de Cuentas de titulares por periodo anual” PETROPERÚ S.A, emitido en diciembre de 2024.



Fuente: Elaboración propia

2.4.4. Análisis del modelo de gobernanza: Plan de Reestructuración de PETROPERÚ.

Si bien en la actualidad, PETROPERÚ presenta desafíos en cuanto a su modelo de gobernanza, no es menos cierto que, resulta imprescindible contar con un modelo de gobernanza que permita: una continuidad en la estrategia de la empresa y transparencia en la gestión.

En efecto, la falta de institucionalidad y el constante cambio en las líneas políticas de los gobiernos, han provocado a lo largo de la historia de PETROPERÚ que, muchas veces la toma de decisiones en su gobernanza, se produzca sin el conocimiento técnico requerido para una industria tan compleja, como lo es la de hidrocarburos y, más allá de fortalecer el potencial de sus unidades productivas, han terminado enfatizando aquellos riesgos a los que toda actividad en el upstream, se encuentra inmersa.

Esta inestabilidad política provocaba constantes cambios en las carteras de Energía y Minas, y Economía y Finanzas⁶⁹, siendo que desde el año 2018 ha habido 15 cambios de ministro de Energía y Minas y 8 cambios en el ministerio de Economía y Finanzas, ambos componen el 100% de la junta de accionistas de PETROPERÚ, lo que consecuentemente, acarrió una alta rotación en los directorios de PETROPERÚ⁷⁰, siendo que muchas veces los funcionarios de alta dirección no llegaban con la experiencia requerida, lo que producía constantes cambios en la estrategia corporativa y finalmente la falta de cumplimiento de metas propuestas. Aunado a estos problemas, el déficit financiero de la empresa ha repercutido en la rebaja de calificación de crédito, decantando desafíos para su sostenibilidad tanto financiera como operacional.

Este escenario, provocó que PETROPERÚ apueste por un proceso de transformación integral que incluya la implementación de acciones de reestructuración y cambios estructurales importantes, con la finalidad de superar la crisis en la que se encuentra inmersa desde el año 2022 y, así poder garantizar su permanencia en el mercado.

En este contexto, el Poder Ejecutivo aprobó el Decreto de Urgencia 023-2022, que establece medidas en materia económica y financiera destinadas a evitar el desabastecimiento de combustible a nivel nacional, en el que se dispuso:

Artículo 4.- Plan de fortalecimiento de PETROPERÚ S.A.

⁶⁹ Consorcio Arthur D. Little / Columbus MB Latam Inc. (2023) "Plan de Reestructuración de PETROPERÚ S.A." Consulta: 24 de abril de 2025. <https://www.petroperu.com.pe/transparencia/plan-de-reestructuracion/contexto?contenido=informes>

⁷⁰ Según el referido Plan, PETROPERÚ ha visto 7 presidentes de directorio, 6 gerentes generales y 9 gerentes financieros en tan sólo 5 años, con una discontinuidad en la estrategia corporativa.

4.1 En el marco del objetivo de mantener la continuidad de las operaciones de PETROPERÚ S.A. como actor estratégico en la cadena de valor del sector hidrocarburos, PETROPERÚ S.A. contrata, dentro de un plazo de noventa (90) días calendario contados desde la vigencia del presente Decreto de Urgencia, a una consultora especializada internacional para que presente un plan de reestructuración, con el objeto de reforzar la gobernanza y la sostenibilidad financiera y de las operaciones de la empresa. Dicho plan es presentado a la Junta General de Accionistas en un plazo máximo que no exceda el 31 de julio de 2023.

4.2 PETROPERÚ S.A. en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la vigencia de la presente norma, presenta a la Junta General de Accionistas, por escrito, su compromiso de realizar las siguientes acciones para garantizar la sostenibilidad de la empresa:

a) En un plazo máximo de cuatro (04) meses, contados a partir de la vigencia del presente decreto de urgencia:

(...)

ii) La presentación de los nuevos objetivos anuales y quinquenales, alineados a la Política Energética Nacional.

b) En un plazo máximo de once (11) meses, contados a partir de la vigencia del presente decreto de urgencia:

i) Modificación del Estatuto Social y demás instrumentos societarios para reforzar los principios de buen gobierno corporativo, acorde con los lineamientos del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE.

(...).

En efecto, estando a dichas disposiciones normativas, el consorcio Arthur D'Little / Columbus MB Latam Inc. elaboró un Plan de Reestructuración para PETROPERÚ, el mismo que fue presentado a la Junta General de Accionistas a mediados del 2023. De la revisión del plan, podemos verificar que incluye un esquema de entregables con cumplimiento de plazos, siendo que cada objetivo se encuentra acompañado de indicadores. El Plan de Reestructuración está conformado por cinco informes: Diagnóstico y propuesta integral, Reforzar la Gobernanza, Sostenibilidad Financiera, Sostenibilidad de las Operaciones y Plan de implementación.

Específicamente para el upstream se recomienda:

- Evaluar y priorizar lotes actuales y con prospecto de adjudicación de acuerdo a sus economías y proximidad con centros de refino.
- Acelerar esfuerzos de entrada en operación de lotes ya adjudicados.
- Fortalecer la gestión social en lotes dentro de zonas de influencia de comunidades.
- Buscar alianzas con empresas internacionales de capacidad técnica y financiera para operación de lotes, limitando aportes de capital propio.
- Plantear alternativas de transporte para lotes ubicados en la Selva Norte.
- Gestionar pasivos ambientales en lotes donde no ha operado previamente.
- Optimizar producción de crudo al orientar esfuerzos hacia lotes de mayor productividad.
- Establecer compromisos con agentes capacitados para la operación de lotes de mayor complejidad técnica.

En esa misma línea, en el año 2024, fueron aprobados los Decretos de Urgencia N° 004-2024 y N° 013-2024, que disponen un encargo excepcional a FONAFE para hacer más eficiente la gobernanza de PETROPERÚ y medidas de austeridad, respectivamente, a fin de preservar la sostenibilidad de PETROPERÚ.

Al 31.12.2024⁷¹, la gestión de PETROPERÚ registró un Avance global de 86% de las Acciones de Reestructuración establecidas para el año 2024.

⁷¹ Según Informe "Rendición de Cuentas de titulares por periodo anual" PETROPERÚ S.A.

2.5 Un necesario balance del desempeño de PETROPERÚ y sus perspectivas

Ahora bien, cuando se hace referencia a la gestión y desempeño de las empresas estatales, casi de manera automática nuestros pensamientos son aplacados por la palabra: ineficiencia y, acaso por todo el rigor del lado crítico que, sin duda, en la mayoría de aquellas, se pudo constatar en los tiempos previos a la denominada liberalización de los mercados y también en períodos posteriores a ello.

En esa línea, el Consejo Privado de Competitividad (2025) publica un artículo en el que David Tuesta, ex director de PETROPERÚ, sostiene, en el marco de la última emisión de bonos realizada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) por US\$287 millones para refinanciar la deuda de la estatal petrolera, que esta decisión es una muestra del grave estado en el que está la empresa y que no existe una perspectiva clara de cuál será la solución para lograr la sostenibilidad de la empresa. A partir de lo señalado, podríamos inferir dos cuestiones relevantes: la primera que es la preocupación de la emisión de bonos, que en estricto sí representa una señal del desempeño económico financiero de PETROPERÚ en el mercado y la segunda que pese a la situación financiera que genera dicha emisión, desde el Ejecutivo se expresa la voluntad política de promover la continuidad en las operaciones de la empresa y evitar el desabastecimiento de combustibles.

Cabe precisar que, la deuda de PETROPERÚ está orientada a cubrir obligaciones financieras que se relacionan con el financiamiento de importaciones y operaciones que de incumplirse afectarían la provisión de combustibles en el país. En este escenario, las proyecciones trabajadas por el MEF en conjunto con la empresa,

plasmadas en el Marco Macroeconómico Multianual 2026-2029, entre otros, contemplan retomar las actividades en los Lote 192 y 64. A la par, se estima que el volumen del refino sería constante, dada la operación a capacidad máxima de la Refinería Talara.

Sin embargo, nos gustaría ir un poco más allá de esta primera lectura, concluiremos más adelante sí justificada o no, que nos causa hablar de empresas estatales y analizar su gestión para identificar los fallos a los que podríamos atribuir aquella ineficiencia. Nos acerca a este propósito, abordar en específico el caso de PETROPERÚ y su gestión, pero también es pertinente para nuestro estudio y los fines del mismo, conocer cómo se desenvuelven otras empresas estatales petroleras en la región, como Ecopetrol, por su relevancia y dificultades para su transformación.

El primer eje central que aborda Paredes, ex presidente del Directorio de PETROPERÚ entre 2019 y 2020, es la falta de transparencia y la cofradía, aludiendo con dicha expresión a un grupo de trabajadores de PETROPERÚ del más alto nivel jerárquico, que había tomado el control real de la empresa, señalando: “La transparencia es el mejor antídoto contra la corrupción y una condición necesaria para la eficiencia y sostenibilidad de las empresas” (2020/2024, p. 67).

Con ello, estaba medianamente claro que, el manejo de información y la toma de decisiones, eran manejados con secretismo y de forma aislada, las decisiones no pasaban por una real evaluación del órgano competente. Agrega Paredes (2020/2024) que, se mostraba una falta de coordinación y de reporte de información al interior de la empresa: entre el Directorio y la Gerencia General, o entre dirigentes

sindicales y trabajadores sindicalizados, así como, con los organismos públicos de control (pp. 68 -72).

Al revisar las decisiones inconsultas con el Directorio, unas podrían mostrarse como poco trascendentes, en términos monetarios y el impacto que causaban en las proyecciones de la empresa, sobre todo para quienes reportaban con toda normalidad, que era un bien o servicio que se necesitaba; sin embargo, cabe recordar el sonado caso de reducción del precio de diésel para contrarrestar una inminente huelga de transportistas, con anuencia de la Gerencia General de PETROPERÚ, en coordinación con el Poder Ejecutivo. Reflexiona Paredes: "...esto se había hecho sin informar a la plana directoral, a pesar de que dicha medida podía reducir hasta en un 40% las utilidades proyectadas de la empresa." Es decir, no solo se trataba de una asimetría de información que pudiera presentarse en una empresa compleja como PETROPERÚ, sino una notoria falta de transparencia. (2020/2024. p. 69)

Echeverry (2023) ex presidente de la empresa petrolera colombiana Ecopetrol, entre 2015 y 2017, permite rescatar una frase muy pertinente para abordar esta falta de transparencia: "la ética crea valor". Señala que, en una empresa de gran envergadura, pública o privada, hay muchas fuentes de riesgos éticos y corrupción. De hecho, al asumir la presidencia en Ecopetrol, empresa que albergaba cerca de 10 mil empleados directos y alrededor de 40 mil contratistas, desde el primer momento se dispuso a querer identificar la corrupción instalada en la empresa y sancionarla. Precisa que, la transformación del comportamiento ético, sin duda, requiere liderazgo, acompañado de una gestión continua y los dispositivos legales necesarios. (pp. 71-76)

Este primer eje sobre la falta de transparencia nos remite a los fundamentos que sostienen la crítica sobre empresas públicas, entre ellos, la mayor discrecionalidad de un gerente de empresa pública para la persecución de sus propios intereses que su contraparte en el sector privado, como por ejemplo: 1) Decidir subir los salarios, para evitar conflictos laborales, 2) Adquirir ciertos bienes o servicios para propiciar un mejor ambiente de trabajo, 3) Tomar decisiones en favor de terceros para evitar conflictos sociales, etc.

Lo anterior, nos aproxima a referirnos sobre la interferencia política, una constante en la gestión de PETROPERÚ. Ello se concretó principalmente en las áreas de recursos humanos y finanzas de la empresa. Lo primero se ha traducido en contar en demasía con trabajadores que no califican para el puesto de trabajo que desempeñan, simplemente por no contar con el perfil técnico requerido para una empresa petrolera, requiriendo muchas veces contratar personal adicional y generando sobrepoblación laboral. En tanto que, lo referente a las decisiones de carácter financiero no solían pasar por un análisis de costo beneficio, con corte técnico que permitiera arribar a la toma de posturas empresariales acertadas que generaran rentabilidad y no más pérdidas.

Así Paredes (2020/2024) confirma por ejemplo que, para iniciar operaciones en la nueva Refinería Talara, PETROPERÚ requería contratar cerca de cuatrocientos trabajadores nuevos, toda vez que, el personal existente no contaba con el perfil para una labor tan específica como lo es el refinado y que, en general había una gran concentración de trabajadores de la tercera edad. Mientras que, quizá en su momento primó la buena voluntad y el querer sacar adelante un proyecto, sin el acompañamiento de un análisis de costo beneficio para apostar por la construcción

de una nueva refinería, proyecto que tuvo un costo muy alto y, que permitiría incrementar la capacidad de refino de 65 mil a 95 mil bdp, sin embargo, aun así, no cubriríamos la demanda interna. Además de generar sobre costos por los esperados retrasos en un proyecto de dicha envergadura y por no contar con la experiencia en construcción de refinerías. (pp. 48-52).

Este último extremo llama nuestra atención, por las observaciones coincidentes que hacen dos ex presidentes de petroleras en la región y que hace validar en cierta medida que, no es un hecho aislado y exclusivo de la gestión de PETROPERÚ, sino que permite conocer las contingencias que sobrevienen en proyectos de dicha envergadura. En efecto, en la construcción de la nueva Refinería Talara, al igual que en la de Reficar en Cartagena, Colombia, se presentaron los mismos problemas en la etapa de construcción y puesta en operación.

