

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ  
Escuela de Posgrado**



**LOS NUEVOS DERECHOS DE PESCA DEL RECURSO  
ANCHOVETA PARA CHI: EL AUMENTO FUE JUSTIFICADO O ¿EL  
AFÁN RECAUDATORIO SUPERÓ AL ANÁLISIS TÉCNICO?**

Trabajo de investigación para optar el grado académico de Magíster en Derecho  
de la Empresa que presenta:

*Jorge Alejandro Risi Mussio*

Asesor:

*Hebert Eduardo Tassano Velaochaga*

Lima, 2021

## RESUMEN

Los recursos naturales son patrimonio de la nación y su aprovechamiento está sujeto al pago de una retribución económica que debe ser determinada en función a criterios económicos, sociales y ambientales. En el caso de los recursos hidrobiológicos, la retribución económica se denomina “derecho de pesca” y se distingue en función del destino que se le da al recurso, donde el recurso anchoveta destinado a la elaboración de productos para el consumo humano indirecto - CHI (harina y aceite de pescado) asume mayores cargas. Estos derechos de pesca estuvieron estabilizados durante un periodo de 10 años desde 2008. Transcurrido el periodo de estabilidad (28 de junio de 2018), se generó una corriente de presión pública para que el Estado revise y aumente el pago por este derecho de pesca. Lo que finalmente concluyó con la emisión de una norma que aumentó en 73% su valor.

Si bien todos los que aprovechen los recursos naturales deben retribuir al Estado compartiendo así los beneficios obtenidos, las cargas que el Estado impone deben ser definidas utilizando criterios técnicos objetivos y basándose en la realidad de la actividad regulada. Por ello, la determinación de la retribución debe responder a una evaluación que respete los parámetros legales establecidos, lo que comprende realizar un análisis de impacto regulatorio integral que desarrolle los componentes de esta herramienta regulatoria, e identifique finalmente la opción más viable para atender la problemática o necesidad identificada.

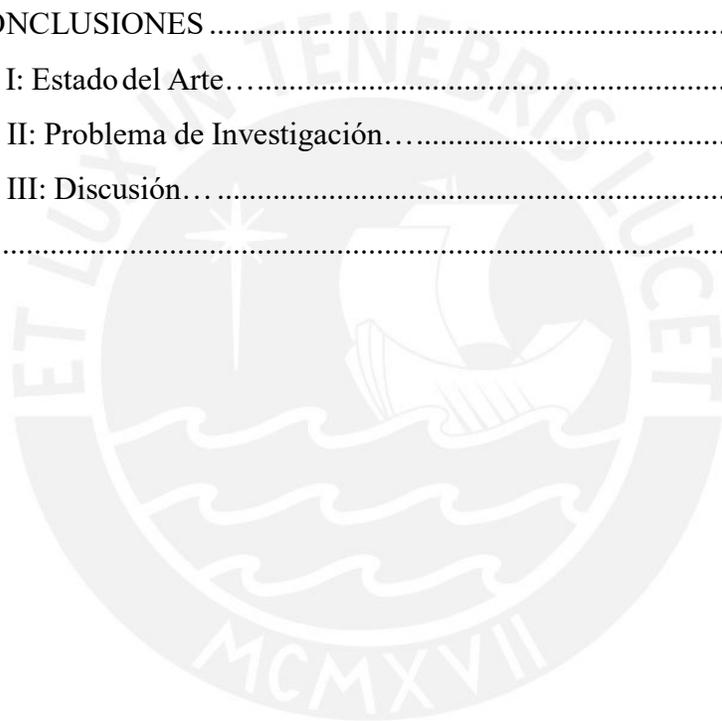
El presente análisis se desarrolla con la finalidad establecer si para el establecimiento de los derechos de pesca antes mencionados se priorizó la recaudación o se determinó técnicamente un aumento justificado, cumpliendo con el marco legal vigente y con un adecuado análisis de impacto regulatorio, evidenciando que la medida no afectaría el desempeño y competitividad de este sector de la economía nacional.

Finalmente, luego de la evaluación del marco legal vigente y la información recogida en la presente investigación se puede afirmar que, para la aprobación de los nuevos derechos de pesca para la anchoveta destinada al CHI, el Estado no ha cumplido con respetar los parámetros normativos vigentes, así como tampoco ha cumplido con realizar un adecuado análisis de impacto regulatorio, habiendo promovido un proceso regulatorio en base a una premisa que no identifica ni busca atender un problema real y termina dirigiendo el análisis a justificar una decisión preconcebida, lo que genera una alta posibilidad de traer como consecuencia un daño mayor al beneficio obtenido.

## ÍNDICE

Resumen.....	1
Índice.....	2
Introducción .....	4
CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE .....	8
1.1 La retribución por el acceso a los recursos naturales .....	8
1.1.1 Concepto, marco constitucional y legal del aprovechamiento de los recursos naturales.....	8
1.1.2 Naturaleza y características de la retribución por el acceso a los recursos naturales.....	11
1.2 Regulación de la retribución por el acceso a los recursos hidrobiológicos.....	14
1.2.1 El derecho de pesca como retribución por el acceso a los recursos hidrobiológicos.....	14
1.2.2 El recurso anchoveta destinado a la elaboración de harina y aceite de pescado y la evolución de las cargas asociadas a su aprovechamiento.....	16
1.3 Las retribuciones por el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos en los países de la OCDE.....	19
1.4 La importancia y características del análisis de impacto regulatorio para la creación o el aumento de una obligación económica para los administrados .....	21
CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	25
2.1 El derecho de pesca establecido en 2006 y la metodología propuesta para la determinación del nuevo derecho de pesca.....	25
2.2 Análisis de los proyectos de Decretos Supremos para la determinación del nuevo derecho de pesca .....	28
2.2.1 Primera propuesta de derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 468-2018- PRODUCE .....	29
2.2.2 Segunda propuesta de los derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 055-2019- PRODUCE. ....	32
2.2.3 Tercera propuesta de los derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 150-2019- PRODUCE .....	35
2.3 Los nuevos derechos de pesca establecidos en julio de 2019.....	39
2.4 Síntesis de las propuestas y la norma aprobada para regular el derecho de pesca.....	44

CAPÍTULO III: DISCUSIÓN.....	47
3.1 La realidad de la gestión pesquera del Ministerio de la Producción y situación financiera de la industria pesquera.....	47
3.2 Los criterios económicos, sociales y ambientales.....	54
3.2.1 Criterios Económicos.....	54
3.2.2 Criterios Sociales.....	58
3.2.3 Criterios Ambientales.....	60
3.3. Aplicación de los criterios económico, social y ambiental al análisis para la determinación del derecho de pesca.....	63
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES .....	65
4.1 Capítulo I: Estado del Arte.....	65
4.2 Capítulo II: Problema de Investigación.....	66
4.3 Capítulo III: Discusión.....	68
BIBLIOGRAFÍA .....	71



## INTRODUCCIÓN

Los recursos naturales son patrimonio de la nación y el aprovechamiento de estos por parte de los privados está sujeto al pago de una retribución económica o contraprestación. Así lo define el artículo 66° de la Constitución Política del Perú de 1993 concordado con los artículos 20° y 21° de la Ley N° 26821 - Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. De acuerdo con la norma, esta “retribución económica” se debe determinar en función a criterios económicos, sociales y ambientales.

En el caso de los recursos hidrobiológicos, el aprovechamiento se encuentra regulado por el Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca, su Reglamento y normas complementarias, donde la retribución económica se denomina “derecho de pesca”.

La regulación pesquera distingue la determinación del monto a pagar por los derechos en función del destino que se le da al recurso, donde los actores que aprovechan el recurso anchoveta destinado a la elaboración de productos para el consumo humano indirecto - CHI (harina y aceite de pescado) asumen mayores cargas que los que aprovechan recursos destinados al consumo humano directo – CHD (congelados, enlatados, curados y fresco).

De acuerdo con la regulación pesquera los derechos de pesca están destinados a cubrir los gastos para garantizar la conservación y aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos, lo que comprende investigación, vigilancia, control y planeamiento del desarrollo de las pesquerías. Lamentablemente, no existe un estudio que evalúe y cuantifique cuál es el costo en el que incurre la administración para garantizar la conservación y aprovechamiento sostenible del recurso anchoveta particularmente.

En el año 2008 se emitió el Decreto Legislativo N° 1084 – Ley de límites máximos de captura por embarcación, y en dicha norma se estabilizaron los derechos de pesca aplicables al aprovechamiento del recurso anchoveta para el CHI durante un periodo de 10 años, cuya última actualización se aprobó en el año 2006. Esta estabilización de la fórmula de cálculo de los derechos de pesca respondió al hecho de que se trasladó a la industria pesquera la responsabilidad que corresponde al Estado de asumir el déficit generado por la quiebra del sistema previsional de los trabajadores pescadores (Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador – CBSSP), para lo cual se creó un aporte extraordinario a cargo de los titulares de las plantas de procesamiento del recurso anchoveta. Sin embargo, esta estabilidad resultó ser relativa, ya que el derecho de pesca se

determina en función de una fórmula indexada (es un porcentaje del valor FOB de la harina de pescado), cuyo valor ha evolucionado positivamente en este periodo. Asimismo, en los últimos 10 años las cargas que asume la industria pesquera, directamente relacionadas con el aprovechamiento del recurso natural (en adelante aportes conexos), han llegado hasta a triplicarse, ya sea por el aumento de algunas cargas existentes (Programa de Vigilancia y Control de la Pesca y Desembarque en el ámbito marítimo) o creándose nuevos conceptos (Aporte a favor del Fondo Extraordinario del Pescador – Ley N° 30003 y Aporte complementario al aporte individual de los trabajadores pescadores al Régimen Especial de Pensiones o Sistema Privado de Pensiones, según corresponda).

Transcurridos los 10 años de estabilidad (28 de junio de 2018) de los derechos de pesca de la anchoveta para CHI, se generó una corriente de presión pública para que el Estado revise y aumente el pago por derecho de pesca que realiza la industria dedicada a la extracción de este recurso, donde ONGs como Oceana<sup>1</sup> y Congresistas como Maria Foronda y Roberto Vieira exigían este aumento.

En este escenario el Ministerio de la Producción publicó en tres oportunidades distintos proyectos de Decreto Supremo con la finalidad de aumentar los derechos de pesca, existiendo bastante disparidad entre un proyecto y otro, y sin considerar todas las cargas que la industria asume en relación con la actividad ni la realidad económica de las empresas. Finalmente, el 10 de julio de 2019 se emitió el Decreto Supremo N° 007-2019-PRODUCE, que modificó la forma de cálculo de los derechos de pesca aumentando en 73% el valor de estos, pasando de 0.25% a 0.43% del valor FOB de la harina de pescado por TM de anchoveta extraída.

Si bien es cierto que todos aquellos que aprovechen de manera exclusiva los recursos naturales que son patrimonio de la nación deben retribuir al Estado compartiendo los beneficios de la actividad que realizan en función de la habilitación otorgada – lo que colabora con las actividades de regulación y aprovechamiento sostenible de los mismos –, se debe tener en cuenta que las cargas que el Estado impone a la industria pesquera afectan directamente su competitividad y rentabilidad, incidiendo negativamente en la capacidad de generar mayor valor para la sociedad. En este sentido, cuando las retribuciones no son definidas utilizando criterios técnicos objetivos y basándose en la realidad de la operación y el desempeño del sector en el mercado que se pretende

<sup>1</sup> <https://peru.oceana.org/es/blog/derechos-de-pesca-un-ajuste-necesario>

regular se puede afectar seriamente la sostenibilidad de la actividad empresarial. Asimismo, cuando hablamos del aprovechamiento de los recursos naturales, la obligación de pago no debería hacer distinciones arbitrarias como ocurre en la actividad pesquera, donde se grava más en función del destino que se le da al recurso, cuando lo relevante es el acceso al recurso y compartir los beneficios que este acceso genera, no el uso que se le da.

En este sentido, la determinación de la retribución que deben pagar los administrados al Estado por el aprovechamiento del recurso hidrobiológico anchoveta destinado al CHI, denominada derecho de pesca (el mismo que debe integrar todas las cargas que asumen los administrados directamente relacionadas con la desarrollo actividad), debería responder a un análisis que comprenda, tanto el aporte integral de todas las pesquerías (otros recursos) y el equilibrio que debería existir en la carga que asumen los administrados respecto de las necesidades que se pretende atender con la retribución, así como considerar las particularidades de la industria pesquera (costos reales de captura, relevancia de los volúmenes de captura, punto de equilibrio de las empresas y posición de Perú en el mercado de harina de pescado), la evolución de la actividad, las condiciones del mercado que afectan la competitividad y rentabilidad de la industria, y los parámetros establecidos para su determinación, como son los ambientales, sociales y económicos. En caso contrario, se podría terminar sobre gravando a la industria limitando su capacidad de generar mayor valor para la sociedad.