En esa línea, Echeverry (2023) comenta que Reficar se venía construyendo hacía cinco años desde que él había asumido la gestión de Ecopetrol. Sentencia, primero fue un infierno, luego un éxito. Ecopetrol y Reficar solo sabían de operación, pero no de diseño ni construcción y el contratista tenía poca experiencia. El costo actualizado de la refinería era de 7 700 millones de dólares, cuando el monto contemplado hacía cinco años era de 4 200 millones de dólares y, ello se atribuyó, al hecho que era complejo que una empresa diseñe, costee y construya, todo a la vez. El Ministerio de Hacienda de Colombia sostenía que no era rentable el negocio de refino, dado que el margen bruto por barril lo calculaban entre 13 y 16 dólares, mientras Ecopetrol sostenía que marcaba 20 dólares y ante ello, la empresa elevó su producción de crudo de 150 bdp mil a 165 mil y otras medidas en costos de

operación, asegurando con ello que Reficar pudiera pagar, por si sola, su inversión y, a su vez, arrojar rentabilidad.

Refiere Echeverry, había que tomar en cuenta que el negocio de la refinería es dinámico, el precio y disponibilidad del crudo cambia constantemente y debían abastecerse constantemente de los mercados internacionales. Tomando como presupuesto ello, había que realizar la configuración de la refinería, optándose por procesar crudos internacionales ácidos, que su socio Glencore contaba, por ser trader en el mercado global. En el año 2008, debido a la crisis mundial Glencore quiso posponer el proyecto, pero el gobierno decidió seguir solo, privilegiando los crudos nacionales. (pp. 95-117)

Sobre la terminación y puesta en marcha de Reficar, en abril de 2015, y dado que el proyecto le costaba 80 millones de dólares mensuales a la empresa, Echeverry señala contestando a las críticas:

“Desde el momento de su encendido, el desempeño de Reficar ha sido objeto de debate en los medios y con la Contraloría; pero ni los unos ni la otra conocen lo que implica encender las más de 30 plantas de una refinería nueva, ponerlas a punto, coordinar su funcionamiento en línea y enfrentar los naturales contratiempos que pueden presentarse” (2023, p. 147)

Echeverry (2023) comenta sobre el lapso de tiempo que toma, lo que pasa a denominar como la curva del aprendizaje y la huella dactilar de cada refinería, refiriéndose a la etapa en la que había que identificar que crudo refinar y otros aspectos técnicos, porque concluye: cada refinería, refina distinto.

Este tiempo de evolución, se evidencia cuando los márgenes de refinación (determinados por una sofisticada mezcla de trading, química y economía) van en

aumento. En efecto, concluye empezaron ganando entre 2 y 4 dólares por barril y 2017, apenas dos años posteriores, alcanzaron los 10 dólares, proyectándose como meta alcanzar el orden de los 13 a 16 dólares por barril. Lo crucial para alcanzar dicha meta, detalla, se encuentra en aspectos relevantes, que pasan por: 1) tener una “dieta” ideal, que dependerá de varios factores como: la disponibilidad de crudos y los precios de compra y venta de los refinados, 2) contar con un equipo de compra de crudos de clase mundial, 3) refinar con eficiencia, incluso sabiendo que algunas plantas pueden parar y no operar y 4) vender en mercados rentables (pp. 148-149).

Hasta aquí, podríamos subrayar que, si bien a lo largo de la historia de PETROPERÚ se ha constatado falta de transparencia y como consecuencia corrupción, así como interferencia política haciendo que se proyecte consecuentemente un resultado ineficiente en su gestión; no es menos cierto que, podríamos permitirnos proponer una generación de valor a mediano y largo plazo, tratando de alejarnos del “mindset” de ineficiencia, haciendo que PETROPERÚ, a través por ejemplo de su moderna Refinería Talara pueda llegar a contar con los requisitos de la fórmula antes expuesta y pueda ser rentable.

Lo contrario implicaría perder lo ya invertido e incurrir en otros sobrecostos. Evidentemente requiere de paciencia, esfuerzo y mucha dedicación, además de contar con el talento humano acompañado siempre de liderazgo, disciplina en el gasto para poder crear valor empresarial y solvencia ética en todo nivel.

En ese escenario, esclarece el panorama lo que sucedía en el mercado petrolero colombiano en el año 2007, había dos opiniones divergentes sobre el valor de Ecopetrol. Sobre ello, apunta Echeverry (2023) se habían marcado dos frentes. El

primer enfoque consistía en mirar hacia adelante: en suma, la visión optimista porque enfatizaba el inmenso valor que podía crear la empresa. Por otro lado, el enfoque que miraba hacia atrás: con una valoración pesimista, atascada en el pasado y alejada de la perspectiva de creación de valor y la competencia en el mercado.

La realidad es que en una ponderación primó la visión optimista y; por tanto, Ecopetrol aprendió a explorar y con ello a crear valor. Finalmente, comenta Echeverry, estuvo bien sacarla a la bolsa y creer que Ecopetrol podía ser una gran empresa, pero faltó la filosofía de pensar como que la empresa fuera de un dueño a quien había que responderle y darle utilidades (pp. 181-185).

Este argumento se entrelaza perfectamente con el que refiere Paredes cuando como parte del diagnóstico de la empresa y su situación financiera concluyó que:

“Y aunque la empresa sería capaz de afrontar el servicio de su deuda, suponiendo que no sufría choques externos negativos importantes en el futuro, el sobreendeudamiento de la empresa repercutía sobre uno de los principales objetivos estratégicos que deberíamos perseguir: la entrada de capital privado a Petroperú.

(...) contar con un principal (un inversionista privado) que arriesgue su dinero en Petroperú, al cual hay que rendirle cuentas, mejoraría sustancialmente la gestión de la empresa y la rentabilidad de la misma (...) (2020/2024, pp. 58-59).

Dichas perspectivas, nos aproximarían a la siguiente reflexión: si bien la empresa pública es considerada como una alternativa a la regulación de los mercados, en escenarios como los mencionados, en efecto, resultaría beneficioso la

concretización de entrada de capital privado, que permitiría hacer las cosas de otro modo, realizar un cambio en el “mindset” de la cultura empresarial implantada, que se internalicen las prácticas de buen gobierno corporativo que conlleven a un clima laboral óptimo, que el lado privado normalice el: “dar cuenta”, pues parecería aún tener relevancia la propiedad de la empresa.

Lo anterior, nos permite retomar la Teoría del principal y el agente. En PETROPERÚ, efectivamente no se rinde cuentas y ello contribuye a la cultura del ocultamiento de información y la falta de transparencia, que conlleva a la corrupción. El problema es que el principal (en este caso los accionistas de la empresa, todos los peruanos, representados por la Junta General de Accionistas o el Directorio) tiene información limitada y su permanencia en la empresa es sumamente corta, mientras que el agente (los gerentes de la empresa) tiene un margen de discrecionalidad muy alto y, si bien reciben instrucciones formalmente de los representantes de los accionistas, se evidencia que su toma de decisiones está gobernada, casi siempre, por la injerencia política y también por sus propios intereses de mantener el “statu quo” en la empresa.

Consideramos que, si se tuviera que calificar con una palabra dicha posición sería: ineficiente y poco rentable para la empresa. Consecuentemente, como concluye Paredes: “La capacidad real de un principal difuso, con las características ya señaladas, para exigir rendición de cuentas a los agentes respecto a la gestión de la empresa es relativamente limitada” (2020/2024, p. 87).

La experiencia colombiana, Ecopetrol, se erige como un caso de éxito en su gestión, precisamente debido a las reformas que se introdujeron para lograr generación de valor empresarial. Acosta Echeverry (2023), la reforma del año 2007 contempló, entre

otras, una modificación de la estructura organizacional de Ecopetrol, pasando a conformarse como una empresa pública por acciones, es decir una empresa con capitales mixtos.

La regulación emitida autorizaba la capitalización de la empresa, a través de la emisión de acciones en el mercado de valores, teniendo como límite el 20%, Ecopetrol no llegó al límite, pero los resultados fueron los mejores, se generó una demanda de 2 500 millones de dólares. En este escenario, el mercado le exigía unas reglas de gobernanza distintas a la de una empresa pública tradicional y que conversaban con la generación de valor empresarial a largo plazo (pp. 180-181).

En este nuevo contexto posterior a las reformas introducidas, Ecopetrol estaba conformada también por accionista privados y eso permitió que primara el fidelizar como eje de gestión: decisión tomada = generación de valor empresarial. Simple de mencionarlo, pero de difícil ejecución, si no se tiene a quien: dar cuenta.

En el contexto de PETROPERÚ, si bien en su momento, con la Ley N° 30130 se autorizó que se incorpore capital privado, fijando como límite el 49%, lamentablemente debido al sobreendeudamiento financiero y su pérdida de grado de inversión, fue casi imposible concretar esta estrategia, si antes no había un rescate financiero, que provenga del Estado, para que pueda lograrse una credibilidad aceptable y una calificación en el mercado financiero que, a su vez, permita estar en una mejor posición en el mercado y ser una empresa atractiva para los inversionistas.

Cabe precisar que, los recursos aprobados con la dación de los decretos de urgencia emitidos por el Poder Ejecutivo en los últimos años (2022-2024), estaban

destinados para capital de trabajo, tal como se especifica en el texto de los mismos, con el objetivo de prevenir un eventual desabastecimiento de combustible.

Era una realidad el sobreendeudamiento de PETROPERÚ, causado principalmente por el proyecto de la nueva Refinería Talara, que se arrastraba sin solución de gestión en gestión. Después de analizarse los márgenes de refino que, aunque bajos, aún eran positivos en comparación con los costos que conllevaba la importación de crudo, se fueron agregando otros problemas de costos no contemplados, relacionados al proyecto mismo y costos de oportunidad por la dilación de la ejecución de la obra, en algunos aspectos atribuidas a la empresa, pero en otros a la contratista.

En este punto, si bien, como lo hemos reconocido, líneas arriba, son decisiones pasadas que se tomaron evidentemente sin evaluar si se generaba valor o no a la empresa, nos convoca una reflexión a posteriori, y está relacionada con una segunda crítica que se hace respecto a las empresas públicas, como alternativa de regulación, y es que: se maneja un esquema de incentivos inadecuado.

En esa línea, Paredes efectivamente al referirse a las lecciones políticas que le dejó el proyecto de la nueva Refinería Talara, sostiene: "(...) la toma oportuna de decisiones en el Estado peruano, incluidas aquellas dentro de las empresas públicas, se ve dificultada por la existencia de una estructura de incentivos perversa: el funcionario que toma decisiones probablemente será investigado y sancionado" (2020/2024, p. 145).

Y así, nos aproximamos a esta ineficiencia atribuida a PETROPERÚ, poco justa. Creemos que, en el punto de la historia en la que se encuentra PETROPERÚ, merece un entorno más favorable, precisamente una gestión más eficiente, pero la

gestión la construye un equipo humano, una empresa es su gente con talento, integridad, con capacidad de manejo de crisis, porque en toda empresa se gestan aquellas. Esta frase de Echeverry, esclarece como manejaron su etapa de crisis: “(...) dejamos de “mirarnos al ombligo” y empezamos a usar comparaciones en todos los segmentos frente a los mejores del mundo.” (2023, p. 200)

Ahora cabe formularnos la pregunta: ¿Es PETROPERÚ una empresa estratégica? Consideramos que hoy no. Lo fue y puede volver a serlo. PETROPERÚ tiene los activos valiosos en una industria petrolera y Perú cuenta con reservas probadas por explotar. Tenemos que empezar a mirar las cosas de otro modo, hacer las cosas de una forma diferente.

Sí, debemos introducir mejoras para enfrentar los desafíos que han acompañado a la empresa por muchos años. Se hace necesario, por ejemplo: un marco regulatorio de organización que incorpore, a nivel de los órganos representativos de la empresa, a técnicos expertos en la materia, que ejerzan su función con dedicación, y no en adición a sus funciones, o incluso considerar a la academia, que precisamente, puedan ver o hacer las cosas de otra manera, darnos permiso, aunque resulte incómodo quizá, a considerar poder contar con consultores de clase mundial, que tienen décadas en el negocio del petróleo, expertos en gestión de crisis, pero que acompañen la gestión.

Además, esta representatividad no debería seguir teniendo un carácter de transitoriedad tan efímero, debe regularse un tiempo de estancia para los miembros del directorio de la empresa. Exactamente, ¿cuántos años?, debería ser materia de discusión. No se puede llegar a conocer y recabar toda la información necesaria de una empresa como PETROPERÚ en un par de meses, esta labor conlleva tiempo,

si se hace de manera responsable, y este carácter efímero no puede sino aportar inestabilidad en los órganos y sus decisiones, cuando lo que se necesita es una toma de decisiones con conocimiento de que cada una de ellas, genera valor para la empresa.

2.5.1. Desempeño económico financiero de PETROPERÚ

El análisis de los factores que afectan el desempeño de PETROPERÚ, nos aproxima a evidencias en la lectura de los resultados financieros de la empresa.

Y es que, el problema del desempeño de PETROPERÚ resulta ser la administración de la empresa, en estricto, la alta rotación de los presidentes del Directorio y de la Alta Dirección, cambios que repercuten en inexorables demoras en el ámbito comercial, operativo y en los portafolios de inversión, que finalmente se traducen en resultados financieros negativos.

En efecto, en la última década, se puede apreciar que se produjeron 14 cambios en la dirección de la empresa. La industria de hidrocarburos es compleja y muy técnica, lo que hace más complicado conocer lo necesario en tan poco tiempo de gestión.