Así, el presente análisis busca determinar si, para el establecimiento de los nuevos derechos de pesca aplicables a la extracción del recurso anchoveta destinado al CHI, la metodología y análisis técnico realizado respetaron los parámetros legales para la fijación de retribuciones por el acceso a los recursos naturales y respondieron a una adecuada aplicación del análisis de impacto regulatorio desarrollando sus componentes esenciales que comprenden la identificación clara de la problemática que se atenderá con la medida regulatoria, los objetivos de la política que se quiere implementar, las diferentes alternativas para lograr estos objetivos que pueden ser una norma u otro distinto y sus posibles impactos, los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la norma, el monitoreo y evaluación de la propuesta, y la consulta pública, de tal manera que se asegure que la medida no afectará el desempeño y competitividad de este sector de la economía nacional.

Para ello se abordará la naturaleza y el alcance de la retribución que deben pagar los privados por el acceso y aprovechamiento de los recursos naturales, la evolución del derecho de pesca establecido para la extracción del recurso anchoveta para el CHI, así como las cargas y gravámenes

relacionados, y si estas deben formar parte del derecho de pesca. Asimismo, comparar las retribuciones que pagan los países miembros de la OCDE en relación con el derecho de pesca que paga la industria pesquera dedicada a la extracción del recurso anchoveta; para luego pasar a analizar los distintos proyectos normativos publicados por el Ministerio de la Producción, así como la norma finalmente aprobada, a fin de identificar si la evolución del proceso y el análisis realizado para aprobar esta última responden a las consideraciones que debieron ser tomadas en cuenta para evaluar el aumento y de esta manera evidenciar que la ausencia de ello en la elaboración de la regulación podría finalmente afectar el desempeño y competitividad de la industria pesquera y restarle capacidad de desarrollo.

Finalmente, para el desarrollo de la presente investigación se utiliza el enfoque metodológico de Argumentación Jurídica Constitucional a efectos de determinar la titularidad y la forma de acceso a los recursos naturales, así como la naturaleza y contenido de la retribución que se debe pagar como consecuencia del aprovechamiento de estos por parte de los particulares, y los parámetros para su determinación. Y el de Calidad e Impacto Regulatorio a fin de analizar si la norma que aprobó los nuevos derechos de pesca establecidos para la extracción del recurso anchoveta para CHI cumple con desarrollar los componentes esenciales de esta herramienta y de esta manera determinar si la regulación justifica y sustenta que no genera mayores impactos negativos en la actividad.

## CAPÍTULO I: ESTADO DEL ARTE

### 1.1 La retribución por el acceso a los recursos naturales.

#### 1.1.1. Concepto, marco constitucional y legal del aprovechamiento de los recursos naturales.

Nuestro marco constitucional desarrolla la regulación de los recursos naturales en el Capítulo III del Título II, de la Constitución Política de 1993, que aborda el régimen económico en relación con el ambiente y los recursos naturales. Así, el artículo 66° de la Constitución establece que “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”.

Siguiendo la norma antes citada, es importante delimitar el concepto de recursos naturales desde el punto de vista político económico, los mismos que son entendidos como “...aquéllos que no han sido objeto de transformación por obra humana y son "idóneos para la satisfacción de necesidades humanas", dejando de lado como "elementos de la naturaleza irrelevantes" a los que no prestan utilidad. (Cano, 1975. p.31). Así también los describe Enrique Lastres siguiendo las definiciones de las Naciones Unidas, considerándolos como el producto original de la naturaleza que no ha sufrido alteración por la intervención de la mano del hombre, agregando la importancia de su clasificación en la regulación para ordenar su aprovechamiento en función de su relevancia económica y social (1994, p. 138).

En este sentido, si bien la naturaleza brinda a la sociedad un conjunto de bienes que forman parte de esta, no todos estos bienes son susceptibles de ser aprovechados para satisfacer necesidades, por lo que los recursos naturales en el contexto económico de la Constitución se circunscriben a estos últimos.

Nuestra Constitución considera a los recursos naturales renovables y no renovables como patrimonio de la Nación peruana, lo que implica el reconocimiento de una titularidad pública universal a todos los individuos que la conformamos, entendiendo a la Nación como “... una continuidad histórica que reúne el pasado, el presente y el futuro.” (Rubio, M. 1999, p. 331), lo que implica una visión de aprovechamiento que lleva intrínseca la generación de beneficios a partir

de estos para las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, la propia Constitución, al determinar al Estado como soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, está estableciendo para éste la facultad de administrar estos recursos y la obligación de que dicha administración se desarrolle en armonía con el interés de la Nación antes descrito, lo que implica que el aprovechamiento no puede ser irrestricto y sujeto a la voluntad individual de cada uno de los sujetos que conforma la Nación, por el contrario presupone la determinación de condiciones para acceder a los recursos y un universo finito de individuos que puede aprovecharlos, lo que a su vez se encuentra implícito en el concepto de sostenibilidad recogido en el artículo 67° del mismo cuerpo normativo, que establece la obligación del Estado de definir la política nacional del ambiente, promoviendo el uso sostenible de los recursos naturales.

Como complemento a este principio del aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, es importante destacar la teoría de la tragedia de los comunes que fue presentada por el profesor Garrett Hardin el año 1968 en la revista Science, y expone de forma clara y didáctica el dilema que se presenta cuando la libertad universal de acceso a los recursos conlleva un incentivo para su aprovechamiento desmedido y en consecuencia su deterioro y hasta destrucción, ya que cada ser humano tratará de maximizar sus beneficios y en este crecimiento desmedido por lograr el beneficio individual los recursos son agotados, así, en las propias palabras del autor, “La libertad de los recursos comunes resulta la ruina para todos.” (Hardin, G. 1968). Ante este escenario, se plantea la importancia de establecer mecanismos o incentivos que orienten a los actores que intervienen sobre los recursos para aprovecharlos de manera sostenible, es decir, beneficiarse de los mismos siendo conscientes de la importancia de mantener esta posibilidad de seguir beneficiándose a lo largo del tiempo.

De acuerdo, con el autor ello se puede generar a través de mecanismos de asignación de derechos sobre los recursos, que pueden ser derechos de propiedad o derechos de acceso, lo que conlleva determinar un universo de actores limitado que pueden acceder a estos, otorgándoles titularidades para ello y generando la responsabilidad en estos actores de aprovechar estos derechos de manera sostenible, con la finalidad de delimitar el universo de actores que pueden tener acceso a los recursos para que no sean explotados desmedidamente y con ello destruidos, lo que permitirá la posibilidad de poder seguir gozando de los mismos en el futuro.

Por su parte, la Ley N° 26821 - Ley Orgánica de Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales (en adelante Ley Orgánica), desarrolla los artículos reseñados de la Constitución,

estableciendo las condiciones y modalidades para el otorgamiento a los particulares de derechos de acceso a los recursos naturales para su aprovechamiento sostenible en el contexto de un marco adecuado para el crecimiento de la inversión y asegurando un equilibrio entre el crecimiento económico, desarrollo social y la sostenibilidad de los recursos y el medio ambiente.

El enfoque que aborda la Ley Orgánica establece de manera conjunta la obligación del Estado de promover el uso y obtención de beneficios de los recursos naturales, dentro de una estrategia de aprovechamiento sostenible de estos y desarrollo integral de la sociedad. Así, también lo hace responsable de la regulación y asignación de derechos para que este aprovechamiento se realice en armonía con el interés general de la Nación antes descrito. Es decir, considerando el importante lugar que ocupan los recursos naturales como fuente de desarrollo económico y social, generación de empleo y sustento del ecosistema en el que nos desarrollamos, el ordenamiento jurídico nacional, establece una función promotora del Estado que implica asegurar que estos recursos naturales sean utilizados para beneficio integral de la sociedad.

Por su parte el Tribunal Constitucional ha abordado el desarrollo constitucional de esta materia en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad signado con expediente 0048-2004-PI/TC señalando que:

Estos principios<sup>2</sup> se concretizan en una política de Estado orientada a conseguir una mejor calidad de vida para la población, cuyo contenido excluya criterios residuales o de conveniencia coyuntural que sólo acarrearán desarrollos legislativos inorgánicos, en consonancia con lo establecido por el artículo 67 de la Constitución. Además exige que los poderes públicos controlen el uso racional de los recursos naturales dentro de un desarrollo económico armónico, como doctrinariamente se enuncia, criterio que el Tribunal Constitucional busca enfatizar en esta sentencia.

En el caso de los recursos pesqueros, nos encontramos frente a recursos naturales renovables cuyo aprovechamiento desmedido puede producir el colapso de las pesquerías y con ello la desaparición temporal o permanente de los recursos, por lo que se requiere sistemas de manejo que alineen los intereses de los actores para lograr el aprovechamiento sostenible de los mismos. De acuerdo con el informe “El Estado Mundial de la Pesca y la Acuicultura 2020” (SOFIA 2020) de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) “En 2017,

<sup>2</sup> El TC desarrolla en el fundamento 18 de la sentencia los principios que regulan el vínculo existente entre la producción económica y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, invocando los siguientes principios: a) el principio de desarrollo sostenible o sustentable; b) el principio de conservación; c) el principio de prevención; d) el principio de restauración; e) el principio de mejora; f) el principio precautorio; y, g) el principio de compensación.

el 34,2% de las poblaciones de peces de las pesquerías marinas del mundo se clasificaron como poblaciones sobreexplotadas.” (FAO, 2020. p. 56).

En este sentido, podemos afirmar que el ordenamiento constitucional y legal peruano establece y reconoce al Estado soberanía en el aprovechamiento de los recursos naturales como bienes públicos, excluyendo la posibilidad de libre apropiación de estos por parte de los particulares. Esta soberanía se ejerce “(...) mediante la facultad de regulación de las actividades y beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, (...)” (Huapaya, 2014. p. 339), y por ello el Estado debe diseñar mecanismos de asignación y ejercicio de los derechos de aprovechamiento que permitan lograr la finalidad de armonizar el desarrollo de las actividades empresariales relacionadas con este aprovechamiento, con la generación de un bienestar común consecuencia de los beneficios que se obtienen del uso particular de los recursos que constituyen patrimonio de toda la Nación.

### **1.1.2 Naturaleza y características de la retribución por el acceso a los recursos naturales.**

En el marco de la facultad de administración que recae en el Estado para el aprovechamiento de los recursos naturales, el marco constitucional y legal comprende, como parte del derecho de acceso que se otorga a los particulares, la obligación del titular de este derecho de pagar una retribución económica que, de acuerdo con la norma, debe determinarse por criterios económicos, sociales y ambientales.

Así, el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales prescribe que todo aprovechamiento de los recursos naturales por parte de los particulares (sean personas naturales o jurídicas) da lugar a una retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales. Esta retribución debe incluir todo concepto que deba aportarse al Estado por el acceso al recurso natural de acuerdo con el desarrollo que hacen las leyes especiales para el otorgamiento de los derechos de aprovechamiento, cuya naturaleza y función deriva del marco antes descrito, y establece la obligación del Estado de promover y lograr el aprovechamiento de estos recursos naturales en beneficio de la sociedad.

Es posible que por las características que rodean a la retribución exigible por el aprovechamiento de los recursos naturales, la misma pueda ser confundida con un tributo, ya que su origen se genera en la ley, es obligatoria, exigible coercitivamente, ordinaria, pecuniaria y

contributiva; sin embargo, su existencia y exigencia no responde al puro ejercicio de la facultad del Estado de establecer obligaciones tributarias para financiar sus actividades y que como correlato conllevan la prestación de un servicio directo o indirecto, sino que deriva del mandato legal que establece la obligatoriedad del cobro de una retribución a aquellos que se les otorga el acceso y la posibilidad de desarrollar el aprovechamiento exclusivo de los recursos que se encuentran bajo el dominio del Estado "... en virtud a los cuales (...) adquieren sobre los frutos y/o productos de los referidos recursos, todos los atributos de la propiedad, y tomando en cuenta que dichos frutos y/o productos no forman parte del dominio público del Estado sino de su dominio privado o eventualmente propiedad de terceros ajenos a éste, (...)" (Velásquez, 2005. p. 95), por lo que se puede afirmar que su naturaleza no es de carácter tributario sino retributivo.