Tabla 3: Directores de PETROPERÚ

DIRECTOR	DURACIÓN	PERÍODO
Héctor Reyes	1A - 6M	09.01.2013 - 24.07.2014
Pedro Touzett	8 M	25.07.2014 – 19.03.2015
German Velásquez	1A - 3M	20.03.2015 - 30.06.2016
Luis García Rosell	1A - 3M	02.12.2016 – 21.03.2018
Javier Atkins	10 M	26.04.2018 – 05.03.2019
Carlos Paredes	10 M	01.05.2019 – 24.02.2020
Carlos Barrientos	1 M	27.02.2020 – 05.04.2020
Eduardo Guevara	1A – 5M	06.04.2020 – 15.09.2021
Mario Contreras	6 M	16.09.2021 – 02.04.2022
Humberto Campodónico	7 M	02.04.2022 – 27.10.2022
Carlos Vives	4 M	09.01.2023 – 24.04.2023
Pedro Chira	10 M	26.04.2023 – 28.02.2024
Carlos Linares	1 M	01.03.2024 – 10.04.2024
Oliver Stark	3 M	12.06.2024 – 10.09.2024
Alejandro Narváez	9 M	08.11.2024 – Actualidad

Elaboración propia. Fuente PETROPERÚ

Esta alta rotación en la Alta Dirección hace que la toma de decisiones en las gestiones, sea un ejercicio que se lleva a cabo con información parcial o, lo que es menos aliciente, que no se toman decisiones operacionales o de inversión oportunas. Los estados financieros reportados que comprenden los años en referencia, muestran un resultado neto: utilidad (pérdida), que refleja el comportamiento de la empresa.

Tabla 4: Resultado Neto PETROPERÚ

Año	Resultado Neto
2023	MMUS\$ (1,064)
2022	MMUS\$ (271)
2021	MMUS\$ 68
2020	MMUS\$ (67)
2019	MMUS\$ 171
2018	MMUS\$ 120
2017	MMUS\$ 185
2016	MMS 177.5
2015	MMS 502.7
2014	MMS (94.9)

Elaboración propia. Fuente PETROPERÚ

De acuerdo a la información reportada en las Memorias Anuales de PETROPERÚ, la pérdida del 2023 se atribuye a las demoras para la entrada en operación de algunas unidades de la Nueva Refinería Talara, derivadas de situaciones imprevisibles del entorno local, pero también de hechos propios a la complejidad del arranque del negocio de refino. Este hecho, a su vez, generó un menor volumen de ventas en el mercado interno y mayor volumen de exportaciones de residual con precios por debajo en relación a la adquisición del petróleo. Asimismo, se registraron pérdidas en el negocio del ONP, dado que no se percibieron ingresos, y ello se atribuye a dos factores: conflictividad social y eventos medioambientales. En tanto que, para el 2022 PETROPERÚ presentó menores ventas por falta de inventarios

debido a factores de liquidez, lo que conllevó también a incurrir en sobrecostos por concepto de importaciones.

Para el 2021, la empresa registró utilidad neta, atribuida a la recuperación de los márgenes de comercialización de diversos productos y menores gastos operativos. En tanto que, para el 2020 la empresa presentó pérdidas debido a la caída de los precios internacionales y también por la disminución de la demanda interna de combustibles líquidos.

En el período de 2019 al 2015 la empresa de manera sostenida registra utilidades en todos los ejercicios, debido a la eficiente gestión operativa desplegada, así como también a las estrategias propias de gestión económica y financiera aplicadas. En efecto, se registraron menores gastos por concepto de provisiones por remediación ambiental en el ONP, el reconocimiento de intereses por parte de la SUNAT, el incremento del volumen de ventas: gasohol, diésel y GLP en el sector vehicular, entre otros.

La lectura de los resultados financieros en los ejercicios comprendidos en el período analizado, evidencia el comportamiento en el mercado de PETROPERÚ, mostrándose pérdidas en los últimos ejercicios, pero también utilidades en otros ejercicios pasados.

2.5.2. En ese camino que correspondería hacer ¿producir o importar?

El panorama descrito de desaciertos y desafíos en la gestión de PETROPERÚ, y estando ante una proyección en la demanda de energía, proveniente del sector de hidrocarburos, con una marcada tendencia al alza, la interrogante es si debiéramos

optar por importar la materia prima. Para poder responder a dicha pregunta, proponemos esbozar algunas premisas.

Si tuviéramos que definir el concepto de lo que es eficiencia, podríamos ensayar la siguiente respuesta. Señala Barrantes: "(...) comprendido simplemente como la ausencia de desperdicio. La eficiencia puede ser productiva, cuando se produce a costo mínimo" (2019, p.6).

Si en el escenario previamente descrito, con aquellas modificaciones de organización de la empresa, nos hiciéramos la pregunta: ¿qué es más eficiente: producir o importar?, la respuesta rápida es que producir es más eficiente. Pero analicemos.

Para Viscusi (2018) en ambos escenarios han sido impuestos límites, tanto a la producción nacional, como a la importación de crudo. Señala que, los límites en relación a la importación se establecieron en parte por temor a una excesiva dependencia del crudo importado. Este escenario, hace que el país dependiente encuentre difícil afrontar los requerimientos de los proveedores foráneos, máxime si consideramos la trascendencia de la materia prima y que podría afectar la seguridad energética. Habría dos razones fundamentales para limitar la producción nacional: la primera sería los incentivos para los productores nacionales de aumentar los precios del petróleo por encima de precios competitivos, mientras que la segunda razón está relacionada con el problema que aparece cuando dos o más empresas comparten derechos sobre la materia prima (p. 687).

Viscusi (2018) refiere el caso en el que la materia prima es gestionada por una sola empresa, la que tendrá que decidir qué tan rápido explotará el petróleo. Si la extracción es rápida entonces la cantidad de petróleo que puede ser recuperada

será menor y el campo entraría en declinación más pronto. Por cada barril que se explota hoy, menos barriles se podrán explotar luego, siendo que estos barriles que se dejan de explotar representan ganancias que se dejarán de percibir. Por otro lado, cuando participan más de dos empresas, se toma en consideración que el petróleo extraído pertenece a la empresa que posee la titularidad de los derechos sobre el recurso, en consecuencia, si el supuesto es que las propietarias son más de dos empresas, todas podrán ejercer sus derechos de explotación y al final la tendencia será que cada una tenga menos opciones, resultando en una extracción que excede el costo social y que ameritará la consecuente necesidad de intervención del Estado para lograr acuerdos (p. 688,692)

Asimismo, Viscusi (2015) explica que existen programas que restringen la importación de crudo a las refinerías, imponiendo un límite máximo tomando como referencia la demanda interna proyectada. Estos programas a la vez que alcanzan su objetivo de restringir las importaciones, consiguen que los consumidores pierdan bienestar. Sin embargo, si bien estos programas afectan a los consumidores, por otro lado, benefician a los productores locales, permitiendo el incremento de la demanda de petróleo local. En suma, se verifica que el Estado presenta razones económicas fundamentales para intervenir en ambos escenarios, tanto en la producción como en la importación de petróleo, intervención que se debiera definir con los objetivos de cada país.

Nuestro análisis, debe considerar además que, el país cuenta con reservas totales de petróleo crudo, de acuerdo con fuentes del MINEM, cercanas a 745 millones de barriles. Sin embargo, en un escenario de producción declinante de manera

sostenida, por diversos factores explicados en el presente estudio, se requiere importar crudo para poder procesarlo y abastecer la demanda interna.

En este contexto, lo que se puede presentar es un escenario de poca certeza. Vásquez define lo siguiente: "(...) una cuestión clave es que existe una relación incierta entre los costos de explotación y los beneficios de los proyectos, dado que no se tiene certidumbre sobre el tamaño exacto de reservas y sobre la evolución de los precios internacionales" (2005, p. 60).

Agrega Vásquez (2005) que, lo anterior determina, por un lado, que: en el mediano y largo plazo, el desarrollo petrolero podría verse impactado por el precio internacional del crudo, si es que éste no llega a cubrir los costos fijos y operativos, condición desfavorable que forzaría a detener la explotación, hasta que se torne rentable. Mientras que, en el corto plazo, las fluctuaciones transitorias de los precios no impactarían sobre la explotación, en razón de que es factible y usual poder generar una capacidad de almacenamiento que permita contar con inventarios que se puedan utilizar en etapas de crisis de precios (p. 60).

Asimismo, Vásquez (2005) señala que un problema frecuente que puede afectar a países en vías de desarrollo, es que no se generen incentivos para explorar sus reservas y atribuye ello, principalmente a la disminución constante en la producción. Analiza este problema desde la teoría de la inversión propuesta por Dixit y Pindyck (1994), identificando que aquellas usualmente se concentran en períodos determinados, como por ejemplo al inicio de la ejecución o desarrollo de operaciones de una empresa, no suelen ser inversiones sostenidas en el tiempo. Y ello se fundamenta en lo que se denomina el valor presente neto (VPN) de la inversión, es decir si haciendo una evaluación de las condiciones del proyecto,

conviene o no invertir. Además, analiza otros criterios propios de la industria, como es la irreversibilidad y el riesgo de las inversiones (pp. 69-71).

En este escenario incierto para atraer inversiones, y ante un contexto regulatorio que no cuente con políticas públicas que permitan reducir significativamente la dependencia del suministro de crudo importado, lo cierto es que, se le impone al país la necesidad de importar materia prima, para asegurar el abastecimiento energético, sin tener la posibilidad de elección y lograr producir, obteniendo un margen de ganancia más alto, a partir de la producción local. El ser dependientes de la importación de crudo, nos somete inexorablemente a la volatilidad de los precios internacionales.

En efecto, de acuerdo al Anuario Estadístico del MINEM, la mirada del 2023, muestra en miles de barriles, la preminencia del crudo importado en las cargas de las refinerías que actúan en el mercado nacional: Talara, Iquitos, Conchan y Pampilla.

Aun así, con carga de crudo importado, en caso de la operación de la nueva Refinería Talara, en su capacidad total, se proyecta que contribuirá a mejorar la situación financiera de PETROPERÚ, debido al incremento de los márgenes propios del refino y, que permitirán obtener un EBITDA que refleje eficiencia en el negocio. Sin perjuicio de ello, la explotación constituye un desafío que el Estado debe afrontar, en el marco de una operación conjunta con la iniciativa privada, como previamente ha sido mencionado. Ello, porque el margen de rentabilidad en dicha fase es el más alto de la industria y, se requiere hacer la curva del aprendizaje en todo lo que comprende la fase de desarrollo de reservas que no se puede postergar.

La industria de hidrocarburos es una industria de márgenes de ganancia. Es decir, en cada segmento de la cadena se puede generar un margen de ganancia por el valor agregado que se introduce al proceso de producción.

En ese orden, si se interviene desde el upstream para la producción de petróleo, se genera un mayor margen dentro de la industria, este beneficio, se traduce en mejoras para la propia empresa petrolera, pero también para el Estado, en término de ingresos por regalías y tributos y, al consumidor porque podría obtener mejores precios. En tanto que, en el downstream, en la producción de combustibles, al ser el refino una actividad multiproducto y que está sujeta a economías de escala, la intervención de la empresa petrolera significaría la suma del margen de refino también. En ambos segmentos, si se deja de producir, se pierde márgenes importantes y al tener que importar se genera una fuga de divisas. En el upstream, además genero gestión ineficiente de los recursos naturales, al dejarlos sin explotar y en el downstream no optimizo el uso de la Refinería.

Sin embargo, nuestra industria petrolera no califica como una productora de petróleo, siendo que nuestra producción nacional actual no llega a superar el orden de los 80 000 bpd y, ello decanta en el ensanchamiento de la brecha que se viene acrecentado entre la producción y la demanda interna, que actualmente bordea los 300 000 bdp.

Este escenario, acentúa nuestra dependencia de la provisión de crudo externo y condiciona nuestra autonomía energética y economía en general. Ello, hace que nuestra balanza comercial de hidrocarburos sea deficitaria, es decir nuestras importaciones en hidrocarburos son mayores a las exportaciones.

Figura 12: Balanza comercial hidrocarburos 2024



Fuente: MINEM. Elaboración: Sociedad nacional de minería, petróleo y energía

Considerando lo anterior, y en un escenario en el que las proyecciones de la demanda de energía en el país presentan una tendencia al alza constante, importar crudo de petróleo significaría seguir acrecentando el déficit de la balanza comercial en el sector hidrocarburos. Solo en el 2024, Perú tuvo un gasto de US\$ 3.918 millones por concepto de importación de petróleo.

En este contexto, de acuerdo al Marco Macroeconómico Multianual 2026-2029, el MEF proyecta afianzar la inversión en hidrocarburos, contemplando una recuperación de la inversión en ambos segmentos del upstream. En la Selva, el Lote 192 retomaría sus actividades de producción y en el Lote 64, se proyectan inversiones para actividades de producción, reacondicionamientos y perforación de pozos de desarrollo, en ambos casos, a partir de 2026. Asimismo, se encuentra previsto que en el Lote 95 se invierta en la perforación de 1 pozo de desarrollo, entre otros, en el segundo semestre del 2025. Es decir, la gestión de los lotes adjudicados a PETROPERÚ, entre otros, forma parte de las proyecciones efectuadas por el Estado y constituye una de las prioridades de la agenda política pública.

Refiere la Evaluación de Competitividad – Estrategia para atraer inversiones en Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Perú, preparada para Perupetro (2016), que la inversión en el upstream ha decrecido en los últimos años y se constata en el número de pozos exploratorios y de desarrollo perforados, como también de la sísmica. Ello, en parte, se puede atribuir, entre otros, a que se presentan complicaciones de infraestructura para poder transportar el petróleo a través del ONP, desde los lotes ubicados en la Selva Norte. En efecto, hay poca certeza respecto de su integridad, por la antigüedad del mismo y atentados constantes que ha sufrido, que hacen parar las actividades por largos periodos, por no tener otro medio alternativo. Agregado a ello, la tarifa se forma tomando en cuenta los costos operativos y mantenimiento que acarrea el transporte, pero que por su poca utilización se encarecen los costos que son trasladados al operador que necesita evacuar el crudo del lote que explota. Este escenario, claramente repercute los volúmenes de la producción, dado que terminan en una contracción de las inversiones proyectadas.