Sin embargo, la ausencia de naturaleza tributaria de la retribución por el acceso a los recursos naturales no implica que, como en el caso de los tributos, su determinación no esté sujeta al respeto de principios y parámetros que concilien su concepción con el ordenamiento constitucional. En el caso de los tributos el artículo 74° de la Constitución prescribe que su determinación debe respetar los principios de reserva de la ley, igualdad, derechos fundamentales de la persona y no confiscatoriedad. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional señalando que "Ello no quiere decir, claro está, que si una exigencia económica -como la regalía minera- no reviste carácter tributario, el legislador quede habilitado para establecerla sin ningún parámetro de objetividad y razonabilidad. La intervención del Estado se considera como legítima y acorde con la Constitución, cuando es producto de una medida razonable y adecuada a los fines de las políticas que se persiguen. Es necesario, en consecuencia, (...) que dicha afectación se lleve a cabo bajo cánones de razonabilidad y proporcionalidad." (Exp. 0048-2004-PI/TC, fundamento 49).

Ahora, es importante precisar que si bien el Estado tiene el derecho y la obligación de establecer y cobrar una retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales, este derecho debe responder al bien que en esencia el Estado permite usar y aprovechar al privado, y no puede comprender el valor agregado que el privado otorga al recurso natural como consecuencia de la aplicación de procesos industriales de transformación y la inversión en innovación tecnológica para introducir al mercado productos diferenciados y derivados de los componentes o propiedades del recurso natural.

En este sentido, la retribución debe tener como referencia el componente natural del recurso que ha sido materia de asignación al particular. Esta afirmación resulta clara y lógica si entendemos

que, en un sentido estricto, sea cualquiera quien acceda al recurso natural (Estado o Privado) el parámetro de determinación del beneficio obtenido está delimitado simplemente por el valor del recurso *per se* en su estado natural y no por las aplicaciones o procesos posteriores que se pueden obtener de este recurso, ya que ello representa un universo indefinido de opciones que van a depender de los avances tecnológicos y la aplicación de estas tecnologías para obtener el mejor provecho de estos recursos, así como de las preferencias u oportunidades que el mercado presenta para su uso y asignación en función de las necesidades.

En esta misma línea de razonamiento y argumentación se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 01043-2013-PA/TC afirmando que:

“3.7 Mal podría (...), establecerse una contraprestación, (...) en función a conceptos ajenos al valor de los recursos naturales (...). En el caso de autos, al ser la regalía minera, por naturaleza, una contraprestación por el uso o aprovechamiento de recursos naturales minerales, de propiedad de la Nación, no podría ser concebida como un concepto destinado a afectar bienes de propiedad de los particulares, pues, (...), el dominio sobre los productos de los recursos naturales corresponde a los particulares. (Fd 87 STC 0048-2004-PI/TC).

3.8 En ese sentido, la fórmula legislativa prevista originalmente por la Ley N° 28258, (...), salvaguarda el patrimonio de estos últimos al exigirles una contraprestación estrictamente determinada en función al valor de bienes de propiedad originaria del estado y no respecto al valor de los productos derivados de tales recursos naturales, los mismos que son de propiedad innata de los particulares.

(...)

4.12 En efecto la modificación reglamentaria se aparta de la naturaleza contraprestativa estipulada en el artículo 2 de la Ley de Regalía Minera y ratificada por la jurisprudencia constitucional al establecer un método de valoración basado en las ventas de productos sometidos a procesos industriales o de manufactura. (...).

4.13 Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado tampoco considera que la adopción de un gravamen establecido en función al valor de venta de productos comerciales sea acorde con bloque de constitucionalidad antes desarrollado, ello en la medida que la razonabilidad de un concepto contraprestativo (...) se verificará, a tenor de lo dispuesto en el antecedente jurisprudencial expuesto en la STC N 0048-2004-PI/TC, en aquellos casos en los que la base para el cálculo se determine bajo parámetros que, siendo fiables, recaigan sobre el valor del recurso natural (...), y no cuando dicha base de cálculo tome en consideración otros conceptos que evidentemente escapan al concepto de recurso natural, como lo son los productos industriales.

Siguiendo lo señalado, el Estado tiene el derecho y deber de establecer y cobrar una retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales. La determinación de la retribución económica

que se debe pagar por el aprovechamiento de los recursos naturales no tiene naturaleza tributaria, pero debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad para su determinación, ser definida aplicando criterios económicos, sociales y ambientales, y debe incluir todos los conceptos que deben aportarse al Estado por el acceso y aprovechamiento del recurso. Asimismo, esta delimitación no puede exceder el ámbito de valoración del recurso en su estado natural, es decir, no puede comprender los productos que se deriven del mismo luego de la aplicación de procesos de transformación industriales, ya que ello implicaría una afectación al derecho de propiedad de los particulares que tienen acceso a los recursos por habilitación del Estado.

## **1.2 Regulación de la retribución por el acceso a los recursos hidrobiológicos.**

### **1.2.1 El derecho de pesca como retribución por el acceso a los recursos hidrobiológicos.**

En el caso particular de los recursos hidrobiológicos la Ley especial para su aprovechamiento y ordenamiento es el Decreto Ley N° 25977 – Ley General de Pesca, en el cual se desarrollan las reglas que regulan el acceso a los mencionados recursos y el desarrollo de la actividad pesquera, tanto extractiva como de procesamiento, incluida la actividad acuícola. En cuanto a la retribución o contraprestación, que deben asumir los privados como consecuencia del otorgamiento de títulos habilitantes que les permitirán acceder al aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos, no hace gran desarrollo, solo breves menciones a su destino y determinación, exonerando a la actividad de investigación, artesanal y de subsistencia de dicho pago.

Así el artículo 17° de la citada Ley señala que:

**Artículo 17.-** El Ministerio de Pesquería destinará, de sus recursos propios y para fines de investigación científica y tecnológica y capacitación, un porcentaje de los derechos que graven el otorgamiento de las concesiones, autorizaciones, permisos de pesca y licencias.

Y por su parte el artículo 45° establece que:

**Artículo 45.-** Las concesiones, autorizaciones, permisos y licencias se otorgarán previo pago de los correspondientes derechos, cuyo monto, forma de pago y destino, serán fijados mediante Resolución Ministerial.

Los ingresos que genere el pago de tales derechos, constituyen recursos propios del Ministerio de Pesquería.

Quedan exceptuados del pago de estos derechos, las personas naturales o jurídicas que desarrollan actividades de investigación y las dedicadas a la actividad pesquera artesanal y de subsistencia. En caso de actividades de acuicultura se aplicará la ley sobre la materia.

El Reglamento de la Ley General de Pesca, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PE, norma de desarrollo de la Ley General de Pesca, profundiza en el tratamiento de la retribución que corresponde pagar a los administrados que ejerzan derechos de aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos en el marco de la normativa pesquera. Esta retribución se denomina “derecho de pesca” – puede confundirse con el propio derecho de acceso o título habilitante, pero lamentablemente la regulación no uso una denominación que permita una distinción adecuada –, y su finalidad, de acuerdo con lo prescrito en el numeral 3.2 del artículo 3°, es financiar los gastos necesarios para garantizar la conservación y aprovechamiento responsable de los recursos, lo que comprende investigación, vigilancia, control y planeamiento del desarrollo de las pesquerías. Asimismo, entrando al detalle de cómo se estructuran los derechos de pesca, considerando la gran variedad de recursos que abundan en el litoral peruano, la normativa distingue la forma de determinación de los derechos de pesca según el uso que se le da los recursos capturados, pudiendo ser destinados para el consumo humano indirecto (elaboración de harina y aceite de pescado) o consumo humano directo (pescado fresco, curado, congelado o enlatado), lo cual depende de cómo fue otorgado el título habilitante, y establece un pago diferenciado dependiendo de este destino.

La regulación anteriormente citada debe ser concordada con el artículo 20° de la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales que establece que la retribución económica incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como contraprestación, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales.

En este sentido, siguiendo el marco desarrollado en el acápite 6.1. precedente y las normas sectoriales antes citadas (ley especial), podemos afirmar que el derecho de pesca como retribución económica por el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos comprende todo concepto que el Estado debe exigir a los particulares por el derecho de acceso y su ejercicio, que de acuerdo con el marco sectorial comprende el financiamiento para una gestión adecuada de la actividad<sup>3</sup> (sostenibilidad de los recursos – investigación, vigilancia y planeamiento), así como las

<sup>3</sup> En el punto 6.2.2. siguiente se desarrollan los pagos que por distintos conceptos realiza la industria pesquera dedicada a la producción de harina y aceite, que sin denominarse derecho de pesca están directamente relacionadas con el desarrollo de la actividad y financian los conceptos comprendidos en el marco normativo desarrollado.

necesidades redistributivas para lograr armonía y beneficio social (interés público o interés de la Nación).

### **1.2.2 El recurso anchoveta destinado a la elaboración de harina y aceite de pescado y la evolución de las cargas asociadas a su aprovechamiento.**

La pesquería de anchoveta para la elaboración de harina y aceite de pescado es la principal pesquería a nivel nacional, y la pesquería monoespecífica más grande del mundo, con importantes volúmenes de extracción. Actualmente, esta actividad puede llegar a representar el 1% del PBI nacional y el 5% del PBI exportaciones (2020, Apoyo Consultoría).

Como se señaló anteriormente el aprovechamiento de este recurso por parte de los particulares está sujeto al pago de una contraprestación hacia el Estado, la misma que desde el año 2001 ha evolucionado en aumento. Esta contraprestación debería ser el único pago que realiza el privado, relacionado con el ejercicio de la actividad, sin perjuicio de los impuestos comunes a todas las actividades comerciales y empresariales. Hasta el año 2019 el derecho de pesca estaba determinado por un aporte del 0.25% del valor FOB de harina de pescado por cada TM de anchoveta descargada.

Adicionalmente, en el caso de la industria pesquera dedicada al CHI, históricamente el Estado le ha venido trasladando obligaciones previsionales y los costos de control y fiscalización de la actividad, para lo que se debe tener en cuenta que, como se ha explicado anteriormente, por norma el derecho de pesca comprende los gastos en vigilancia y supervisión de la actividad (Art. 3° del Reglamento de la Ley General de Pesca).

Desde el año 2001 (Decreto Supremo N° 012-2001-PE, Reglamento de la Ley General de Pesca) se viene exigiendo el uso del sistema de seguimiento satelital para el monitoreo de la actividad pesquera de las embarcaciones cuyo pago es asumido directamente por los titulares de los permisos de pesca vigente, y también forma parte del sistema de control y vigilancia de la actividad pesquera.

En el año 2003 se estableció el Programa de Vigilancia y Control de la Pesca y Desembarque en el ámbito marítimo (Decreto Supremo N° 027-2003-PRODUCE), con la finalidad de combatir la pesca ilegal de recursos hidrobiológicos, así como controlar el volumen de capturas para verificar que se mantienen dentro de los volúmenes autorizados. Este programa, en principio, sólo

resultaba aplicable a la industria de harina y aceite de pescado y se le responsabilizó del pago de este servicio que prestaban las empresas de supervisión privadas seleccionadas por el Ministerio de la Producción. Sin embargo, durante la evolución y desarrollo del programa se incluyó más unidades productivas en el sistema de fiscalización, incorporando a las plantas de reaprovechamiento, harina residual y de CHD, así como parte de los desembarcaderos artesanales. Esta ampliación del programa, así como el incremento de puestos de control, generó que su costo se triplique, y a pesar de que el 30% del servicio estaba enfocado en la industria de CHD, la industria de CHI asume el 98% del costo total del programa, subsidiando el sistema. Esta situación ha sido reconocida por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI en la Resolución No. 0248-2019/CEB-INDECOPI basándose en información proporcionada por el propio PRODUCE.