Por ello, se recomienda una estrategia que implica generar mayor certeza de acceso al servicio de transporte de una manera eficiente y un esquema de incentivos que fomente las inversiones en el upstream con unas tarifas que para las petroleras sean rentables.

Asimismo, en este análisis sobre la pertinencia de producir para generar márgenes desde el upstream y lograr acortar brechas en la balanza de hidrocarburos, consideramos importante tener presente lo que menciona Sachs (2001) cuando aborda la investigación sobre lo que se ha denominado: la maldición de los recursos naturales. Bajo este enfoque, países que cuentan con gran cantidad de recursos

naturales tienden a presentar un crecimiento más lento que los países que no cuentan con recursos naturales. Siendo que, es una paradoja que no resulta sencillo de explicarse. Se sabe que, los países que cuentan con recursos naturales suelen ser economías de precios altos y no contemplan la participación de los beneficios que generan la exportación de los mismos en sus economías. Este extremo, nos llama a reflexionar sobre la condición, varias veces abordada en el presente trabajo, de nuestro país, con reservas probadas de petróleo por explotar y las bondades que ello, de ser una realidad, podría aportar a nuestra economía. Desde una primera lectura, de lo que sustenta la investigación acerca de la maldición de los recursos naturales, devendría en una posible conclusión acerca de que efectivamente somos uno de esos países de la región que cuenta con recursos naturales y que podríamos estar inmersos en el inevitable pobre crecimiento, en el sector de hidrocarburos. Sin embargo, consideramos que hay que sacar ventaja de la prospectividad que presenta el país y otras condiciones favorables, sin dejar de tener presente que es imperativo trabajar y desarrollar aspectos cruciales como la infraestructura y mejores condiciones en la contratación que permitan hacer el contrapeso necesario de la incertidumbre que representa una inversión en el upstream.

2.5.3. ¿Cómo podríamos revertir este escenario, acortando brechas en el upstream?

En razón de lo anteriormente expuesto, y en el marco del rol promotor de inversiones que le fue asignado a Perupetro, en el upstream, es pertinente recordar que el país cuenta con 18 cuencas hidrocarburíferas, de las cuáles solo ha desarrollado 5, y es crucial el hallazgo de nuevas reservas. En efecto, hay una

necesidad apremiante de explorar y explotar con la finalidad de reponer nuestras reservas y generan expectativa, según los estudios y estimaciones de Perupetro, las cuencas de Marañón, Ucayali y Madre de Dios, así como el zócalo continental. En dicho escenario, consideramos fundamentales las medidas de fomento de la inversión en el upstream, que Perupetro, en el marco de sus competencias, regula. Entre dichas medidas, podemos mencionar a los Convenios de Evaluación Técnica (CET). Entendidos como instrumentos mediante los cuales Perupetro, en representación del Estado, otorga a una empresa, que muestra interés, la posibilidad de realizar un estudio de gabinete hasta por el plazo de dos años, con la finalidad de que, con el uso de nuevas tecnologías de interpretación, se vuelva a evaluar el potencial hidrocarburífero de áreas donde ya se había tomado información.

De modo que, al finalizar dicho período, la empresa que realizó el estudio tenga un rango preferente para firmar un contrato de exploración. Según Perupetro, desde el 2023 hasta la actualidad se han firmado 17 CETs, de un total de 54 áreas propuestas que contienen basta información y que están comprendidas en las cuencas de Marañón, Ucayali y Madre de Dios, así como en el zócalo continental. Asimismo, constituye una medida de promoción de la inversión en el upstream, las modificaciones relacionadas con la regulación de los procesos de contratación de lotes petroleros. En una ponderación entre fijar unas regalías altas y desarrollar más reservas, se asignó valor a la segunda variable. Las reglas establecen que ya no hay competencia por regalías, sino que se trabaja por programas de trabajo de explotación. Es decir, la consigna es lograr un esquema de incentivos para que la empresa tenga como primera responsabilidad, el producir más.

Además, en aras de asegurar una exploración y explotación eficientes, Perupetro debería tener como prioridades: tener una participación activa durante el período de los CETs que se hubiera firmado, simplificar trámites administrativos para la firma de contratos de licencia y ampliar la vigencia del contrato en correlación a las reservas por explotar.

Lo anterior se torna imperativo, en un contexto regional que ofrece muchas posibilidades para los inversionistas y que genera un deber de competir para lograr atraer inversiones al país.

En esa línea, Arthur D'Little en su Evaluación de Competitividad – Estrategia para atraer inversiones en Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Perú, señala que la concentración de grandes recursos hidrocarburíferos y la percepción de un elevado potencial exploratorio, son el factor determinante en la atracción de inversiones, pero otros factores pueden afectar la confianza e interés de los inversionistas. En general, se asume que los intereses de los inversionistas se mueven en relación a ciertos ejes como: prospectividad, términos contractuales y estabilidad institucional/política. Brasil y Colombia aparecen como los países con mayor atractivo en general, mientras que México, Brasil y Argentina con mayor prospectividad. En el caso de Perú, si bien su potencial hidrocarburífero es menor, se percibe como una plaza que ofrece términos contractuales y contexto de negocios favorable para la inversión.

En ese contexto, en el que se necesita ser más competitivo para atraer las inversiones para el upstream, el fortalecimiento de las Agencias encargadas de los procesos de contratación, también constituye un elemento clave. Señala el estudio en referencia, que la ANP en Brasil y ANH en Colombia, han generado resultados

positivos en términos de atracción de inversiones y desarrollo del sector, por su nivel de autonomía.

Asimismo, a nivel global, en el mercado petrolero se debe mirar la orientación que marcan ciertas tendencias como:

- Variación de los términos según el tipo de recursos y proyectos: plazo, compromisos.
- Tipo de empresas a participar: negociación directa o reserva de determinados lotes, además de los concursos.
- Extensión/prórroga de los contratos: plazos flexibles para recursos específicos o extensión de plazo y períodos adicionales.
- Aumento de la disponibilidad de información de hidrocarburos: inversiones de agencias encargadas de la promoción, iniciativas conjuntas estado/privados.
- Promoción proactiva de oportunidades (roadshows y diálogo permanente con operadores e inversores)
- Facilidad y calidad en el acceso a la información técnica y comercial.

Resulta también interesante, lo que la Evaluación en mención señala sobre la percepción de empresas que han participado en el upstream del país o han mostrado interés en hacerlo. Se resalta dos factores que hacen atractivo el querer invertir: el potencial hidrocarburífero y un marco económico e institucional estable y con reglas claras. Sin embargo, también frena otras inversiones la percepción que implica tener áreas en donde el país presenta problemas en relación con: aspectos sociales y ambientales, la falta de infraestructura y la falta de información técnica

disponible y los términos fiscales y regalías. Sobre este último extremo, se sugiere el establecimiento de un esquema de regalías acorde con las condiciones de mercado y la prospectividad, que finalmente incentive la producción. En tanto que, para la obtención de permisos ambientales se propone reducir los plazos, prescindir de los que no aportan valor agregado en la actividad e introducir el concepto de ventanilla única para todos los permisos. En su caso, la variable de conflictividad social requeriría más presencia del Estado, a través de Perupetro, así como el uso eficiente del canon para la atención de las necesidades de la población aledaña.

Asimismo, constituye una variable importante la disponibilidad de información técnica, que es manejada a través de un banco de datos. Sobre este acceso a información relevante, las tendencias a nivel global apuestan por una accesibilidad de información con valor agregado e inclusión de tecnologías a la altura de la industria y sus avances. En el caso de la base de datos de Perupetro, se considera que la información es poca, la sísmica presenta baja resolución, se registra pocos pozos exploratorios, en consecuencia, se recomienda incorporar mayor información técnica disponible en relación a las áreas objeto de interés de inversión.

A manera de conclusión, podríamos señalar que, a través del tiempo, si bien el mercado nacional de hidrocarburos ha logrado concretar inversiones importantes, solo se ha alcanzado explotar una parte de las reservas que presenta el sector. Consecuentemente, la exploración y las reservas han decrecido, haciendo que la producción se encuentre en una marcada declinación.

En ese escenario, y dado que el mercado de hidrocarburos nacional constituye una plaza que atrae interés de los inversionistas, pero tiene ciertas desventajas competitivas a nivel regional, es que debemos trabajar en esas falencias que

presenta el sistema contractual petrolero, que vendría a ser la concreción para que las inversiones se llegaran a realizar de manera exitosa para ambas partes.

Finalmente, el Estudio respecto la participación de PETROPERÚ en el upstream, señala que su intervención tendría que ser eficiente, entendida como que no pueda representar una disminución del atractivo de la inversión privada por entrar al mercado nacional y que la empresa estatal compita en las mismas condiciones que la privada para acceder a los lotes.

2.5.4. Necesidad de empresa estatal.

En el escenario descrito en el que el Estado despliega su rol promotor y de fomento, con la finalidad de acortar el marcado déficit en la balanza de hidrocarburos, sostenemos que, además, es necesaria la intervención de la empresa estatal.

En efecto, por un lado, el Estado interviene como promotor de actividades con la finalidad de satisfacer el interés público. Pero también, el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 60 de la CPP, habilita al Estado para desarrollar actividad empresarial, bajo las condiciones establecidas en dicho articulado, enmarcadas en nuestro régimen económico. Es decir, el Estado ostenta una potestad pública imperativa que se despliega a través de su rol de regulador y de fomento, pero también el Estado puede actuar como agente económico.

En ese rol de agente económico, el Estado interviene con la finalidad de ofrecer a la sociedad un bien o servicio requerido. En el caso del sector de hidrocarburos, es obligación del Estado el garantizar la seguridad energética.

Ahora bien, en el segmento upstream, los lotes petroleros han estado adjudicados a la iniciativa privada durante décadas; sin embargo, no se ha logrado revertir la caída de producción, hecho que ha desencadenado en el ya mencionado déficit de la balanza de hidrocarburos y condiciona la seguridad energética del país. Nos hemos detenido en un escenario de producción declinante, mientras que la demanda se encuentra en marcado ascenso. En este extremo, el rol de fomento atribuido al Estado, a través de Perupetro, es fundamental para garantizar la seguridad energética de la Nación, a través de la participación de la iniciativa privada en alianza con la empresa estatal, asegurando las inversiones necesarias y el desarrollo de programas que aseguren poder revertir este contexto.

Por otro lado, el rol subsidiario del Estado, se sustenta en la teoría de la ventaja comparativa, que postula, que un agente económico debe dedicarse a la actividad que puede desarrollar, por diversos factores, mejor que otro agente. En la industria de los hidrocarburos, resulta que, la provisión de energía para zonas alejadas, si bien es beneficiosa para dichas zonas, tienen una barrera de entrada muy alta, porque el negocio no es rentable y es muy probable que ningún agente privado ingrese a ese negocio, entonces el Estado debe intervenir. Aquí, es claro el mandato. Sin embargo, en el segmento del upstream, parecería no aplicarse dicha teoría, desde que como país que cuenta con reservas probadas, no debería ser un tema de elección si producir o no producir. Quizá, sí, la pregunta sería que estilo de gestión debemos de fomentar para lograr acrecentar nuestra producción. Consideramos que una gestión de equilibrio entre la iniciativa privada y la empresa estatal, resulta acertada.

En esa línea, el Marco Macroeconómico Multianual 2026-2029, proyecta recuperar la inversión tanto en exploración como explotación de hidrocarburos. Y para ello, considera la gestión de lotes petroleros adjudicados a la empresa petrolera estatal, a partir de 2026. Asimismo, se encuentra previsto inversiones respecto a lotes adjudicados a la empre privada, en el 2S del 2025. Dichas previsiones económicas, prevén un equilibrio en la participación de la empresa pública y privada, orientado a un estilo de gestión mixto.

Este escenario, se condice con la Teoría de la regulación, que sostiene que puede existir más de una forma de intervenir en el mercado. Y el análisis sobre la pertinencia de intervenir, se deberá realizar por cada caso, para que de esta forma se cumpla con los objetivos propuestos. Deberá realizarse un análisis que evalúe los efectos de la intervención, teniendo como resultado que los beneficios sean mayores a los costos en los que se incurrirá.

Entonces, en el caso concreto del mercado de hidrocarburos, se requiere determinar los efectos de intervenir en la industria petrolera mediante una empresa pública y, sí se genera beneficio para la sociedad a través de dicha intervención.

Barrantes sostiene que:

“La empresa pública puede justificarse en aquel contexto en donde la empresa privada no tiene incentivos para suministrar un servicio, sea porque requiera significativos costos hundidos o porque cuya rentabilidad *ex ante* no satisfaga las expectativas de rentabilidad de un negocio privado. Entonces, en aras de satisfacer la demanda se crea una empresa pública. De esta manera, en lugar de financiar a través de un subsidio a una empresa privada para que tenga incentivos de invertir en el mercado, el Estado asume

directamente la tarea de ofrecer los servicios. Esta justificación es consistente con el denominado “rol subsidiario del Estado” (2019, p. 37).

Como se expuso previamente, estaría justificada la intervención del Estado en zonas alejadas de la Selva, las cuáles no son atractivas para actuación de los privados. En este caso, es claro que la rentabilidad esperada por un inversionista privado no es la mejor y no invertirá. En su lugar, deberá intervenir el Estado respondiendo a lo que se denomina una rentabilidad con corte social.

Finalmente, sería válido preguntarnos qué pasaría si no estaríamos en el escenario actual y sería posible considerar migrar, de forma segura, hacia otras alternativas en el mercado energético. La Agencia Internacional de Energía señala que, si bien el consumo mundial de petróleo alcanzó un máximo histórico en 2023, se prevé que la dependencia del petróleo se reduzca aún más en los siguientes años, a nivel global, dando paso a energías limpias. En ese contexto, la Agencia, prevé un pico en la demanda mundial de petróleo antes del final de esta década. Sin embargo, aún se muestra gran incertidumbre acerca de la velocidad con la que disminuirá la demanda, hecho que impone a las petroleras a tomar decisiones realmente arriesgadas en cuanto a la inversión en exploración y producción, decisiones que pasarán a afectar la seguridad del suministro de petróleo. Lo inevitable será que, se genere una concentración del suministro mundial de petróleo en unos pocos países, hecho que causaría preocupación sobre la seguridad del suministro, y las interrupciones sin duda irían en aumento.