En el año 2008 se emprendió la reforma de la pesquería de anchoveta destinada al CHI, para lo cual se aprobó el Decreto Legislativo N° 1084 que estableció el sistema de límites máximos captura por embarcación, con la finalidad de reducir el esfuerzo pesquero y lograr una actividad más eficiente. En el marco de esta reforma se creó un fondo de compensación para los trabajadores pescadores – FONCOPES, con la finalidad de atender a los pescadores que saldrían de la actividad por la reducción de la flota, y el financiamiento de este sistema fue trasladado a la industria pesquera. Asimismo, se creó un aporte social de US\$ 1.95 dólares por TM de pescado descargada (Primera Disposición Final del Decreto Legislativo N° 1084) para financiar el rescate de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador (sistema previsional de los trabajadores pescadores), trasladándose también a la industria la solución a la crisis previsional de los pescadores, a pesar de ser esta una responsabilidad del Estado. En atención a estas cargas que se impusieron a la industria, la norma contempló un periodo de 10 años de estabilidad para los derechos de pesca vigentes a la fecha de entrada en vigencia de la norma. Sin embargo, esta estabilidad no fue tal en el tiempo. Si bien la norma señala expresamente que tanto el monto como la forma de cálculo deberían permanecer estables durante el periodo señalado, lo cierto es que en la realidad el Ministerio de la Producción exigió el pago del monto que resultaba en el momento de determinación de la obligación aplicando la fórmula de cálculo de los derechos que está basada en un factor de indexación que usa como referencia el valor FOB de la harina de pescado. En este sentido, siendo que el valor de la harina de pescado ha evolucionado de manera positiva en el tiempo desde la aprobación del Decreto Legislativo N° 1084, es decir desde la estabilización de

los derechos de pesca, ello ha generado que evolucione en aumento el monto del derecho de pesca cuyo pago se exigía a la industria, a pesar de que la propia norma señala expresamente que el monto debía permanecer estable.

Posteriormente en el año 2014, luego de la declaratoria de insolvencia y quiebra de la Caja de Beneficios y Seguridad Social del Pescador, se aprobó la Ley N° 30003 - Ley que regula el Régimen Especial de Seguridad Social para los Trabajadores y Pensionistas Pesqueros, en la cual se estableció el nuevo régimen previsional de los trabajadores pescadores. En este nuevo sistema, también se establecieron cargas a la industria pesquera determinadas por un aporte de US\$ 1.40 dólares (luego fue modificado para convertirlo a soles, hoy el aporte es de S/ 3.92 soles) y la obligación de cubrir un aporte complementario al aporte individual de cada trabajador por el 5% de la remuneración asegurable del trabajador.

Finalmente, en 2019, transcurrido el periodo de estabilidad de 10 años dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1084 (el periodo de estabilidad venció el 28 de junio de 2018), el Ministerio de la Producción aprobó el Decreto Supremo N° 007-2019-PRODUCE, mediante el cual modificó la fórmula de cálculo de los derechos de pesca aumentándola de 0.25% a 0.43% del valor FOB de la harina de pescado por TM de pescado descargada.

Siguiendo el razonamiento desarrollado en los apartados precedentes, todos los aportes antes mencionados deben ser considerados como parte del derecho de pesca, toda vez que todas estas obligaciones se determinan y están directamente relacionados con el derecho de acceso al recurso natural que se ha otorgado a los actores y es en función de este que el Estado ha ido asignando a las empresas pesqueras las cargas señaladas. En este sentido, podemos afirmar que el derecho de pesca comprende, junto con el pago referido al valor propio del derecho de pesca, tal como se encuentra contemplado en la normativa, los aportes al sistema previsional, el pago del sistema de seguimiento satelital, el pago del programa de control y vigilancia, el pago al FONCOPES, y estos aportes sumados (antes del aumento del derecho de pesca materia de análisis en el presente trabajo) promedian en total alrededor de US\$ 16 dólares por TM de pescado descargado, tal como se refleja en el siguiente detalle:

*Figura 1. Aportes regulatorios de la industria dedicada a la extracción de anchoveta CHI*

Fuente: Apoyo Consultoría (2018)

### **1.3 Las retribuciones por el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos en los países de la OCDE.**

En los países miembros de la OCDE las retribuciones por el acceso a los recursos hidrobiológicos o derechos de pesca – si los asimilamos a la denominación peruana – comprenden en un solo concepto todos los beneficios que el Estado pretende obtener por la asignación a los particulares de los derechos de acceso a los recursos naturales, es decir, lo que el Estado considera que el particular debe compartir con él por la riqueza que genera producto del acceso a este bien que es de propiedad y dominio del Estado. En este sentido, la retribución se determina en un sólo concepto que engloba todo lo que debe aportar el particular por la habilitación que le presta el Estado para usar un recurso natural en el desarrollo de su actividad económica, sin perjuicio de los impuestos generales que gravan a todos los ciudadanos. Esto es relevante porque, como hemos explicado en el acápite anterior, en el caso peruano, en lo que respecta a la industria de harina y aceite de pescado, se han creado una serie de conceptos que deben ser parte del derecho de pesca, pero que no son considerados así y distorsionan el cálculo de las cargas que asumen.

Si usamos como referencia los países miembros de la OCDE, podemos verificar que las retribuciones se han determinado de la siguiente manera: España (3% sobre las ventas en el primer mercado), Marruecos (2% del valor total de captura), Pacific Alaska (5% de impuestos de desembarque), Nueva Zelanda (3% del valor de desembarque), Canadá (3% en algunas pesquerías

y 5% en otras), Australia (fórmula en función de desembarque, entre 0,5% y 5% de las ganancias), Estados Unidos (3% del valor de desembarque) Estonia (4% del valor de desembarque) y Lituania (3% del valor de desembarque). Como se aprecia los pagos fluctúan entre 2% y 5% del valor del recurso desembarcado.

**Tabla 1.** Retribuciones de algunos países OCDE

	Pago por derecho de pesca	Referencia	Vínculo
España	3% sobre las ventas en el primer mercado	Ruiz et al 2017. Biological and economic vulnerabilities of fixed TACs in small pelagics: An analysis of the European anchovy ( <i>Engraulis encrasicolus</i> ) in the Gulf of Cádiz [1]	<a href="https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X16303852">https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X16303852</a>
Marruecos	2% del valor total de captura	Mohammed et al 2018. Fiscal reforms for sustainable marine fisheries governance: Delivering the SDGs and ensuring no one is left behind [2]	<a href="https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X17301574">https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X17301574</a>
Pacific, Alaska	5% de landing tax	Holland et al 2017. Can vessel buybacks pay off: An evaluation of an industry funded fishing vessel buyback [3]	<a href="https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X16305711">https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X16305711</a>
Nueva Zelanda	3% del valor de desembarque	Hersoug, B., Marine Policy (2018). After all these years” – New Zealand's quota management system at the crossroads [4.1]	<a href="https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X17307698">https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X17307698</a>
		B. Torkington / Marine Policy 63 (2016). New Zealand's quota management system – incoherent and conflicted [4.2]	<a href="https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X15000664">https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0308597X15000664</a>
Canadá	3% en algunas pesquerías y 5% en otras	Towsend et al 2008. Case studies in fisheries self governance(Nº. 504), Food & Agriculture Org. [5]	<a href="http://www.fao.org/3/a-a1497e.pdf">http://www.fao.org/3/a-a1497e.pdf</a>
Australia	Fórmula en función de desembarque. Entre 0,5% y 5% de ganancias	Bonzon, K., McIlwain, K., Strauss, C. K. and Van Leuvan, T. (2013). Catch Share Design Manual, Volume 1: A Guide for Managers and Fishermen (2nd ed.). Environmental Defense Fund. [6]	<a href="http://fisherysolutionscenter.edf.org/sites/catcheshares.edf.org/files/1-CSDM_Vol1_A_Guide_for_Managers_and_Fishermen.pdf">http://fisherysolutionscenter.edf.org/sites/catcheshares.edf.org/files/1-CSDM_Vol1_A_Guide_for_Managers_and_Fishermen.pdf</a>
Estados Unidos	3% del valor de desembarque	NMFS.2007.Magnuson-Stevens Fishery Conservation and Management Act,178pp [7]	<a href="https://www.gsmfc.org/pubs/GSMFC/MSA07.pdf">https://www.gsmfc.org/pubs/GSMFC/MSA07.pdf</a>
Estonia	4% del valor de desembarque	OECD 2012.OECD Review of fisheries 2011: Policies and Summary Statistics, OECD Publishing, Paris. [8]	<a href="https://books.google.com.pe/books?id=ckN4vBjik6gC&amp;pg=PA3&amp;lpg=PA3&amp;dq=oced+review+of+fisheries+2011:+policias+and+summary+statistics&amp;source=bl&amp;ots=VQBkVmjeYH&amp;sig=atZRbefeN3-pxK_e_uU4Oa9cd2A&amp;hl=es-419&amp;sa=X&amp;ved=0ahUKEWjH87zs0tbbAhVD0FMKHc9vDCoQ6AEISzAF#v=onep">https://books.google.com.pe/books?id=ckN4vBjik6gC&amp;pg=PA3&amp;lpg=PA3&amp;dq=oced+review+of+fisheries+2011:+policias+and+summary+statistics&amp;source=bl&amp;ots=VQBkVmjeYH&amp;sig=atZRbefeN3-pxK_e_uU4Oa9cd2A&amp;hl=es-419&amp;sa=X&amp;ved=0ahUKEWjH87zs0tbbAhVD0FMKHc9vDCoQ6AEISzAF#v=onep</a>
Lituania	3% del valor de desembarque	Parkes et. Al. 2009. An analysis of existing Rights Based Management (RBM) instruments in Member States and on setting up (European Union) best practices in the EU [9]	<a href="https://ec.europa.eu/fisheries/documentation/studies/rbm_et">https://ec.europa.eu/fisheries/documentation/studies/rbm_et</a>

En el caso de Perú, el valor promedio del recurso anchoveta en el periodo 2014 – 2016 es de US\$ 240 y el promedio del derecho de pesca - antes del aumento - más los aportes conexos en dicho periodo ascendían a US\$16.7 por TM de pescado lo que representa aprox. 7% del valor del recurso, con lo cual se puede afirmar que la industria dedicada a la extracción de anchoveta para CHI paga más que muchos de los países de la OCDE.

En el caso de Chile, nuestro principal referente y competidor en la región en lo que se refiere a la producción de harina de pescado, tiene una carga menor que la de Perú, ya que, de acuerdo con el análisis por Apoyo Consultoría (2018), los pagos que realiza entre derecho de pesca y aportes conexos suman en promedio en el mismo periodo US\$ 14 por TM de pescado. Esto nos lleva a afirmar que comparativamente la actividad extractiva de anchoveta destinada al CHI se encontraba bastante gravada antes del incremento del derecho de pesca.

En atención a lo expuesto se puede evidenciar que comparativamente, antes del aumento del derecho de pesca, la industria pesquera dedicada a la extracción de anchoveta para CHI asumía cargas superiores a otras industrias pesqueras a nivel internacional, incluso mayores que las de su principal competidor regional, nuestro vecino país del sur Chile. Ello implica que las cargas vigentes, previas a la propuesta normativa, ya se encontraban en un nivel que podrían afectar la competitividad de la actividad.

#### **1.4 La importancia y características del análisis de impacto regulatorio para la creación o el aumento de una obligación económica para los administrados**

La evolución de la historia ha llevado a la redefinición del rol del Estado, pasando de ser un Estado interventor y participe activo en el mercado, la gestión empresarial y la provisión de bienes y servicios, hacia uno que promueve la economía de libre mercado, la libertad de empresa y restringe su intervención a medidas dirigidas a corregir las fallas del mercado, para mejorar su eficiencia y perseguir el interés público. La regulación ha evolucionado hacia una regulación destinada a mejorar la eficiencia, evitando la regulación innecesaria.

En este contexto, el Estado como ente regulador debe diseñar y evaluar sus intervenciones teniendo en cuenta el impacto que las medidas que podría dictar pueden tener en los actores a los cuales estas van dirigidas y lograr realmente la finalidad que motiva la actuación del Estado, es decir, “Se trata de reconsiderar cómo ha de ser diseñada, implementada y ejecutada la regulación

para que sea la mejor desde el punto de vista de la función social que se le ha encomendado.” (Betancor, A. 2009, p. 97).

El Estado no debe regular basándose únicamente en que cuenta con una habilitación para ello, es decir, por el simple hecho de que puede hacerlo. Un Estado moderno que se desenvuelve en una economía de libre mercado, y reconoce y promueve la libre iniciativa empresarial no debe actuar de manera reactiva y con tendencia regulatoria, sea por el cumplimiento de un plazo (como es el caso de los derechos de pesca aplicables a la extracción del recurso anchoveta para CHI), por presunciones de posibles distorsiones en el mercado, o por otras motivaciones que no responden a un análisis técnico que justifique como abordar la realidad que se pretende regular. El Estado debe priorizar y reforzar la implementación de mecanismos de evaluación y vigilancia permanente que le permitan contar con información suficiente y confiable, y de esta manera maximizar los beneficios en la toma de decisiones oportunas que promuevan que la regulación responda a una necesidad real identificada, entendiendo y sustentando que la regulación propuesta es la forma más eficaz y eficiente para atender esta necesidad y con ello satisfacer un interés público.