La Agencia Internacional de Energía sostiene que, reducir la dependencia de los combustibles fósiles mediante el fomento de soluciones energéticas limpias, es la forma más eficaz para que cualquier gobierno mejore la seguridad energética,

logrando minimizar en paralelo, la exposición a la volatilidad del mercado petrolero global. Sin embargo, también reconoce que el camino hacia una economía de energías limpia podría no ser sencillo, y el consumo de petróleo no desaparecerá de un momento a otro.



CAPÍTULO III: LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN EL MERCADO DE HIDROCARBUROS EN LATINOAMERICA.

A partir de lo analizado en los dos capítulos precedentes, ahora reviste importancia revisar otras regulaciones a nivel de Latinoamérica, con el propósito de recoger experiencias que contribuyan a revelar el enfoque de la participación de la empresa estatal en mercados latinoamericanos, para contrastar dichas experiencias con la actuación del mercado nacional de hidrocarburos, en el cual viene convergiendo lo estatal con lo privado, marcando una tendencia distante de lo que se entiende por actuación subsidiaria del Estado.

Esta revisión de experiencias foráneas, finalmente nos permitirá aclarar ciertas presunciones que datan de hace mucho, a nivel global, respecto la ineficiencia de las empresas estatales y, nos llevará a proponer fórmulas jurídicas y estrategias que acompañen a aquellas, a partir de nuevas perspectivas, en relación a la intervención de la empresa estatal en el upstream. Todo ello, en búsqueda de una importante sostenibilidad en la producción de petróleo, apuntando a cubrir nuestra demanda nacional y otros beneficios a nivel país.

3.1 Latinoamérica y la producción de petróleo.

En un panorama de transición global hacia energías más limpias y, ante los sucesos ocurridos en relación a la producción de petróleo en Rusia, así como el contexto de inestabilidad en Oriente Medio, emerge en el mercado energético global una América Latina con reservas energéticas importantes. En ese marco energético global, empresas petroleras latinoamericanas como Petrobras, Pemex, Ecopetrol e

YPF continúan siendo un pilar fundamental en sus economías; sin embargo, también es importante anotar su necesaria adaptación a los desafíos propios de una transición energética, que marcará una demanda específica de crudo en los próximos años y décadas. En el marco de esta adaptación, en la región, de acuerdo a cifras de la Agencia Internacional de la Energía, Petrobras se ha posicionado como el mayor productor de petróleo en América Latina, en el año 2024, logro que le ha permitido consolidar su posición en el mercado energético global, para ese período, con un séptimo lugar.

Como lo deja saber Fontaine (2009) en materia de hidrocarburos, Latinoamérica a nivel global, cumple un rol complementario. Cuenta con reservas de petróleo probadas aproximadas de 10,74% respecto las reservas mundiales. En esa línea, la Agencia Internacional de la Energía apunta que la producción petrolera global al 2028, se estaría incrementando en 5,8 millones de barriles diarios y, alrededor de una cuarta parte de aquella producción, sería de América Latina.

3.2 Petroleras estatales latinoamericanas según modelo económico adoptado

Nuestra Constitución Política del Perú de 1993 regula un régimen de Economía Social de Mercado, en el cual el Estado, por mandato constitucional actúa de manera subsidiaria a la inversión privada. Con este modelo económico de mercado, adoptado a nivel constitucional, se define la línea que debe seguir la actividad empresarial del Estado.

En Latinoamérica como lo hace notar De Quinto (2010), se podría clasificar: por un lado, las políticas de los gobiernos populistas, entre ellos, Bolivia, Cuba, Ecuador y

Venezuela, países en los que se defiende la empresa pública y; por otro lado, los gobiernos de línea neoliberal como Colombia, Chile, México, Perú, Brasil y Uruguay, países más bien partidarios de una actuación concurrente de lo estatal y lo privado, en el marco de una regulación eficiente. Añade el autor que, a cada línea de gobierno adoptada, además, se debe tomar en consideración la realidad nacional de cada país que es distinta en cada caso y, se forma en base a su desarrollo económico, el porcentaje del PBI nacional que representa el desarrollo de determinada industria y la demanda que haya de tal o cual producto. Asimismo, agrega que, se tendrá que analizar si determinado país es gran o pequeño productor, en este caso particular de hidrocarburos, si es exportador o importador neto, refiriéndose en este punto que, producción y exportación no están necesariamente correlacionadas, al menos en Latinoamérica. (pp. 579 – 590).

Entonces en esa línea, según el régimen constitucional instituido y la realidad nacional de cada país, las políticas públicas orientadas a la regulación de cada industria o sector, finalmente van a diferir en cada país, y lo que puede ser eficiente para una economía, podría no serlo en otra.

3.3 Análisis comparativo del marco constitucional latinoamericano respecto a la industria de hidrocarburos.

Resulta muy valioso para el presente trabajo de investigación hacer referencia a la experiencia comparada, con el propósito de revisar modelos de regulación en cuanto a la intervención estatal en el mercado de hidrocarburos, y analizar, en caso existe, el equilibrio que existe entre la iniciativa privada y lo público.

En primer término, debemos señalar que, el ordenamiento jurídico peruano es el único que incorpora de manera expresa el principio de subsidiariedad. En contraste, en el caso de las Cartas Fundamentales Latinoamericanas que pasaremos a analizar, encontramos regulación acerca de cómo participa la empresa estatal en el mercado; verificándose que, en algunas de ellas existe regulación expresa respecto de sectores estratégicos (entre ellos las actividades relacionadas al petróleo), en los que se le reserva la actuación exclusiva al Estado y se llega a extender dicha exclusividad para toda la cadena de hidrocarburos, que va desde la exploración hasta la distribución minorista.

3.3.1. Casos en la experiencia comparada latinoamericana: Colombia, Chile, Ecuador, México, Argentina y Brasil

En primer término, nos interesa resaltar como en la regulación constitucional comparada a nivel de Latinoamérica, se encuentran presentes categorías jurídicas comunes, desde la lectura de las primeras disposiciones constitucionales, entre ellas, interés general, bien común, y el corte social en la organización del Estado que prima en ellas. Así, la Constitución colombiana pasa a definir a Colombia como un Estado social de Derecho que se funda en los valores de la persona y la prevalencia del interés general. En la Constitución chilena, al igual que en la Constitución peruana, se apertura el articulado teniendo como eje la defensa de la persona humana, introduciendo la categoría jurídica del bien común como fin último que persigue el Estado. Por su parte, la Constitución ecuatoriana define a Ecuador como un estado constitucional de derechos y justicia, además social, adelantando

que el petróleo se constituye un recurso de dominio del Estado. Para mejor apreciación, citaremos las disposiciones en referencia:

La Constitución Política de Colombia de 1991 define en su artículo 1° que:

Artículo 1°. Colombia es un Estado social de Derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.

Por su parte, la Constitución de Chile de 1980 dispone en su artículo 1° que:

Artículo 1°.

(...)

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

(...).

En esa línea, la Constitución de Ecuador en su primer artículo dispone que:

Artículo 1°. El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

(...)

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

En adelante, se observa en las constituciones latinoamericanas revisadas una posición muy clara respecto a la protección del medio ambiente, postulando que, se debe garantizar como política estatal fundamental, en plena concordancia con el respeto al derecho de las personas, a gozar de un medio ambiente sano. Y ello, se desarrolla en estrecha interacción con las normas constitucionales referidas a la

disposición y aprovechamiento del petróleo. En ese sentido, se busca obtener los beneficios derivados de la explotación de los recursos naturales, pero de la mano con una política pública de protección del medio ambiente, que no interfiera en el desarrollo sostenible de la economía del país, por las restricciones que se pudieran imponer.

De la mano con lo anterior, y en caso se hubieran ocasionado daños en el medio ambiente, se dispone que, corresponde al Estado determinar las consecuencias jurídicas que correspondan; así como, requerir las reparaciones en relación a los mismos. En este extremo, nos interesa resaltar que, si bien existe una regulación a nivel constitucional y responsabilidades asignadas, respecto de cómo se reparan daños causados al medio ambiente, en la práctica ello pareciera difícil de aplicar, ya que los conflictos sociales generados por una explotación irresponsable, son frecuentes y, ni el Estado ni las empresas privadas, que deciden invertir en las actividades productivas que implican explotación de recursos naturales, parecen controlar los daños causados. En esa línea, se leen disposiciones como las siguientes:

La Constitución colombiana en su artículo 79° dispone que:

Todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo. Es deber del Estado proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.

Prosigue en su artículo 80° estableciendo que:

El Estado planificará el manejo y aprovechamiento de recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución.

Además deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados.

Asimismo, cooperará con otras naciones en la protección de los ecosistemas en las zonas fronterizas.

Y a continuación en su artículo 332° dispone que:

El Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes.

Por su parte, la Constitución chilena dispone en el inciso 8 del artículo 19° que:

Artículo 19°. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

8°.- El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente.

El artículo 14° de la Constitución ecuatoriana dispone que:

Artículo 14°. Se reconoce el derecho de la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*.

Se declara de interés público la preservación del ambiente, la conservación de los ecosistemas, la biodiversidad y la integridad del patrimonio genético del país, la prevención del daño ambiental y la recuperación de los espacios naturales degradados.

Prosigue en el artículo 317° y dispone que:

Artículo 317°. Los recursos naturales no renovables pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del estado. En su gestión, el estado priorizará la responsabilidad intergeneracional, la conservación de la naturaleza, el cobro de regalías u otras contribuciones no tributarias y de participaciones empresariales; y minimizará los impactos negativos de carácter ambiental, cultural, social y económico.

En tanto el artículo 41° de la Constitución argentina dispone que:

Artículo 41°. Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley (...).

En cuanto a la regulación constitucional del régimen económico, los textos revisados proponen una relación equilibrada entre Estado, sociedad y mercado, inciden en las categorías jurídicas de libre iniciativa privada, pluralismo económico y libre competencia, todas ellas orientadas al bien común y teniendo como límite el interés social.

Cabe resaltar la regulación chilena, que termina siendo similar a la peruana cuando recoge el concepto de autorización legal para que el Estado realice actividad empresarial. En efecto, la constitución chilena, dispone que el Estado y sus organismos podrán realizar actividad empresarial, debidamente autorizados por ley, dejando claro el tratamiento igualitario con respecto a los privados. Es decir, no es una habilitación directa, porque para que el Estado chileno pueda realizar actividad empresarial tiene que cumplir con las autorizaciones requeridas por ley.

Así también, se verifica que, los ordenamientos constitucionales revisados contienen disposiciones habilitantes de reserva, para la gestión por parte del Estado de sectores denominados estratégicos, como es el caso de Colombia que, lo justifica por razones de soberanía o interés social. Ecuador define como sector estratégico y, por tanto; con reserva exclusiva para el Estado, entre otros, el refino

de hidrocarburos. La lectura de estas disposiciones constitucionales, nos permite inferir que en estos países se admite la actividad empresarial del Estado.

Por su parte, tanto Chile como México exceptúan a los hidrocarburos del régimen de concesiones, estableciéndose que la explotación de los hidrocarburos líquidos o gaseosos la ejecutará directamente el Estado o sus empresas (dejando establecido que las funciones que ejerce el Estado en los sectores estratégicos no constituyen monopolios). En tanto que, en la normativa constitucional argentina no hay regulación específica de los hidrocarburos y petróleo. Y en Brasil, se lee de manera concordada dos disposiciones: primero se establece que el desarrollo de una actividad económica por parte del Estado, se permitirá en temas como el interés colectivo o seguridad nacional y, seguidamente se establece que la exploración, explotación, refinación y transporte del petróleo constituyen actividades de monopolio del Estado.

En esa línea, pasaremos a revisar los textos constitucionales aludidos precedentemente, en los que se recogen figuras jurídicas enmarcadas dentro de un sistema constitucional adoptado y, que queremos resaltar para efectos de nuestra investigación:

La Constitución colombiana en su artículo 333° establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos sin autorización de la ley.

(...)

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Por su parte el artículo 334° señala que:

La dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano.

(...).

En tanto el artículo 365° señala que:

(...) Si por razones de soberanía o de interés social el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra Cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Por otro lado, en el inciso 21 del artículo 19° de la constitución chilena se dispone que:

Artículo 19°. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado.

Asimismo, el inciso 24 del artículo 19° señala que:

Artículo 19°. La Constitución asegura a todas las personas:

(...)

24°.-

(...)

El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las minas, comprendiéndose en éstas las covaderas, las arenas metalíferas, los salares, los depósitos de carbón e hidrocarburos y las demás sustancias fósiles ...

Corresponde a la ley determinar qué sustancias de aquellas a que se refiere el inciso precedente, exceptuados los hidrocarburos líquidos o gaseosos, pueden ser objeto de concesiones de exploración o de explotación.

(...)

La exploración, la explotación o el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas, o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo.

(...).

El artículo 283° de la constitución ecuatoriana dispone que:

Artículo 283°. El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir.

El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine (...).

Prosigue con el artículo 313° el cual dispone que:

Artículo 313°. El estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia.

Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.

Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.

En tanto el artículo 315° del texto constitucional en referencia dispone que:

Artículo 315°. El estado constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos, la prestación de servicios públicos, el aprovechamiento sustentable de recursos naturales o de bienes públicos y el desarrollo de otras actividades económicas (...).

Por su parte, el artículo 25° de la Constitución mexicana dispone que:

Artículo 25°.

(...)

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga esta Constitución.

(...)

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de ... la exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la Nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución.

(...).

El séptimo párrafo del artículo 27° de la constitución en referencia dispone que:

Artículo 27.

(...)

Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley Reglamentaria (...).

El artículo 28° de la constitución mexicana dispone que:

Artículo 28°.

(...)

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: ... la exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, en los términos de los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución, respectivamente ...

(...).

En esa línea, el artículo 173° de la constitución brasileña, que forma parte del Capítulo referido a los principios generales de la actividad económica establece que:

Artículo 173°. Salvo lo dispuesto en esta Constitución, la explotación directa de una actividad económica por parte del Estado sólo se permitirá cuando sea necesario a los imperativos de la seguridad nacional o el interés colectivo pertinente, tal como lo define la ley (...).

Y finalmente el artículo 177° de la constitución en referencia establece que:

Artículo 177°. Son el monopolio de la Unión:

I- la exploración y la explotación de campos de petróleo y gas natural y otros fluidos de hidrocarburos;

II- refinación del petróleo nacional o extranjero;

III- la importación y exportación de bienes y productos básicos que resultan de las actividades previstas en los artículos anteriores;

IV- envío petróleo crudo de origen nacional o aceite básico producido en Brasil, así como el transporte a través de tuberías, petróleo crudo, gas natural y derivados de cualquier origen (...).

De la revisión efectuada a los textos constitucionales latinoamericanos antes mencionados, se cae en cuenta que, en la regulación constitucional peruana, si bien existe un capítulo destinado a la protección del medio ambiente y los recursos naturales, no hay mención expresa al petróleo o hidrocarburos en general. Asimismo, sobre la política nacional ambiental tampoco se regula en extenso, a diferencia de la experiencia comparada. Es importante, además que, en la

normativa peruana, y ante la posible ocurrencia de afectación de derechos fundamentales relacionados a la explotación de recursos naturales, debería converger una regulación que aborde de manera concatenada la reparación de daños causados al derecho de gozar de un medio ambiente equilibrado, daños económicos, entre otros, tanto a nivel constitucional, pero también administrativo, civil y penal. Este marco regulatorio, se traduce en seguridad jurídica para las inversiones en el upstream de hidrocarburos, que se pudieran realizar en el territorio peruano.

3.3.2. Caso Petrobras - Brasil

Como mencionáramos en el presente capítulo, en la región, Petrobras se ha logrado posicionar como el primer productor de petróleo, confirmando con ello, su papel fundamental en el mercado energético global. En el marco de una transición energética, Petrobras ha sabido responder a la demanda del mercado energético, equilibrando la producción del petróleo junto con inversiones en energía más limpias. Agregado a ello, la explotación de petróleo en aguas profundas y hallazgos submarinos importantes marcó un hito en su desempeño, que, a su vez, se desarrolló de una manera eficiente y rentable, dado que la emisión de CO₂ por barril producido, era menor en comparación con la media global.

En este contexto, de acuerdo a fuentes de la Agencia Internacional de la Energía, en la presente década, Brasil será el principal protagonista del boom petrolero que vive América Latina, liderando una nueva etapa de producción de petróleo en la región. A este nuevo posicionamiento de Brasil, se le suma que, la era liderada por

países como Venezuela, México, Ecuador y Colombia, quede relegada en el mercado global.

3.3.3. Caso Ecopetrol

Ecopetrol es una de las empresas petroleras más grandes de América Latina, con una participación estatal importante y fuente de ingresos en la economía colombiana.

Echeverry (2023) señala que Ecopetrol en los últimos años, ha tenido una política de recorte de costos importante, que la ha colocado por encima de otras petroleras a nivel internacional y que, en buena cuenta los objetivos trazados, han pasado por optimizar la exploración y explotación para que de esta manera pueda producir barriles eficientes. En esa línea, Otis (2012) comentaba sobre las declaraciones de la directora financiera de Ecopetrol, quien manifestaba que no serían una empresa estatal tradicional porque se proponían gestionar con objetivos comerciales que finalmente buscaban lucrar.

Bellorin (2012) apuntaba que el principal reto de Colombia era dirigir sus políticas del sector a incrementar sus reservas de petróleo y, para ello era necesario captar inversiones, que sólo se lograrían captar con un régimen fiscal y contractual flexible y un régimen institucional estable. Sin embargo, con el gobierno de Gustavo Petro se marcó un cambio importante para la petrolera, toda vez que, en el marco de una transición energética inminente, se ha priorizado la inclusión de energías más limpias a su matriz energética.

3.4 Caso PETROPERÚ en el upstream y el necesario enfoque de adaptación del principio de subsidiariedad

Habiendo revisado la experiencia constitucional comparada, respecto del rol empresarial del Estado, en la que no se contempla el principio de subsidiariedad, sino que más bien hay un equilibrio entre Estado, sociedad y mercado, o en otros casos, existe reservas exclusivas de actuación estatal para actividades denominadas estratégicas, como es el caso de los hidrocarburos, nos permite retomar nuestro análisis del principio de subsidiariedad, y darle una nueva lectura.

Decíamos en el primer capítulo de la investigación que, en la evolución histórica del principio de subsidiariedad, desde la dación de las encíclicas pontificias se postulaba un equilibrio de la esfera pública y la privada, entendiéndose al Estado como un orden mayor, que sólo debía intervenir en el orden inferior, en el que se desenvolvían los individuos, cuando estos no podían resolver alguna situación. Este fue el precedente inmediato, de lo que hoy recoge nuestro ordenamiento jurídico sobre el principio de subsidiariedad y que, en la actualidad la doctrina dominante entiende como un principio que delimita por un lado el nivel de intervención del Estado en lo económico y social de una sociedad y; por otro lado, el campo de gestión por parte de los particulares a través de la empresa privada. Este principio, como se mencionaba, reclama proporcionalidad de la actividad estatal en su accionar, ya que el Estado debiera, de acuerdo a criterios de oportunidad y conveniencia nacional y, atendiendo a los intereses generales de una sociedad, determinar su actuación exclusiva o en concurrencia con los privados, con respeto a la regulación constitucional.

Sin embargo, la Constitución Política del Perú de 1993 parece recoger la visión clásica del principio de subsidiariedad, que como se señalaba en el capítulo primero, pareciera que ordenara la abstención de la actividad empresarial estatal, concretándose así, lo que la doctrina denomina la fase negativa del principio de subsidiariedad y, entonces parecería restar importancia al papel que puede desarrollar el Estado con su actividad empresarial, en este caso en el sector de hidrocarburos.

3.4.1. Actividad de PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos no vulnera el principio de subsidiariedad

Ahora bien, habiendo estudiado el principio de subsidiariedad en sus diferentes niveles, en el primer capítulo de la presente investigación, es posible distinguir dos supuestos claros que se podrían presentar respecto la actuación empresarial del Estado aplicada en el mercado de hidrocarburos.

Como ya mencionáramos, la Constitución Política del Perú de 1993 recoge positivamente el principio de subsidiariedad, introduciendo el concepto de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado frente a la actividad privada, quedando atrás lo regulado en la Constitución de 1979, en la que se disponía la actuación empresarial del Estado peruano, habilitándolo a una actuación abierta en la economía del país y posibilitando la intervención estatal para alcanzar los objetivos de desarrollo.

Dada la secuencia normativa podríamos encontrarnos frente a dos supuestos: el primero en el que una empresa estatal ingresa al mercado de hidrocarburos

abastecido por empresas privadas, y el segundo en el que la empresa estatal se encuentra en el mercado desarrollando sus actividades y surge una regulación que recoge el principio de subsidiariedad.

En el caso de PETROPERÚ, nos encontramos en el segundo escenario, la empresa estatal inicia operaciones de manera previa al cambio normativo, siendo que el Estado habría incurrido en inversiones y costos hundidos, que sin duda hacen necesaria una evaluación más estricta de costo beneficio, en relación al uso de los activos del Estado.

En efecto, el segmento upstream es intensivo en capital y tecnología de punta, en la medida que se demanda fuertes inversiones en recursos específicos cuyo retorno se encuentra sometido a variables de riesgo vinculadas al hallazgo, la magnitud respecto las reservas y a la variabilidad de los precios internacionales del petróleo. De ahí que, en este segundo escenario se hace necesario evaluar con mayor detenimiento la participación de la empresa estatal PETROPERÚ en el mercado de hidrocarburos.

Por su parte, la Nueva Refinería Talara, en buena cuenta, materializa la evaluación de la inversión que ha venido realizando el Estado de manera conjunta con la adopción de determinadas políticas públicas en el sector. Ello, aunado al proyecto para la modernización y operación del Oleoducto Norperuano, se presentan como los equipamientos que permitirían lograr un aumento en la producción de hidrocarburos y, de esta manera, se pueda consolidar la producción nacional. Consideramos que, teniendo el activo de la Refinería y el Oleoducto Norperuano, la

participación de PETROPERÚ en el upstream, deviene en necesaria y no vulnera el principio de subsidiariedad.

Asimismo, la intervención de PETROPERÚ en las actividades de exploración y explotación cierra el objetivo de consolidar la producción nacional que; de otro modo, se tendría que seguir importando crudo y, con lo cual se asegura una integración vertical en la línea de negocio y su consecuente rentabilidad, para que sea sostenible en el mercado.

De lo analizado, se advierte que, el principio de subsidiariedad no es absoluto y debe ser evaluado junto con otros objetivos de política pública, como el uso y la rentabilización de los activos en manos del Estado, así como otros, no necesariamente de índole económico, como la regulación adecuada para la reducción de los conflictos sociales y las garantías de tener un medio ambiente sano.

En las actividades del upstream, lo expuesto cobra suma importancia, dadas las labores que se realizan al explorar y explotar los lotes petroleros que suelen tomar un largo plazo desde el inicio de la exploración, la perforación propiamente dicha, y hasta la toma de decisión de realizar la explotación de las reservas, todo ese proceso se debiera realizar con especial cuidado de generar una política de prevención de los conflictos sociales con las poblaciones locales y respeto de su medio ambiente, dos extremos que no se regulan de manera adecuada en la contratación petrolera con las empresas extranjeras, y que la participación de PETROPERÚ debiera corregir.

Siendo ello así, la iniciativa privada y la participación de PETROPERÚ en el mercado de hidrocarburos, debieran complementarse (efecto “crowding in”) generando sinergia; por un lado, la inversión de la empresa privada; y por otro, el conjunto con los activos con los que cuenta el Estado, arribando a una situación beneficiosa para ambas partes, como lo hemos expuesto a través de la figura de la colaboración empresarial.

En esa línea, postulamos que la participación de PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos no infringe el principio de subsidiariedad; toda vez que, como se ha expuesto en el capítulo segundo de la presente investigación, queda claro que el ordenamiento jurídico faculta a PETROPERÚ para realizar todas las actividades de hidrocarburos, entre ellas, las actividades del upstream, máxime si las modificaciones normativas en la línea del tiempo confirman y fortalecen la actividad empresarial del Estado en el mercado de hidrocarburos, habilitándola para participar a través de la figura jurídica de colaboración empresarial.

Concluimos que, el contenido del principio de subsidiariedad es mutable y, en la línea del tiempo va tomando determinados matices, ya sea por voluntad política o cambios en las estructuras y funcionamiento de ciertos mercados, a los que hay que adaptarse.

Para el sector de hidrocarburos, fase upstream, proponemos un enfoque de adaptación del principio de subsidiariedad que visualice el desarrollo y actualidad de la industria de hidrocarburos, una industria estratégica, que como tal, tiene vocación de garantizar la seguridad energética de la Nación. Esta nueva visión

debiera integrar el reconocimiento del pluralismo económico, el tratamiento legal igualitario para la actividad empresarial pública y privada y la subsidiariedad.

Desde este nuevo enfoque, hemos analizado los requisitos que recoge el artículo 60 de la CPP, para comprobar que la actuación de PETROPERÚ, en el upstream de hidrocarburos, no vulnera el principio de subsidiariedad:

- El interés público o manifiesta conveniencia nacional: por ser considerado un sector estratégico, dado que aporta al crecimiento de la economía nacional y su vocación es la de garantizar la seguridad energética, es una actividad de interés general. Además, de acuerdo al TUO de la LOH la iniciativa privada al explotar el hidrocarburo, no está obligado primero a abastecer al mercado interno,
- Carácter subsidiario: PETROPERÚ actúa en asociación con la iniciativa privada, en el marco de un esquema de colaboración empresarial. Se efectuó el análisis bajo el enfoque de adaptación que postulamos, no resiste un estudio rígido de rol subsidiario.
- Habilitación legal: PETROPERÚ se encuentra habilitada mediante su objeto social establecido en el Decreto Legislativo N° 43 para realizar todas las actividades de la cadena de hidrocarburos y además la Ley N° 28840 habilita el desarrollo de la actividad empresarial en hidrocarburos a PETROPERÚ, la Ley N° 30130 y el Decreto Legislativo 1292 habilita de manera expresa a PETROPERÚ para realizar todas las actividades reguladas en el TUO de la LOH, específicamente en el upstream, mediante modelos de negocio asociativos.

Refuerza esta postulación la lectura sistemática del artículo 60° de la CPP de 1993 que recoge también el pluralismo económico y el tratamiento igualitario de empresa estatal y privada; siendo ello así, en el escenario de participación de ambas empresas en el mercado, siempre y cuando PETROPERÚ actúe sin privilegios, y actúe en el mercado en las mismas condiciones de competencia, no existirá vulneración del principio de subsidiariedad.

3.4.2 Efecto “crowding in” en el upstream: condiciones y propuesta

Habiendo concluido que la intervención de PETROPERÚ en el upstream del mercado de hidrocarburos, no vulnera el principio de subsidiariedad contemplado en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú y, en el marco de la propuesta del enfoque de adaptación del principio de subsidiariedad antes señalada, nos permite inferir que la intervención de PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos cumple un rol complementario respecto la inversión privada (efecto “crowding in”), intervención que, como se ha señalado previamente, debería revestir suma importancia en un contexto de transición hacia energías limpias.