El impacto que puede generar la regulación mal diseñada tiene la capacidad de distorsionar el mercado y afectar seriamente el desarrollo de una actividad o sector económico y de aquellas que dependen de esta última, limitando su desarrollo y eliminando los beneficios que este desarrollo aporta a la sociedad. Así, lo reconoce la OCDE cuando se pronuncia en este mismo sentido en la evaluación realizada sobre el Perú denominada Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Perú, donde señala que:

“Las normativas pueden tener un impacto positivo o negativo en el desempeño de un sector económico o economía. (...) puede abrir o cerrar mercados, puede promover la eliminación o creación de monopolios, puede levantar barreras de entrada, o puede reducir o impulsar incentivos para la innovación o el emprendimiento. Por lo tanto, es importante revisar y mejorar el proceso de emisión de normativas, para garantizar que sean aptos, que abordarán de manera efectiva los problemas de política que los originaron y que sus objetivos contribuyen al bienestar social y al crecimiento inclusivo.” (2019, p. 11)

Es por ello, que existe la necesidad de discutir y justificar la intervención del Estado, con la finalidad de asegurar que, sin abdicar de la facultad regulatoria que le es inherente, emita normas que, junto con atender el interés público, no limiten el crecimiento económico y desarrollo integral

del país, adoptando los mecanismos más eficientes que permitan el equilibrio entre bienestar común y desarrollo particular.

Para lograr este equilibrio y la justificada intervención del Estado cuando se evidencia una necesidad y se proponen los mecanismos para atenderla (dentro de lo que se incluye la posibilidad de no hacer nada), no solamente se debe regular, sino que esta acción de intervención del Estado se debe realizar cumpliendo los parámetros de la calidad regulatoria, que implican seguir un adecuado proceso de análisis de la regulación que defina adecuadamente las necesidades, los posibles impactos e identifique la forma más eficiente de intervención. La OCDE ha sido una activa promotora de la implementación de la calidad regulatoria y su aplicación como política de gobierno en los países, con la finalidad de asegurar la maximización de los beneficios económicos y sociales al momento de su implementación.

En el Perú esta política se ha venido materializando – aún de manera incipiente – en normas como el Decreto Legislativo N° 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, en el cual se recoge la obligación de las entidades de la administración pública para la aplicación del análisis de calidad regulatoria a todas las normas vigentes y por crearse que aprueban procedimientos administrativos, con la finalidad de reducir las cargas administrativas que se generan por los procedimientos administrativos que resulten innecesarios, ineficaces, injustificados, desproporcionados, redundantes o no se encuentren sustentados en normas con rango de ley. Si bien este fue un avance para controlar la regulación ineficiente que puede generar un Estado, se limita a los procedimientos administrativos que si bien representan una parte importante de las cargas que pueden recaer sobre los administrados, no necesariamente comprende la regulación que más afectaciones pudiera traer al adecuado desarrollo y crecimiento de las actividades económicas.

Posteriormente, el Decreto Legislativo N° 1448, de manera acertada, complementa el marco establecido por el Decreto Legislativo N° 1310, introduciendo la mejora de la calidad regulatoria como un proceso continuo en la administración pública y en el cual se recoge la necesidad e importancia de regular en base a evidencia, identificando los posibles impactos de la norma a implementarse. Este decreto enumera los instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria, incluyendo entre otros, el análisis de impacto regulatorio ex ante y ex post.

De acuerdo con el documento de la OCDE Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú, antes citado, el análisis de impacto regulatorio comprende

componentes esenciales que deben estar presentes para una evaluación integral y adecuada de la viabilidad de la regulación como mecanismo para atender el problema o necesidad identificada. En este sentido, estos componentes comprenden la definición clara del problema, los objetivos de la política que se quiere implementar, las diferentes alternativas para lograr estos objetivos que pueden ser una norma u otro distinto, la evaluación de los distintos impactos que la regulación pudiera generar, los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la norma, el monitoreo y evaluación de la propuesta, y la consulta pública. (2019, p. 20)

Así, teniendo en cuenta que, como se ha señalado anteriormente, el Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales, y debe establecer el ordenamiento que permita el aprovechamiento de estos recursos, armonizando el desarrollo de la actividad empresarial con la generación de bienestar social a través de los beneficios que se puedan obtener de la actividad, siendo parte de este ordenamiento y redistribución de beneficios la determinación de la retribución que pagan los particulares por el uso de los recursos naturales, por lo que resulta de suma relevancia – y no solamente relevante, también de carácter obligatorio – la aplicación del análisis de impacto regulatorio para la elaboración y aprobación de las normas que regulan esta retribución, toda vez que por su naturaleza estas normas representan un carga económica directa para un sector productivo, que en el caso del Perú, es uno de los sectores más importantes de la economía nacional.

En este sentido, el diseño de la regulación que proponga la retribución antes señalada debe necesariamente partir de identificar la problemática que se atenderá con la regulación propuesta, así como evaluar el impacto que la misma puede tener en el desarrollo de la actividad, para lo cual es indispensable sumergirse en la realidad de la industria que la desarrolla, identificar sus fortalezas y debilidades, situación económica, conocer el mercado en el que se desenvuelve, y en función de esta información definir adecuadamente el impacto que el valor de la retribución puede tener en el desempeño y sostenibilidad de la industria materia de gravamen, considerando y analizando a su vez las alternativas de grabar y no grabar y en ambos casos con cuál de ellas se podría generar mayor valor y bienestar social a partir de estos recursos.

## **CAPÍTULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN**

### **21 El derecho de pesca establecido en 2006 y la metodología propuesta para la determinación del nuevo derecho de pesca.**

La última modificación que se implementó para el aumento del derecho de pesca aplicable a la extracción del recurso anchoveta destinado al CHI, previamente a la modificación materia de la presente investigación, ocurrió en noviembre de 2006. En dicha oportunidad se modificó la fórmula de cálculo del derecho que venía siendo aplicada representada por 0.23% de la UIT por TM de pescado extraído, sustituyéndola por el 0.25% del promedio mensual del valor FOB por tonelada de harina de pescado.

De la revisión de la exposición de motivos que sustenta el Decreto Supremo N° 024-2006-PRODUCE, que fue la norma que materializó la modificatoria, se puede evidenciar que para implementar esta modificación no existió mayor análisis técnico, la administración se limitó a justificar este aumento amparándose en la facultad del Estado para regular la contraprestación por el aprovechamiento de los recursos hidrobiológicos y con ello la potestad para modificarlos, así como en el aumento de las descargas del recurso anchoveta para CHI, y finalmente argumenta que debido al aumento del precio de harina pescado en el mercado internacional se utilizará como referente este valor para optimizar la recaudación por concepto de derechos de pesca, afirmando de manera genérica que ello permitirá que el sector cuente con los recursos necesarios para el logro de sus fines.

Como se aprecia de lo expuesto hasta el año 2006 no existió una metodología, tampoco una evaluación de las características del sector ni un análisis que pudiera identificar adecuadamente el impacto de la norma en el desarrollo de la actividad; tanto es así que el acápite referido al análisis costo beneficio se limita a justificar la viabilidad del cambio normativo en la optimización de la recaudación determinada por los volúmenes de ingresos que se podrían alcanzar, es decir, un afán puramente recaudatorio, sin profundizar en ningún aspecto adicional relacionado al impacto de la norma en el desenvolvimiento del sector como actividad económica y en la necesidad y objetivo de aumentar los aportes que realizan los particulares por el acceso al recurso natural. Asimismo, es importante resaltar que tampoco se encuentra evidencia de un análisis integral que considere otros aportes que realiza la industria directamente relacionados al aprovechamiento del recurso y que conceptualmente, como se ha señalado anteriormente, forman parte del derecho de pesca,

como tampoco desarrolla la situación de la recaudación por derechos de pesca de las otras pesquerías a nivel nacional. Recordemos que para el 2006 ya se realizaban pagos a cargo de las empresas para solventar el sistema de control satelital y el programa de control y vigilancia de la actividad pesquera.

Con la emisión del Decreto Legislativo N° 1084 la fórmula de cálculo aprobada en 2006 se estabilizó por un periodo de 10 años, vigente hasta el 28 de junio de 2018. Transcurrido este plazo el Ministerio de la Producción anunció la revisión de la fórmula de cálculo de los derechos de pesca vigentes con la finalidad de determinar su aumento<sup>4</sup>, para ello se contrató una consultoría externa, a fin de establecer la metodología aplicable para la determinación y cálculo del derecho de pesca. La consultoría antes señalada, fue elaborada por el señor Carlos Paredes<sup>5</sup>, quien propone la determinación del derecho de pesca en función de la renta generada en la actividad extractiva, la cual muestra variaciones atendiendo a los volúmenes de extracción o cuotas de captura asignados a los operadores, poniendo para ello en consideración en el marco teórico los conceptos de renta ricardiana, costo de oportunidad, renta por innovación, renta económica, valor económico agregado, renta contable y medidas de valor económico. Asimismo, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional<sup>6</sup> precisa que la renta que debe ser tomada en cuenta para el cálculo y determinación del derecho de pesca es la que se obtiene del recurso en la etapa extractiva, más no en la parte de procesamiento o manufactura. Incluye también, la importancia de tomar en cuenta las variaciones de los volúmenes de captura o cuotas de pesca, ya que ello afecta considerablemente el costo de extracción y con ello la renta del recurso. Y a su vez precisa que cualquier incremento debe ser consistente con la capacidad del sector para absorber esta mayor carga, debiendo responder a objetivos claros de política pública. Finalmente, recomienda también que la norma que pudiera derivar de este análisis debe aportar estabilidad y predictibilidad al sector, por lo que debe considerarse un periodo de vigencia adecuado.

<sup>4</sup> <https://andina.pe/agencia/noticia-gobierno-evalua-situacion-derechos-pesca-y-decidira-a-fines-julio-715770.aspx>

<sup>5</sup> Carlos Paredes Lanatta es economista por la Universidad del Pacífico, Master en Economía internacional y Desarrollo y PhD en Economía por la Universidad Yale en Estados Unidos.

Se ha desempeñado como consultor en los campos económico y financiero, pesca y energía.

En el sector público, se ha desempeñado como Jefe de Gabinete de Asesores del Ministerio de Economía y Finanzas del Perú, como Asesor Principal del Ministerio de Coordinación y Planeamiento (CORDIPLAN) en Venezuela y, en múltiples ocasiones, como consultor del Ministerio de la Producción del Perú (Viceministerio de Pesquería).

Es Socio – Gerente General de Intelfin Estudios y Consultoría S.A.C., profesor a tiempo parcial de la Universidad del Pacífico y de la Escuela de Postgrado de la Universidad Continental, columnista del diario Gestión y coordinador del Foro para la Pesca y Acuicultura Sostenibles.

<sup>6</sup> Expediente 01043-2013-PA/TC

Considero que la metodología propuesta representa un avance importante respecto de la última evaluación que se realizó para determinar la modificación de los derechos de pesca, donde, sin mayor justificación y análisis, se determinó una fórmula indexada basada en un porcentaje del valor de la harina de pescado (no en el valor del recurso) con la finalidad básica de aumentar la recaudación. Por el contrario, esta nueva metodología representa un insumo para la administración que le permitiría definir un marco teórico técnico que desarrolle el análisis de una adecuada determinación del derecho de pesca como contraprestación por el acceso al recurso hidrobiológico, y que permita al Estado recaudar recursos para lograr fines identificados, equilibrando la necesidad de recaudación con el desarrollo sostenible de la actividad.

Sin embargo, es importante precisar que si bien es cierto el consultor establece conceptos adecuados y acordes a las particularidades del sector pesquero, que coinciden en parte con los planteamientos del presente trabajo de investigación, como son la determinación del derecho de pesca en función del valor del recurso y no del valor producto derivado de su procesamiento, variabilidad en el desempeño por los volúmenes de captura y la importancia de dotar de estabilidad a una medida de esta naturaleza para generar estabilidad en el sector, considero que la metodología resulta incompleta, basándose preferentemente en un enfoque económico centrado en la rentabilidad de las actividad, en el cual:

“Se analiza la evolución de la descarga del recurso de anchoveta durante los últimos años; (...) identifican tres escenarios de descarga: bajo, medio y alto; (...) identifican embarcaciones tipo para la flota de acero y de madera; (...) A partir de las embarcaciones tipo se determinan los costos (incluyendo los costos de capital) en los que incurren para las actividades de extracción, en los escenarios definidos (...). Luego (...), se calcula la renta económica generada, para cada escenario definido, considerando precios del recurso de anchoveta en playa (precios de compra a terceros en los distintos escenarios de extracción). Obteniendo la renta económica para los diferentes escenarios, se realiza un análisis de sensibilidad para mostrar distintos porcentajes de cobro por derecho de pesca.” (2018. Paredes. p. 9)

sin embargo, omite desarrollar los criterios sociales y ambientales que considera la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales. Asimismo, a pesar de que en el desarrollo del análisis reconoce la existencia cargas regulatorias y sociales adicionales, y tácitamente las estaría considerando como parte del gravamen, finalmente obvia incorporarlas formalmente en el análisis, bajo el argumento de que se quiere estimar la renta sin considerar la

carga fiscal, lo cual es un error toda vez que estas cargas no tienen naturaleza tributaria, sino que representan un gravamen directamente relacionado con desarrollo de la actividad y directamente derivado de la capacidad de acceso al recurso natural, toda vez que su naturaleza y sustento reside en la contraprestación al Estado por el aprovechamiento del recurso, es decir, un pago por el bien que finalmente sirve de insumo para un proceso productivo.

Siguiendo lo señalado en el presente acápite podemos afirmar que la modificación de los derechos de pesca que antecede a la que es materia de análisis en el presente trabajo de investigación, carece completamente de sustento técnico y esta básicamente determinada por una finalidad recaudadora de la administración. Sin embargo, en el proceso preparatorio para una nueva evaluación de la definición de los derechos de pesca aplicables al recurso anchoveta para CHI, se evidencia la intención de dotar a esta medida una metodología que permita una determinación técnica de la retribución, para lo cual se solicitó a un experto que la proponga, lo que resulta un avance en relación con los antecedentes de la norma. A pesar de ello se evidencian limitaciones en el análisis y la metodología propuesta, toda vez que reconoce que el derecho se debe establecer en función del valor del recurso; sin embargo, utiliza el valor del producto procesado para fijar la fórmula, reconoce las cargas adicionales que deben formar parte del derecho de pesca, pero no las considera en el análisis, y se basa exclusivamente en consideraciones de carácter económico enfocados en la rentabilidad del negocio, sin considerar los criterios sociales y ambientales que establece la regulación, ni aplicar en función de ellos el análisis de impacto regulatorio tal como ha sido descrito anteriormente.

## **22 Análisis de los proyectos de Decretos Supremos para la determinación del nuevo derecho de pesca.**

Ocurrida la pérdida de vigencia de la Primera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1084 que estabilizó por un periodo de 10 años los derechos de pesca, y contando con una propuesta teórica y metodológica para actualizar la regulación de esta contraprestación, el Ministerio de la Producción inicio un proceso de emisión de propuestas regulatorias y debate para la determinación de los nuevos derechos de pesca aplicables a la extracción de la anchoveta para CHI. En este proceso se publicaron tres proyectos de Decreto Supremo que fueron variando la información utilizada como insumo para sustentar las propuestas, así como su estructura y composición. Finalmente, luego de estas tres propuestas el Ministerio de la Producción, mediante

Decreto Supremo N° 007-2019-PRODUCE, aprobó la nueva fórmula de cálculo para el pago de los derechos de pesca antes mencionados, la misma que entró en vigencia en la segunda temporada de pesca de 2019, la que inició en el mes de noviembre de dicho año.

## **221 Primera propuesta de derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 468-2018-PRODUCE**

El 1 de noviembre de 2018 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 486-2018-PRODUCE, mediante la cual el Ministerio de la Producción ponía en consulta pública lo que sería el primer proyecto (como he mencionado anteriormente antes de que se aprobará el nuevo derecho de pesca se publicaron 3 proyectos) de Decreto Supremo para aumentar los derechos de pesca aplicables a la extracción del recurso anchoveta para CHI.

La propuesta de regulación de los derechos de pesca plasmada en este proyecto recoge la metodología de la renta del recurso para la determinación de una nueva fórmula de cálculo de los derechos de pesca, considerando este concepto como la “...renta que no es atribuible al capital, al trabajo o a la capacidad innovadora de la empresa” (2018. p. 9).

La exposición de motivos de la norma refleja como problemática y sustento para la elaboración y justificación de esta norma el hecho de que como consecuencia de la emisión del Decreto Legislativo N° 1084 los derechos de pesca se habrían mantenido inalterables durante el periodo de 10 años establecido tanto en el monto como en la fórmula de cálculo. Asimismo, reconoce la importancia de la industria pesquera peruana dedicada a la producción de harina de pescado, siendo el Perú uno de los principales productores del mundo (15% de la producción mundial), lo que representa en promedio el 6% de las exportaciones de bienes del país al exterior, por lo que cualquier variación en la capacidad productiva de la industria peruana afecta el mercado nacional e internacional de este producto. Sin embargo, precisa que el aporte de este sector al PBI se ha reducido a menos de la mitad entre 2007 y 2017, contrariamente al crecimiento de la economía que registra un ritmo positivo de 4,9% en este periodo, lo cual se explica por los menores volúmenes de captura originados por las condiciones ambientales desfavorables. Destaca la importancia de la implementación del sistema de cuotas que ha generado los incentivos adecuados en los actores para la mejora en la tecnificación y eficiencia de la industria logrando aumentar la producción de harina de mejor calidad (harina prime y super prime) y reducir la producción de harina de baja calidad (harina convencional). En cuanto a la recaudación pesquera por el pago de

derechos de pesca menciona que esta se ha mantenido en un promedio de S/. 50 millones, de la cual el 85% es aportado por la pesquería de anchoveta para CHI, siendo que las pesquerías de CHD sólo aportan el 15%.

La renta que puede generar el recurso anchoveta debe ser determinada en la etapa de extracción y no en el procesamiento, y está ligada a los volúmenes de extracción siendo mayor cuando más recurso se puede extraer. Para desarrollar el análisis se introduce el concepto de renta económica entendida como beneficio económico, lo que está representado por los ingresos que exceden los costos totales de extracción, incluidos los costos de oportunidad del capital.

En base a esta justificación la autoridad modela escenarios de desembarque bajo (menor a 3.4 millones), medio (entre 3.4 y 4.9 millones) y alto (mayor a 4.9 millones), y con ello determina una renta económica presunta de la industria en cada escenario, y en función de ello establece un porcentaje de derecho de pesca dependiendo del volumen. Con ello se presenta una propuesta de derechos de pesca de 0.27% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque anual sea menor a 3.4 millones, y 1.26% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque anual sea mayor o igual a 3.4 millones.

Si bien es cierto que, como ya se ha explicado anteriormente, el Estado está facultado para intervenir y asegurar la maximización del bienestar social y la sostenibilidad en el aprovechamiento de los recursos naturales, dentro de lo cual está habilitado para establecer la retribución por su aprovechamiento, lo que permite atender algún problema en la gestión sostenible del recurso o la necesidad de distribuir en la sociedad los beneficios económicos percibidos; ésta intervención debe ser motivada y responder a criterios que la justifiquen y que tomen en cuenta el impacto de la adopción de la medida, lo que en este caso particular está representado por el aumento de la carga económica en una industria que, como se reconoce en la exposición de motivos, es importante para la economía nacional, compite a nivel mundial y se ha visto afectada por menores rendimientos a consecuencia de cambios ambientales.

Como suele ocurrir en la mayoría de normas, la parte referida al análisis costo beneficio de la exposición de motivos se limita a señalar que ésta no irrogará gasto al Estado, cuando en realidad debe profundizar en el análisis de la eficiencia de la norma y como esta lograría con su aplicación una mejor asignación de los bienes, atendiendo necesidades identificadas y asegurando que el aumento en la carga impositiva no afecta negativamente el desarrollo de la industria.

De la revisión de la propuesta normativa no se evidencia que el Ministerio de la Producción, como proponente de la norma, identifique una problemática que pretende ser abordada y atendida con el cambio propuesto, por el contrario reconoce que el sector ha evolucionado positivamente convirtiendo la actividad extractiva y de transformación del recurso anchoveta en una más sostenible y eficiente, y asimismo, evidencia que el desempeño de la industria viene siendo afectado con la disminución de los volúmenes de captura por motivos climáticos, es decir, reconoce una industria con menor capacidad de producción y que enfrenta escenarios de alto riesgo para mantener su operación. A pesar de ello, no hay una valoración o análisis al respecto.

Por otro lado, desconoce que a pesar de la supuesta estabilidad otorgada a los derechos de pesca por el Decreto Legislativo N° 1084, el monto de los mismos no se ha mantenido inalterable, puesto que la determinación está sujeta a una fórmula indexada al valor FOB de la harina de pescado, lo que ha originado que se dupliquen entre 2008 y 2018; así como tampoco toma en cuenta las otras cargas que asume la industria directamente relacionadas con el desarrollo de la actividad, y que han sido descritas en el acápite 6.2.2 precedente. También, a pesar de reconocer que la renta económica se debe determinar por la etapa de extracción, mantiene el error de proponer un derecho en función del valor FOB de la harina de pescado.

Asimismo, tampoco profundiza en el impacto que puede tener la forma en la que se aborda y plantea la integración del factor volumen de captura en la fórmula de cálculo, lo que debió haber sido evaluado en el análisis costo beneficio de la exposición de motivos. El derecho propuesto casi se quintuplica si la extracción supera o iguala los 3.4 millones de toneladas, esto quiere decir que si la extracción viable fuera superior a 3.4 millones pero no suficiente para cubrir el salto exponencial en el valor del derecho de pesca por toda la captura (se aplica desde la tonelada 1 no solo por la captura por encima de los 3.4 millones), la industria decidiría suspender las actividades extractivas antes de alcanzar los 3.4 millones, dejando recurso aprovechable sin darle ningún valor, es decir, la propia propuesta presenta un desincentivo a la productividad de la industria, afectando su capacidad de generar mayores recursos a la sociedad en términos productivos, junto con el beneficio para los trabajadores (el trabajador pesquero es remunerado por el volumen de la captura), la recaudación de impuestos (menos impuestos) y la generación de divisas.

En este sentido, cabe afirmar que la función del Estado no es maximizar los recursos fiscales, sino adoptar decisiones que permitan maximizar el bienestar de la sociedad. Sin embargo, el análisis desarrollado refleja la carencia un adecuado análisis de impacto regulatorio, toda vez que

no identifica el impacto de la aplicación de esta norma en los consumidores, productores, el mercado, los trabajadores, la capacidad de inversión en el sector y la competitividad de la industria; se limita a desarrollar una evaluación enfocada en determinar si existe un excedente de renta económica que genera el recurso para apropiarse de una parte, sin partir de una problemática real que requiere ser atendida, lo cual no debe ser el objetivo.

## **222 Segunda propuesta de los derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 055-2019-PRODUCE.**

El 17 de febrero de 2019 se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Ministerial N° 055-2019-PRODUCE, mediante la cual el Ministerio de la Producción ponía en consulta pública el segundo proyecto de Decreto Supremo para aumentar los derechos de pesca aplicables a la extracción del recurso anchoveta para CHI.

La propuesta de regulación de los derechos de pesca plasmada en este proyecto mantiene el enfoque metodológico basado en la renta del recurso para la determinación de una nueva fórmula de cálculo de los derechos de pesca. Asimismo, en la exposición de motivos de esta propuesta normativa se reitera la problemática y sustento para su elaboración, reflejada en la exposición de motivos de la Resolución Ministerial abordada en el acápite precedente, es decir, en el primer proyecto de norma. A su vez, mantiene en el desarrollo de su motivación el reconocimiento a la importancia de la industria pesquera peruana dedicada a la producción de harina de pescado, y la evolución positiva que se ha generado en dicho sector, desde el punto de vista de eficiencia y sostenibilidad, a partir de la implementación del sistema de cuotas individuales de pesca regulado por el Decreto Legislativo N° 1084. Asimismo, incorpora como argumento la necesidad de contar con mayores recursos para mejorar la gestión pesquera, llevando a cabo actividades de monitoreo, gestión, supervisión, promoción, entre otros.

Abordando las particularidades de la información reflejada en la exposición de motivos de esta propuesta, comparada con la anterior, se reconoce un mayor valor a los activos aumentando el valor de la embarcación de acero de US\$ 6.6 millones a US\$ 8 millones y de la embarcación de madera de US\$ 600 mil a US\$ 800 mil. Sin embargo, reduce el supuesto de retorno esperado de los inversionistas (WACC) considerado en la norma, en el caso embarcaciones de acero de 11.44% a 10,56%, y lo aumenta en el caso de embarcaciones de madera de 13.53% a 13.97%, sin expresar

ningún sustento para esta variación, lo cual resulta bastante cuestionable, toda vez que las consideraciones para determinar la expectativa de retorno de una inversión no deberían variar entre un proyecto y otro ya que las principales variables están referidas a tasas cuyos valores deben haberse obtenido de los índices del mercado.