Sobre el particular, para los economistas clásicos el gasto público es considerado contraproducente para la economía en general, hecho que se materializa en gestión de empresas públicas ineficientes; sin embargo, para la corriente económica heterodoxa el gasto público en inversión, permite corregir un escenario de demanda insuficiente; por lo tanto, la inversión pública aparece con un rol de fomento de la inversión privada, al generar externalidades positivas y crear un contexto propicio para el desarrollo de la inversión.

En esa línea, la teoría económica establece que la expansión del gasto público genera un aumento en la renta nacional, creando expectativas positivas en los agentes económicos y; por tanto, incentivando la disponibilidad a invertir. Así de acuerdo a De Oliveira y Teixeira (1999), la inversión del gobierno tendría dos impactos positivos: por un lado, generaría demanda para el sector privado y; por otro lado, elevaría las expectativas futuras de demanda, provocando el aumento de la inversión privada.

Agrega Oliveira y Texeira (1999) que, bajo este enfoque la inversión pública actúa como un efecto multiplicador de la inversión privada, toda vez que, tiende a atraer la inversión privada. En efecto, es un hecho que el Estado está en la capacidad de realizar mayores inversiones con un mayor nivel de riesgo que el sector privado, puede asumir inversiones con mayores costos hundidos, y con riesgos más altos, convergiendo la idea antes expuesta de que el sector privado puede beneficiarse de las externalidades de esta inversión de naturaleza estatal.

Sin embargo, para nuestro mercado de hidrocarburos, teniendo en cuenta nuestra realidad nacional, la propuesta sería operación de lotes petroleros en conjunto con la iniciativa privada y sin asumir riesgos financieros. Bajo esta figura de colaboración empresarial; y retomando lo planteado por Viscusi (2018) por un lado, se garantizaría la inversión y la experiencia técnica brindada por la iniciativa privada. Mientras que, la participación de PETROPERÚ buscaría maximizar el bienestar del consumidor, fijar precios que procuren el bienestar del consumidor y algunos otros beneficios potenciales altamente valorados por la sociedad, como abastecer en

zonas de la Selva y asegurar un abastecimiento con mejor nivel de servicio. (pp. 479-486).

Finalmente, es importante dejar a salvo que, si bien postulamos complementariedad en la actuación del upstream, es necesario que la actuación empresarial estatal se realice bajo ciertas condiciones:

- PETROPERÚ requeriría que sus actividades en el downstream dejen un margen de utilidad. La Nueva Refinería Talara cumpliría un rol estratégico en esta tarea, permitiendo que se pueda formar un precio final que cubra costos y, a su vez, que le genere rentabilidad.
- PETROPERÚ en ese escenario, con márgenes de rentabilidad, estaría en mejor capacidad para intervenir en el upstream e incrementar su producción.
- Dado que, el margen que deja la actividad de refino es alto, siempre y cuando el precio del crudo sea bajo, PETROPERÚ necesitaría lograr la sinergia en ambas fases.
- PERUPETRO asumiendo su rol promotor en la industria, podría aprobar como modalidad contractual en el upstream el Production Sharing Agreement (PSA).
- PETROPERÚ requeriría participar en el upstream bajo figuras como la asociación en participación o Joint Venture.
- Para PETROPERÚ, participar en el upstream de manera activa potenciaría, aún más, el efecto que causa la Nueva Refinería de Talara.

- Finalmente, adoptar un esquema de integración vertical traería múltiples ventajas, mayor control sobre toda la cadena de valor y control de costos.



CONCLUSIONES

1. La provisión de hidrocarburos es entendida como la prestación de un servicio técnico especializado que comprende una cadena de valor que se extiende desde el segmento del upstream, pasa por las actividades de refinación, procesamiento y almacenamiento, segmento del midstream, hasta el transporte, distribución y comercialización, segmento del downstream.

En el Perú, a partir de lo regulado por nuestra Constitución Política del Perú de 1993, con la que se instauró un modelo social de mercado, se vivió una gran transformación al pasar de un modelo de estatalización, en el cual el Estado ejercía un fuerte rol en el mercado, contando con un gran conglomerado de empresas estatales, hacia un modelo en el que se prioriza la iniciativa privada y sólo el Estado interviene de manera subsidiaria.

Así, del rol empresario ejercido por el Estado hasta antes de los noventa, pasa a justificarse su intervención en las actividades económicas del país, bajo las condiciones reguladas en el artículo 60° de la Carta Fundamental.

2. En este contexto, el artículo 60° de la Constitución de 1993, incorpora de manera expresa el principio de subsidiariedad. En este punto, se rescata lo que la Doctrina Social de la Iglesia Católica postula sobre la existencia de un equilibrio entre la iniciativa privada (orden inferior) y la intervención del Estado (orden superior). Doctrina que, muestra coincidencias con la doctrina actual dominante que, clasifica al principio de subsidiariedad, como: subsidiariedad vertical, entendida a la relación entre un ordenamiento menor y otro mayor y; la subsidiariedad horizontal, entendida

como la que orienta las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Asimismo, la doctrina desarrolla la fase positiva del principio de subsidiariedad, fase por la que corresponde otorgársele un rol activo al Estado en la vida económica del país; rol que, en este estudio, entendemos debe buscar el equilibrio entre lo público y lo privado en la intervención del upstream de hidrocarburos, verificándose que la actividad de PETROPERÚ junto con la iniciativa privada, se complementen.

3. Es así que, debemos considerar que la participación de la empresa petrolera estatal en el upstream, tiene como principal propósito: por un lado la mejora en el funcionamiento del mercado, ya que la empresa estatal funcionaría como una unidad integral, con integración vertical de sus actividades desde el upstream hasta el downstream, consiguiendo con ello el acceso a la renta petrolera; y por otro lado, concretar objetivos no necesariamente lucrativos, percepción que ayudaría a reducir los riesgos de conflictos sociales y garantizar el derecho a vivir en un medio ambiente sano. A ello, se suma lograr tener un mejor control en relación al efecto del precio de los combustibles, respecto el costo de vida que, en un panorama adverso, por la subida de los precios de los combustibles, tendrían que elevarse los costos de transporte y; por ende, se elevaría el precio de los alimentos, siendo los más afectados la población de menores recursos.
4. En este contexto, la participación de PETROPERÚ en asociación con la empresa privada, aunado a los activos de la Refinería Talara y el Oleoducto Norperuano, se presentan como las piedras angulares que permitirían lograr un aumento en la producción de hidrocarburos y, de ésta manera se podría consolidar la producción nacional, atenuando la dependencia respecto de las importaciones de petróleo, que

finalmente es un factor determinante y, que repercute en la formación de los precios que llegan a usuarios finales.

5. Sin perjuicio de ello, también es pertinente ponderar aquellas bondades. En efecto, muchas veces la empresa pública está sometida a una clara falta de transparencia, que nos remite a los fundamentos que sostienen la crítica sobre empresas públicas, entre ellos, la mayor discrecionalidad de un gerente de empresa pública para la persecución de sus propios intereses, que su contraparte en el sector privado. Lo anterior, nos aproxima a la interferencia política, una constante en la gestión de PETROPERÚ.
6. Si bien a lo largo de la historia de PETROPERÚ, se ha constatado falta de transparencia y como consecuencia corrupción, así como interferencia política haciendo que se proyecte consecuentemente un resultado ineficiente en su gestión; no es menos cierto que, podríamos permitirnos proponer una generación de valor a mediano y largo plazo, tratando de alejarnos del “mindset” de ineficiencia, haciendo que PETROPERÚ, a través por ejemplo de su moderna Refinería Talara pueda llegar a contar con los requisitos de la fórmula propuesta por Reficar y pueda ser rentable.
7. La Teoría del principal y el agente, explica porque en PETROPERÚ, efectivamente no se rinde cuentas. Y ello contribuye a la cultura del ocultamiento de información y la falta de transparencia, que conlleva a la corrupción. El problema es que el principal (todos los peruanos, representados por la Junta General de Accionistas o el Directorio) tiene información limitada y su permanencia en la empresa es breve, mientras que el agente (los gerentes de la empresa) tiene un margen de discrecionalidad muy alto y, si bien reciben instrucciones formalmente de los

representantes de los accionistas, se evidencia que su toma de decisiones está gobernada, casi siempre, por la injerencia política y también por sus propios intereses.

8. Y así, nos aproximamos a esta ineficiencia atribuida a PETROPERÚ, poco justa. Creemos que, en el punto de la historia en la que se encuentra PETROPERÚ, merece un entorno más favorable, precisamente una gestión más eficiente, pero la gestión la construye un equipo humano, una empresa es su gente con talento, integridad, con capacidad de manejo de crisis, porque en toda empresa se gestan aquellas.
9. En un escenario incierto para atraer inversiones, y ante un contexto regulatorio que no cuente con políticas públicas que permitan reducir significativamente la dependencia del suministro de crudo importado, lo cierto es que, se le impone al país la necesidad de importar materia prima, para asegurar el abastecimiento energético, sin tener la posibilidad de elección y lograr producir, obteniendo un margen de ganancia más alto, a partir de la producción local. El ser dependientes de la importación de crudo, nos somete inexorablemente a la volatilidad de los precios internacionales.
10. Sin perjuicio de ello, la explotación constituye un desafío que el Estado debe afrontar, en el marco de una operación conjunta con la iniciativa privada, como previamente ha sido mencionado. Ello, porque el margen de rentabilidad en dicha fase es el más alto de la industria y, se requiere hacer la curva del aprendizaje en todo lo que comprende la fase de desarrollo de reservas que no se puede postergar.
11. En el marco del rol promotor de inversiones que le fue asignado a Perupetro, en el upstream, es pertinente recordar que el país cuenta con 18 cuencas

hidrocarburíferas, de las cuáles solo ha desarrollado 5, y es crucial el hallazgo de nuevas reservas. En efecto, hay una necesidad apremiante de explorar y explotar con la finalidad de reponer nuestras reservas y generan expectativa, según los estudios y estimaciones de Perupetro, las cuencas de Marañón, Ucayali y Madre de Dios, así como el zócalo continental. Entre dichas medidas, podemos mencionar a los Convenios de Evaluación Técnica (CET) y las modificaciones relacionadas con la regulación de los procesos de contratación de lotes petroleros, priorizando el desarrollo de más reservas.

12. Ahora si bien, consideramos que la intervención de PETROPERÚ en el upstream de hidrocarburos, es complementaria a la iniciativa privada, dicha intervención tendría que darse con un marco legal en el que se encuentren delimitados determinados parámetros de su gestión, que asegure independencia en su actuación y que promueva las condiciones de un buen gobierno corporativo, evitando de esta manera la captura política de sus decisiones.
13. En la regulación constitucional comparada a nivel de Latinoamérica, es importante resaltar que, no existe ordenamiento jurídico que incorpore el principio de subsidiariedad. Cabe resaltar, sin embargo, que la regulación constitucional chilena contiene una disposición semejante al caso peruano, sin mencionar el concepto de subsidiariedad y, que dispone: el Estado y sus organismos podrán realizar actividad empresarial, debidamente autorizados por ley, dejando claro el tratamiento igualitario con respecto a los privados. Es decir, no es una habilitación directa, porque para que el Estado chileno pueda realizar actividad empresarial tiene que cumplir con las autorizaciones requeridas por ley.

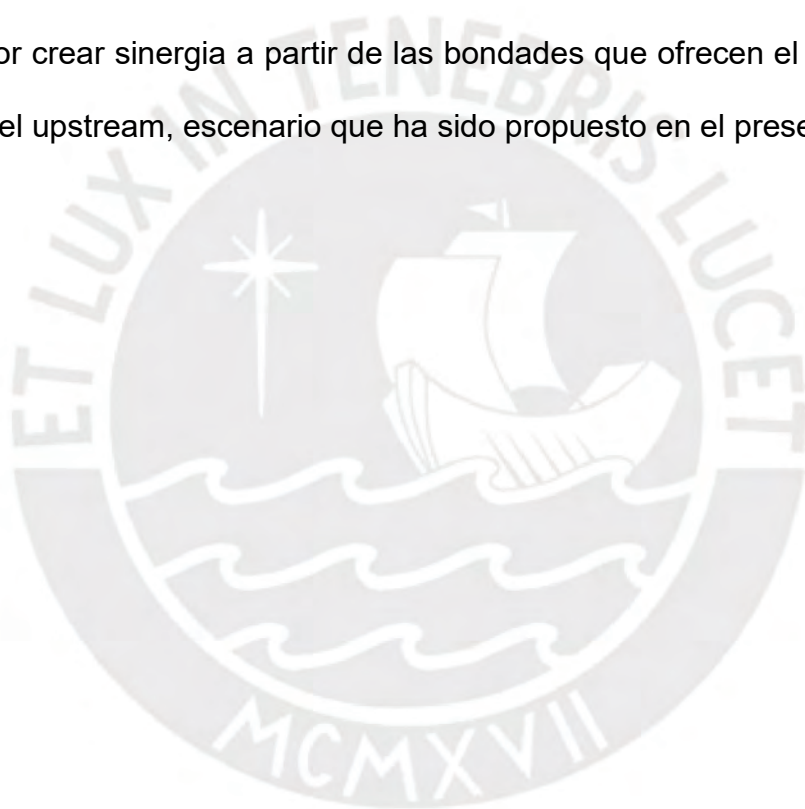
14. Otros ordenamientos constitucionales revisados, contienen disposiciones habilitantes de reserva para la gestión por parte del Estado de sectores denominados estratégicos, como es el caso de Colombia que lo justifica por razones de soberanía o interés social. Por su lado, Ecuador define como sector estratégico y; por tanto, con reserva exclusiva para el Estado, entre otros, el refino de hidrocarburos. Por tanto, la lectura de estas disposiciones constitucionales nos permite inferir que en estos países la regulación fomenta la actividad empresarial del Estado.
15. En un contexto de transición energética global, la experiencia comparada a nivel constitucional latinoamericana y las gestiones de éxito en la región de algunas empresas estatales en el mercado de hidrocarburos, nos acercan a un nuevo enfoque del escenario que venimos analizando del segmento upstream de hidrocarburos, que nos permite entender que la intervención de PETROPERÚ, no vulnera el principio de subsidiariedad, y que, muy por el contrario, se debe apuntar a mirar dichas estrategias, para así poder responder a los desafíos propios de una transición a energías más limpias, que sin duda, determinará una demanda específica de petróleo en los próximos años y décadas. Sin perder de vista que, las proyecciones de la producción petrolera global al 2028, se estaría incrementando de manera significativa y, que alrededor de una cuarta parte de aquella producción, sería de América Latina.
16. En esa línea, postulamos que no existe vulneración del principio de subsidiariedad, ya que queda claro que el ordenamiento jurídico faculta a PETROPERÚ para realizar actividades en el upstream, máxime si las modificaciones normativas en la línea del tiempo confirman y fortalecen la actividad empresarial del Estado en el

mercado upstream, habilitándola para participar a través de la figura jurídica de colaboración empresarial.