Es importante rescatar, que en esta propuesta se incorporan en el análisis de costos los conceptos referidos a costos de supervisión de descarga y los aportes sociales, los cuales no habían sido reconocidos en el proyecto anterior; sin embargo, insisto en precisar, como se ha analizado anteriormente en el presente trabajo de investigación, que estos conceptos deben ser incorporados como parte del derecho y no como un costo de la operación, ya que derivan de cargas impuestas por el Estado directamente relacionadas con la habilitación para aprovechar el recurso natural.

Este proyecto mantiene los escenarios de desembarque modelados en la primera propuesta de acuerdo con lo siguiente: bajo (menor a 3.4 millones), medio (entre 3.4 y 4.9 millones) y alto (mayor a 4.9 millones); sin embargo, la renta económica presunta de la industria en cada escenario varía sustancialmente del proyecto anterior, lo que podemos apreciar en la siguiente comparación:

Primer proyecto

Segundo proyecto

*Figura 2. Comparación de primer y segundo proyecto de normas*

Fuente: Exposición de Motivos de los proyectos normativos.

Como se puede apreciar en este proyecto se evidencia una reducción significativa de la renta económica de la industria, llegando a ser negativa en el escenario bajo, es decir, se evidencia que la industria pierde dinero y por ende se vuelve insostenible en este escenario.

A pesar de la información anteriormente descrita, el Ministerio de la Producción plantea una nueva escala progresiva para la fijación de los derechos de pesca donde se aumenta sin mayor sustento el porcentaje con el que se afecta la renta de las empresas de 30% que se consideró en el primero proyecto a 50% en el presente proyecto, es decir, el Estado determinó en un primer proyecto que el administrado debía compartir el 30% de la renta que obtiene del recurso, pero en este segundo proyecto ese valor aumenta al 50% sin mayor sustento. Esto representaría un pago por concepto de derecho de pesca equivalente al 0.27% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque anual sea menor a 3.1 millones, 0.51% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque sea mayor a 3.1 y menor a 3.6 millones, 0.75% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque sea mayor a 3.6 y menor a 4 millones, y 0.98% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado cuando el desembarque sea mayor a 4 millones.

Como se puede apreciar, se evidencia una incongruencia entre los resultados del análisis económico para determinar la renta de la industria y la propuesta de contraprestación, toda vez que a pesar de que se acredita que la industria no genera renta en el escenario bajo, y seguramente también en parte del escenario medio (recordemos que el escenario bajo llega hasta 3.4 millones de descarga donde la pérdida en ese nivel es de más de US\$ 20 por TM y el medio va de 3.4 a 4.9 millones, donde obviamente la pérdida no se supera al descargar 3.5 millones, sino varios miles de toneladas por encima de ese valor) la administración propone aumentar la carga impositiva en estos escenarios en un 56% y 104% adicional, respectivamente, es decir, a pesar que queda claro que la carga que ya sostenía la industria resultaba excesiva, considerando que no le resultaba posible generar renta en esos escenarios de captura, sin mayor motivación, se propone aumentar las pérdidas de la industria, afectando obviamente la viabilidad del negocio y no solo ello, sino también la capacidad de desarrollo y sostenibilidad de un actividad, que como reconoce la propia exposición de motivos, es relevante para la economía nacional y un referente en el mercado a nivel mundial.

Lo señalado anteriormente aborda la insuficiencia, irracionalidad y desproporción en las medidas que propone la administración para determinar la contraprestación por el acceso a un

recurso natural, solamente considerando el análisis económico enfocado en la renta de la actividad. Además de ello, se mantienen las deficiencias identificadas en el primer proyecto, referidas a la ausencia de una problemática que pretenda ser atendida a través de la norma; así como, la reafirmación de una fórmula de cálculo basada en el valor de un producto derivado de un proceso industrial, como es la harina de pescado, y no en el valor del recurso natural que está siendo aprovechado económicamente por el particular, contradiciendo lo señalado por el Tribunal Constitucional. A lo que se suma la ausencia de un real análisis de calidad regulatoria que comprenda los criterios exigidos en la norma, como son el económico (considerado como un enfoque económico integral y no solamente de rentabilidad de la actividad), social y ambiental.

En este sentido, la propuesta además de resultar completamente desproporcionada, y reflejar el ánimo recaudador que la motiva, ignora por completo la importancia de diseñar normas que colaboren y equilibren el desarrollo empresarial con las necesidades del Estado para atender y maximizar el bienestar social.

### **223 Tercera propuesta de los derechos de pesca. La Resolución Ministerial N° 150-2019-PRODUCE.**

Al parecer el segundo proyecto de norma para modificar la forma de cálculo de los derechos de pesca no terminó de encontrar una adecuada estructuración en el Ministerio de la Producción, puesto que el 17 de abril de 2019 se publicó, en el diario oficial El Peruano, la Resolución Ministerial N° 150-2019-PRODUCE, mediante la cual la señalada entidad puso en consulta pública un tercer proyecto de Decreto Supremo para aumentar los derechos de pesca aplicables a la extracción del recurso anchoveta para CHI, cuya estructura y contenido dista mucho de la segunda propuesta antes mencionada.

Esta nueva propuesta tampoco sustenta la necesidad de aumentar la contraprestación establecida por el aprovechamiento del recurso anchoveta, ni explica la problemática que se pretende abordar y solucionar con esta medida, solamente se limita a justificar dicha propuesta en el hecho de que ya transcurrieron los 10 años de estabilidad determinados en el Decreto Legislativo N° 1084, que estos recursos económicos contribuyen a financiar las acciones que realiza el Estado para la administración, supervisión y fiscalización de la actividad pesquera, siendo ello necesario para la sostenibilidad del recurso pesquero.

Respecto al argumento referido a la estabilización de los derechos de pesca, es importante entender que el hecho que se habilite la posibilidad de un cambio en la forma de cálculo de los derechos de pesca no implica que esta necesariamente deba modificarse sin tomar en consideración la racionalidad económica, así como una justificación y necesidad sustentada para ello. Asimismo, a ello se debe agregar que, como ya se ha mencionado anteriormente en la presente investigación, aunque la tasa de derecho de pesca se mantuvo constante (0.25% del precio FOB de la harina de pescado) hasta el año 2019, los montos recaudados por TM extraída se incrementaron significativamente, debido al aumento del valor de la TM de harina de pescado que se ha incrementado de un promedio de US\$ 950 en 2009 a US\$ 1500 en 2018, y las cargas adicionales impuestas por el Estado directamente relacionadas con la actividad que forman parte del derecho de pesca.

En relación a la administración y control de la actividad, es claro que los derechos de pesca contribuyen a financiarlas. Sin embargo, el proyecto no justifica por qué se requiere aumentar en 116% — el proyecto propone aumentar el derecho de 0.25% a 0.54% del valor FOB de la TM de harina, es decir, más que duplicarlo — los derechos de pesca para financiar las mayores necesidades de bienes o servicios públicos. Frente a ello, además de no justificar la necesidad del aumento, no toma en cuenta que los administrados realizan un conjunto de aportes regulatorios específicamente destinados a financiar las acciones del Estado en materia de supervisión y fiscalización, entre otros, como se ha explicado en el acápite 6.2.2 precedente, es decir, ya cubre el costo de aquello que se pretende financiar.

La propuesta mantiene el enfoque metodológico basado en determinar el derecho de pesca en función de la renta del recurso para establecer una nueva fórmula de cálculo de este. Y a su vez, mantiene el error utilizar como referencia para el cálculo el valor FOB de la harina de pescado, ya que como se ha explicado anteriormente, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el valor del derecho debe ser establecido en función del recurso natural y no del producto derivado de un proceso productivo.

Revisando la información reflejada en la exposición de motivos de la propuesta, comparada con la anterior, se reduce sin mayor explicación el valor de los activos reduciendo el valor de la embarcación de acero de US\$ 8 millones a US\$ 6.9 millones, y de la embarcación de madera de US\$ 800 mil a US\$ 542 mil. Sin embargo, aumenta ligeramente el supuesto de retorno esperado de los inversionistas (WACC) considerado en la norma, en el caso embarcaciones de acero de

10,56% a 10.67%, y en el caso de embarcaciones de madera lo aumenta de 13.97% a 15.34%, sin expresar tampoco ningún sustento para esta variación. Siguiendo lo ya señalado en el acápite anterior es cuestionable la constante variación entre los valores de la inversión y la expectativa de retorno de los inversionistas, puesto que ello refleja que la administración no cuenta con información clara para el análisis que realiza y resta objetividad a la propuesta.

A diferencia de la propuesta anterior, en esta propuesta se excluyen nuevamente del análisis de costos de los conceptos referidos a los pagos que se realizan por fiscalización y supervisión, y los aportes sociales, los cuales, como hemos sustentado anteriormente, deben ser considerados como parte del derecho de pesca. Es más, la propia exposición de motivos reconoce que los recursos requeridos comprenden el financiamiento de la fiscalización y supervisión de la actividad extractiva, por lo que resulta una contradicción que luego de haber reconocido estos costos, los excluyan nuevamente.

Por su parte, en lo que se refiere a la estimación del derecho de pesca la información que se muestra resulta insuficiente para entender cómo se han establecido los cálculos que constituyen la base para la determinación de la nueva tasa. De hecho, el documento presenta inconsistencias como la estimación de la renta generada que es equivalente a US\$20.5 según el Anexo 3, pero de acuerdo con la renta promedio de la página 9 de la exposición de motivos, esta representa US\$25.

Además, la metodología abandona la propuesta de establecer una fórmula de cálculo escalonada en función del volumen de descarga de recurso, sin mayor explicación, a pesar de que el escalonamiento, adecuadamente implementado, permite equilibrar la carga del derecho con los ingresos de los administrados, que como se ha evidenciado en la propuesta anterior, en niveles de descarga bajos la renta resulta negativa, por lo que no existiría justificación para aumentar el derecho en esos escenarios. Sin embargo, en esta nueva propuesta se establece un aumento sustancial desde la primera tonelada descargada, a pesar de que la información tanto del proyecto precedente como del cuadro del Anexo 3 del presente proyecto, demuestran que en escenarios de bajo desembarque la renta resulta muy baja o negativa. Es decir, se pretende aumentar la carga a pesar de que se reconoce que existen escenarios en los que los usuarios no generan rentabilidad, lo que representa un despropósito, ya que en lugar de aportar a la sostenibilidad que se busca, se destruye valor y capacidad de crecimiento en una industria que se reconoce como importante para la economía nacional.

Si bien esta propuesta varía en su contenido en relación con las dos propuestas previas, analizadas anteriormente, mantiene una evidente arbitrariedad, al igual que las anteriores, ya que no cumple con identificar cuál es el interés público que se pretendería tutelar con el incremento de los derechos de pesca y, en esa línea, tampoco identifican la existencia de un problema que se pretendería solucionar con ese incremento. Como se ha señalado, la propuesta se limita a señalar que permitirá contar con mayores recursos para la gestión sostenible de la pesquería de anchoveta, sin identificar la existencia de un problema que no se pueda abordar con los recursos ya disponibles.

Asimismo, otra muestra de la falta de sustento y racionalidad de esta propuesta, y en general de motivación de la administración para proponer el aumento de los derechos de pesca, se evidencia en las constantes variaciones entre los proyectos publicados, ya que no se puede entender como en un periodo de pocos meses las distintas propuestas y su contenido pueden variar tanto entre una y otra:

**Tabla 2.** Evolución de los proyectos normativos:

<b>Resolución Ministerial</b>	<b>No. de toneladas extraídas de recurso</b>	<b>Propuesta de Incremento (Valor FOB)</b>
486-2018-PRODUCE	0 a 3.4 millones	0.27%
	3.4 millones a más	1.26%
055-2019-PRODUCE	0 a 3.1 millones	0.27%
	3.1 a 3.6 millones	0.51%
	3.6 a 4 millones	0.75%
	4 millones a más	0.98%
150-2019-PRODUCE	No aplica	0.54%

Asimismo, al igual que en los proyectos anteriores, la exposición de motivos contiene un análisis costo beneficio que no cumple con los estándares necesarios para sustentar la propuesta, limitándose a señalar, en una simple redacción de dos párrafos, que el incremento propuesto no demandará recursos adicionales al tesoro público y generará beneficios por la mayor recaudación. En este sentido, se omite nuevamente evaluar el impacto que los costos generarán en las empresas que se dedican a esta actividad, así como determinar de qué manera los beneficios son mayores que los costos.