17. Refuerza esta postulación la lectura del párrafo del artículo 60 de la Constitución de 1993 que recoge el tratamiento igualitario de empresa estatal y privada, que exige un tratamiento legal igualitario para ambas; siendo ello así, en el escenario de participación de ambas empresas en el mercado, siempre y cuando PETROPERÚ actúe sin privilegios, y actúe en el mercado en las mismas condiciones de competencia, no existirá vulneración del principio de subsidiariedad.
18. Para el sector de hidrocarburos, en el marco de una política contracíclica, proponemos un enfoque adaptativo del principio de subsidiariedad que visualice el desarrollo y actualidad de la industria de hidrocarburos, una industria competitiva y estratégica. Esta nueva visión, debiera considerar el pluralismo económico, el tratamiento legal en igualdad de condiciones y la subsidiariedad, leídos en su conjunto.
19. La intervención de PETROPERÚ en el upstream, está orientado a cumplir un rol complementario respecto la inversión privada (efecto “crowding in”) intervención que, como se ha desarrollado, debiera tomar en consideración el contexto global de transición energética y el rol que debe jugar, por ende, el Estado.
20. Para nuestro mercado de hidrocarburos, la propuesta sería operación de lotes petroleros en conjunto con la iniciativa privada y sin riesgos. Bajo la figura de colaboración empresarial y el contrato de operación conjunta, por el cual el contratista acepta para explorar y explotar a su propio riesgo y costo del petróleo. Así, retomando lo planteado en el primer capítulo del presente estudio; por un lado, se garantizaría en el mercado nacional la inversión y la experiencia técnica brindada

por la iniciativa privada, mientras que, la participación de PETROPERÚ buscaría maximizar el bienestar del consumidor, fijar precios que procuren el bienestar del consumidor y algunos otros beneficios potenciales altamente valorados por la sociedad, como abastecer en zonas de la Selva y asegurar un abastecimiento con mejor nivel de servicio.

21. Finalmente, debemos concluir que para que la actuación de la empresa estatal en la industria de hidrocarburos sea beneficiosa, deben coexistir ciertas condiciones que pasan por crear sinergia a partir de las bondades que ofrecen el downstream, midstream y el upstream, escenario que ha sido propuesto en el presente estudio.



BIBLIOGRAFÍA

Ariño, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico. (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*. Editorial COMARES.

Banco Mundial. (2004). *Reforming infrastructure. Privatization, regulation, competition*. <https://documents1.worldbank.org/curated/en/709301468779183565/pdf/289850PAPER0reforming0infrastructure.pdf>

Barrantes, R. (2019) "Teoría de la Regulación" Material de enseñanza 4 del curso Teoría de la Regulación. Departamento de Economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <http://files.pucp.edu.pe/departamento/economia/ME004.pdf>

Bellorin, C. (2012). Colombia's regulatory and fiscal hydrocarbons regimen: explaining Colombia's success and the challenges ahead. *The Journal of World Energy Law & Business*, 5 (3), 248-260. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1093/jwelb/jws018>.

Bullard, A. (2011). El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad. *Revista de Derecho Administrativo* (10), 199-209.

Bullard, A. (2011). Controlando al metete. La competencia desleal del Estado por violación del principio de subsidiariedad. *Diálogo con la Jurisprudencia* (149), 17-27.

Cairampoma, A. & Fetta, A. (2021). La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del estado en el ordenamiento jurídico peruano. *Advocatus*, (041), 29-46. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5649>

Cairampoma, A. (2012). Rol del Estado en la actividad económica. *(Re) Aplicación del Principio de Subsidiariedad en el ordenamiento jurídico peruano*. Palestra, 315-329.

Campodónico, H. (2000). Privatización y conflictos regulatorios: el caso de los mercados de electricidad y combustibles en el Perú. *Serie Recursos Naturales e Infraestructura. División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL)*. (8), 3-84.

Campodónico, H. (2016). Gobernanza de los recursos naturales para el cambio estructural con igualdad. *Gobernanza local, pueblos indígenas e industrias extractivas. Transformaciones y continuidades en América Latina. La Revista, Sociedad Suiza de Americanistas*. (76), 25-39.

Cassagne, J. (1994). *La intervención administrativa*. Abeledo Perrot.

Cassagne, J.& Ariño, G. (2005). *Servicios públicos, regulación y renegociación*. Abeledo Perrot.

Céspedes, A. (2005). *El Estado Empresario: Verdades, Conjeturas y Mitos Jurídicos*. ECB Ediciones.

Consejo Privado de Competitividad. (2025). *Tuesta sobre Petro – Perú: “Se vienen más [rescates] en el año y lo peor es que esto no acaba, va a volver a tocar la puerta del Estado”*.

<https://www.compite.pe/noticia/tuesta-sobre-petro-peru-se-vienen-mas-rescates-en-el-ano-y-lo-peor-es-que-esto-no-acaba-va-a-volver-a-tocar-la-puerta-del-estado/>

Consortio Arthur D. Little / Columbus MB Latam Inc. (2023). *Plan de Reestructuración de PETROPERÚ S.A.*

<https://www.petroperu.com.pe/transparencia/plan-de-reestructuracion/contexto?contenido=informes>

Consorcio Arthur D. Little / Columbus MB Latam Inc. (2016). Servicio Especializado para la Evaluación de Competitividad – Estrategia para atraer inversiones en Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el Perú.

De Oliveira, C. & Teixeira, J. (1999). Impacto de la inversión pública sobre la inversión privada en Brasil: 1940-1990. *Revista CEPAL* (67), 71-80.

De Quinto, J. (2010). *Regulación económica de los servicios públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica. Balance y perspectivas*. ARA Editores.

Echeverry, J. (2023). *Salvar a Ecopetrol. Liderazgo en tiempo de crisis*. PAIDÓS Empresa.

Fontaine, G. (2009). Las políticas energéticas de cara al desarrollo sostenible en Perú y Ecuador. (53), 103-126. <https://search-proquest-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/socialsciences/docview/198751588/fulltext/A743C2479B9842B6PQ/4?accountid=28391>.

Huapaya, M. (2006). Consecuencias jurídicas de la recientemente aprobada Ley de Fortalecimiento y Modernización de PETROPERÚ (Ley N° 28840). *Revista De Derecho Administrativo* (2), 261-272.

Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la Regulación. *Revista Ius et Veritas*, (40), 302-344.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI. (2024). *Reporte sobre los procesos de contratación en el*

segmento upstream de hidrocarburos en el Perú.

<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/1081518-indecopi-presenta-reporte-que-analiza-los-procesos-de-contratacion-de-actividades-de-exploracion-y-explotacion-de-hidrocarburos-en-el-peru>.

Kresalja, B. (2015). *¿Estado o Mercado? El principio de subsidiariedad en la Constitución Peruana*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kresalja, B. & Ochoa, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kresalja, B. (1999). El rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos. *Revista Themis*, (39), 39-98.

Landa, C. (2008) Principios Rectores y Derechos Fundamentales del Administrado en el marco de la Constitución Económica de 1993. *Revista de Derecho Administrativo*, (3), 29-46.

Laub, A. (2009). Los Production Sharing Agreements: ¿Qué son, cómo funcionan, por qué son populares, y son tan diferentes del Contrato de Concesión? *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 189-208.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13993>.

Ministerio de Energía y Minas – MINEM. Anuario Estadístico de Hidrocarburos 2023, junio 2025. https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8258435/6893182-anuario-dgh-2023-rv-oiic_29may.PDF?v=1750774591.

Ministerio de Energía y Minas – MINEM. *Revista en cifras*, febrero 2025. <https://www.gob.pe/institucion/minem/informes-publicaciones/6722630-revista-en-cifras-edicion-febrero-2025>

Ochoa, C. (1990). Actividad económica pública y derechos económicos privados en la Constitución de 1979. *Derecho PUCP*, 43 (44), 191 – 213.

Otis, J. (2012). Ecopetrol: un día en la cúspide bursátil es la recompensa a una gestión de calidad, 20, (4). <http://vlex.com/vid/ecopetrol-cuspide-recompensa-gestion-411854326>.

Palmeira, L. & Neves, T. (2012). A comparative study of bidding models adopted by Brazil, Peru, Colombia and Uruguay for granting petroleum exploration and production rights. *The Journal of World Energy Law & Business*, 5 (2), 94-112. <https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.1093/jwelb/jws008>.

Paredes, C. (2020/2024). *La tragedia de las empresas sin dueño. El caso Petroperú*. Universidad Continental.

Perez – Taiman, J. (2009). Breve reseña de la exploración y explotación de petróleo en el Perú desde el punto de vista legal. *Revista de Derecho Administrativo*. (8) 209-218.

Perupetro S.A. *Informe Mensual de Actividades de marzo de 2025*. https://www.perupetro.com.pe/wps/wcm/connect/corporativo/2a5e04f176a54c7ba64645e8ff2e550f/202503+Informe+Mensual+de+Actividades_V.pdf?MOD=AJPERES

Petróleos del Perú – PETROPERÚ S.A. *Memoria Anual 2023*. https://www.petroperu.com.pe/Storage/tbl_documentos_varios/flid_1160_Documento_file/651-v2Yh5Wc3Ib9Rp2A.pdf

Pulgar – Vidal Otárola, M. (2008). Los recursos naturales, el derecho y la visión de desarrollo. *Revista Ius et Veritas* 18, (36), 398-409.

Quintana, E. (2011). Una nueva perspectiva sobre los alcances de la Actividad Empresarial del Estado en el Perú. *Revista de Derecho & Sociedad*, (37), 315-321.

Ruiz, G., Martínez, M. & Quintana, E. (2006). El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín latinoamericano de competencia*, (22), 107-125.

Sachs, J, Warner, A. (2001). Natural Resources and Economic Development. The curse of natural resources. *European Economic Review*, (45), 827-838.

Saldarriaga, J. (31 de julio de 2017). PETROPERÚ entraría al lote 192 este año. *El Comercio*, 3-4.

Saldarriaga, J. (7 de agosto de 2017). Blindaje petrolero. *El Comercio*, 18-19.

Silva Chueca, R. (2010). Introducción al Estudio de los Contratos para la Exploración de Hidrocarburos. *Revista de Derecho & Sociedad*, (35), 17-24.

Sociedad Peruana de Hidrocarburos – SPH. (2025). *Producción de petróleo en abril es la más alta de los últimos doce meses*. <https://sphidrocarburos.com/nota/sph-produccion-de-petroleo-en-abril-es-la-mas-alta-de-los-ultimos-doce-meses/>

Stevens, P. (2009). Nacionalización de recursos y el rol de las empresas estatales de petróleo en medio oriente: historia y perspectivas. *Revista De Derecho Administrativo*, (8), 171-188
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13992>

Stiglitz, J. (2010). *Caída libre. El libre mercado y el hundimiento de la economía mundial*. Santillana Ediciones Generales.

Tamayo, J., Salvador, J., Vásquez, A. & De La Cruz, R. (2015). *La industria de los hidrocarburos líquidos en el Perú: 20 años de aporte al desarrollo del país*. Osinergmin.

Tirado, R. (2002). Análisis de la “función normativa” de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos. La dicotomía del rol del Estado en

la actividad económica: subsidiariedad y solidaridad. *Revista Ius et veritas*, 12, (24), 93-111.

Vásquez, A. (2005). *La organización económica de la industria de hidrocarburos en el Perú: el segmento upstream del sector petrolero*. Documento de trabajo N° 8, Oficina de Estudios Económicos. Osinergmin.

Vergara, A. (2010). *Regulación económica de los servicios públicos. Dos décadas de regulación de servicios públicos en Iberoamérica. Balance y perspectivas*. ARA Editores.

Vickers, J. & Yarrow, G. (1991). *Un análisis económico de la privatización*. Fondo de Cultura Económica.

Vignolo, O. (2019). *La dogmática del principio de subsidiariedad horizontal. Liberalización de sectores y el surgimiento de la Administración Pública regulatoria en Perú*. Palestra Editores.

Viscusi, W., Harrington, J. & Sappington, D. (2018). *Economics of regulation and antitrust*. The MIT Press. Massachusetts Institute of Technology.

Wiener, R. (1996). *La venta sucia. La privatización de Petroperú como fraude a la nación*.

Ureba, A. (1985). *La empresa pública. Aspectos jurídico – constitucionales y de Derecho Económico*. Editorial Montecorvo.

Zegarra, D. (2005). *El servicio público. Fundamentos*. Palestra Editores.