De lo anterior se desprende que esta tercera propuesta de aumento para los derechos de pesca tampoco se encuentra debidamente sustentada y carece de razonabilidad, existiendo indicios de que la medida resultaría arbitraria y desproporcional.

### **23 Los nuevos derechos de pesca establecidos en julio de 2019.**

Luego de las tres publicaciones de los proyectos de Decreto Supremo para poner en discusión pública las propuestas para aumentar los derechos de pesca aplicables a la extracción de anchoveta para CHI, analizados en los acápite precedentes, el 10 de julio de 2019 se publicó el Decreto Supremo N° 007-2019-PRODUCE, mediante el cual se modifica el artículo 43° y 45° del Reglamento de la Ley.

El artículo 45° del Reglamento de la Ley regula la fórmula de cálculo del derecho de pesca aplicable a los recursos destinados al CHI, y la modificación introducida por el Decreto Supremo citado en el párrafo precedente varió la fórmula de cálculo vigente aumentando el factor de indexación para el cálculo del derecho de pesca de 0.25% a 0.43%, con lo cual el derecho de pesca quedó establecido de la siguiente manera:

*“Artículo 45.- Monto de los Derechos de Pesca para la Extracción de Recursos Hidrobiológicos.*

*a) El pago de derechos por concepto de extracción de recursos hidrobiológicos destinados al consumo humano indirecto se efectúa sobre la base de aplicar el 0.43% del valor FOB por tonelada de harina de pescado, computable sobre el precio promedio mensual según información oficial que emita ADUANET.*

*(...)*”

Esta modificación implicó un aumento de 73% en el aporte que realiza la industria dedicada a la extracción del recurso anchoveta para la elaboración de harina y aceite de pescado.

Si nos remitimos a la exposición de motivos de la norma, identificamos que mantiene la posición que la regulación y determinación de la fórmula de cálculo de los derechos de pesca debe responder a un enfoque metodológico basado en la renta del recurso para la determinación del monto del derecho de pesca capturando un porcentaje del excedente de ingreso que genera la actividad extractiva. En este sentido, se evidencia que la misma se limita a describir tanto la evolución de las normas que regulan el pago de los derechos de pesca, como la evolución de la

recaudación relacionada con este pago entre los años 2010 al 2018, y finalmente hace una breve reseña de cómo se han invertido estos recursos. Luego de ello, desarrolla desde un punto de vista económico financiero la determinación de la renta del recurso para, en función de ello, establecer que el titular del derecho de acceso al recurso debe compartir con el Estado el 25% de esta renta como retribución por el acceso al recurso natural. Cabe precisar que al momento de dimensionarse los costos de extracción en los que incurre el administrado para acceder al recurso y cuantificarlos para la obtención de la renta se incluyen los costos por concepto de: Sistema de Seguimiento Satelital, aporte al Fondo Extraordinario para la jubilación de los pescadores, Programa de Control y Vigilancia y FONCOPES; sin embargo, se omite el aporte de 5% al fondo previsional individual de cada trabajador pescador, comprendido dentro de los aportes que deben formar parte del derecho de pesca, tal como se ha explicado anteriormente, y que sin perjuicio de eso, tal como lo ha considerado PRODUCE es un costo real de la empresa que ha sido obviado sin mayor justificación.

Asimismo, se insiste – y finalmente formaliza la nueva fórmula de cálculo del derecho de pesca – en el error de utilizar como referente para establecer el factor de indexación de la fórmula de cálculo, el valor de un producto que se obtiene como consecuencia del sometimiento del recurso natural (materia prima) a un proceso industrial innovativo que trae como resultado un producto distinto al recurso natural (harina de pescado). Ello a pesar de que el principal gremio pesquero del país alcanzó al Ministerio de la Producción un informe legal en el que se analizaba el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 01043-2013-PA/TC (Diario Gestión, marzo 2019), con lo cual quedaba claro que el derecho de pesca no podía establecerse en función del valor de un producto derivado, sino debió establecerse en relación al valor del recurso natural que está siendo aprovechado por el particular, a pesar de ello, como se ha señalado, el Ministerio de la Producción insistió en mantener esta posición contradiciendo lo señalado por el Tribunal Constitucional.

En cuanto al análisis económico se elimina la variable de volumen extraído para determinar la renta que puede generar el administrado; sin embargo, hemos apreciado que en todas las propuestas normativas publicadas anteriormente se evidenciaba que bajo cierto nivel de captura la industria no resulta rentable, es decir, con volúmenes de captura por debajo de cierto nivel la industria pierde dinero. Sin embargo, en el sustento de la norma aprobada no se precisa con que volumen de captura se obtiene la renta identificada. Así la norma aprobada termina aumentando los derechos de pesca

desde la primera tonelada capturada, lo que implicaría un resultado contradictorio con el análisis que se ha venido reflejando a lo largo de la evaluación de las distintas propuestas, donde se identifica claramente que solo resultaría justificable un aumento a partir de cierto volumen de captura donde se evidencie que el administrado genera una renta que podría ser compartida con el Estado, lo contrario resulta un ejercicio desproporcionado e irracional de la potestad que tiene la administración de establecer una carga como la retribución materia de análisis.

Asimismo, se afirma que esta mayor recaudación permitirá contar con recursos para la gestión sostenible de la pesquería de anchoveta, ya que PRODUCE (descontando el canon y lo que se destina a investigación) recibe un promedio anual de S/. 26 millones y con este aumento podría recaudar hasta S/. 44.7 millones, refiriéndose de manera genérica que se invertirá en proyectos de investigación, tecnología, capacitación y otros vinculados al desarrollo pesquero y acuícola entre otros. Sin embargo, en ninguna parte de la evaluación y análisis de los fundamentos de la norma se identifican las deficiencias que afectan la sostenibilidad del recurso anchoveta y las limitaciones presupuestales para atenderlas, se limitan a hacer referencia genérica a una necesidad que no presenta ninguna justificación fáctica, técnica o económica que sustente implementar una mayor recaudación.

En lo que se refiere al análisis costo beneficio, como en los proyectos que anteceden, se limitan a afirmar que esta medida no demandará recursos adicionales al tesoro público, se reitera que permitirá contar con los recursos para financiar las actividades señaladas en el párrafo precedente sin sustentar las deficiencias que requieren financiamiento, y más aún se omite lo que realmente debe desarrollarse en un análisis costo beneficio, como lo es en una norma de esta naturaleza, es decir, el impacto de la norma en los sujetos gravados y porque esta opción es la menos gravosa para atender las necesidades o problemática identificada, la misma que como hemos mencionado nunca se desarrolla en el sustento de la propuesta.

Finalmente, es importante resaltar que, sin perjuicio de las deficiencias identificadas anteriormente, la norma aprobada presenta una particularidad en el desarrollo del análisis, y se refiere a que lo único que se había mantenido constante en los tres proyectos que la anteceden fue el valor del recurso, es decir el precio de venta del pescado, lo que finalmente determina la renta del recurso. La evolución del precio de la materia prima desde el estudio hecho por Carlos Paredes hasta la aprobación del Decreto Supremo fue la siguiente:

**Tabla 3.** Evolución del valor de materia prima utilizado en los distintos proyectos:

<b>Resolución Ministerial/Decreto Supremo</b>	<b>Precio de la materia prima US\$</b>
Estudio Intelfin	246
486-2018-PRODUCE	246
055-2019-PRODUCE	246
150-2019-PRODUCE	247
<b>007-2019-PRODUCE</b>	<b>297</b>

En este sentido resulta extraño que una vez que la administración reconoce casi todas las cargas que asumen los privados, y refleja de manera más cercana los costos de operación, el ingreso aumenta en 18% (sin mayor sustento ni evidencia como veremos a continuación) logrando rentabilidad en la actividad, y sin relacionar esta rentabilidad con el volumen de extracción que como hemos visto es sumamente relevante para estos efectos.

En este punto, y siguiendo lo señalado en el párrafo precedente, es importante reflejar que resulta carente de sustento y justificación el valor de materia prima utilizado en el análisis para la aprobación de la norma, toda vez que de acuerdo con la información que maneja el Ministerio de la Producción, de acuerdo a las declaraciones que están obligados a presentar los armadores pesqueros sobre el precio de venta de la anchoveta, el promedio del precio de la materia prima de los últimos 5 años es US\$ 247.37, es decir, US\$ 50 por debajo del valor utilizado y se condice con el valor utilizado en las propuestas precedentes a la norma aprobada. Para mayor detalle presento a continuación la información obtenida del Ministerio de la Producción, a través de una solicitud de acceso a la información, relacionada al precio reportado del recurso anchoveta:

**Tabla 4.** Precio promedio mensual de anchoveta para CHI 2015 - 2019

Año	Mes	Precio soles	TC	Precio dólares
2015	Enero	513,3	3,007	170,72
2015	Febrero	513,3	3,079	166,69
2015	Marzo	581,6	3,092	188,07
2015	Abril	790,2	3,121	253,23
2015	Mayo	812,7	3,151	257,89
2015	Junio	864,1	3,162	273,30
2015	Julio	865,0	3,182	271,85
2015	Agosto	1.294,7	3,239	399,68
2015	Setiembre	-	-	-
2015	Octubre	-	-	-
2015	Noviembre	858,5	3,338	257,18
2015	Diciembre	855,2	3,384	252,75
2016	Enero	911,6	3,439	265,09
2016	Febrero	525,3	3,507	149,78
2016	Marzo	-	-	-
2016	Abril	779,2	3,301	236,04
2016	Mayo	876,5	3,335	262,83
2016	Junio	857,7	3,316	258,64
2016	Julio	862,9	3,299	261,53
2016	Agosto	897,4	3,334	269,18
2016	Setiembre	-	-	-
2016	Octubre	-	-	-
2016	Noviembre	864,6	3,403	254,04
2016	Diciembre	871,6	3,395	256,69
2017	Enero	883,6	3,340	264,55
2017	Febrero	836,7	3,260	256,71
2017	Marzo	709,4	3,264	217,34
2017	Abril	754,5	3,248	232,32
2017	Mayo	831,3	3,273	253,95
2017	Junio	808,3	3,268	247,35
2017	Julio	787,6	3,249	242,40
2017	Agosto	785,4	3,242	242,30
2017	Setiembre	-	-	-
2017	Octubre	-	-	-
2017	Noviembre	964,3	3,241	297,54
2017	Diciembre	-	-	-
2018	Enero	742,4	3,215	230,92
2018	Febrero	687,4	3,249	211,60
2018	Marzo	767,6	3,252	236,03
2018	Abril	808,2	3,231	250,15
2018	Mayo	860,5	3,274	262,81
2018	Junio	804,3	3,271	245,86
2018	Julio	746,9	3,277	227,90
2018	Agosto	1.050,3	3,289	319,36
2018	Setiembre	-	-	-
2018	Octubre	844,7	3,335	253,30
2018	Noviembre	826,4	3,376	244,81
2018	Diciembre	853,5	3,364	253,70
2019	Enero	822,0	3,344	245,85
2019	Febrero	723,1	3,321	217,71
2019	Marzo	-	-	-
2019	Abril	804,1	3,304	243,36
2019	Mayo	871,5	3,333	261,44
2019	Junio	887,0	3,325	266,75
<b>Promedio</b>				<b>247,37</b>

Fuente: Produce

Esta información nos lleva a suponer, ante la ausencia de evidencia y justificación por parte de la propuesta aprobada por la autoridad, que el precio del recurso natural utilizado en el sustento de la norma aprobada habría sido determinado con la finalidad de avalar una rentabilidad ficticia de la actividad extractiva pesquera, la cual no se obtenía con el valor de materia prima que se venía manejando en los proyectos anteriores (que como hemos evidenciado resultaba muy superior al valor de mercado que se obtenía de la información con la que contaba el Ministerio de la Producción) una vez que se reconocían los costos reales y las cargas asociadas que fueran acreditadas durante toda la etapa de recojo de información para la elaboración de la norma.

## **24 Síntesis de las propuestas y la norma aprobada para regular el derecho de pesca**

Siguiendo el análisis de los proyectos prepublicados y el decreto supremo aprobado para regular los nuevos derechos de pesca, se ha identificado que todas las propuestas - con importantes variaciones entre una y otra - han seguido la metodología de la renta del recurso para tratar de justificar un aumento en los derechos de pesca que gravan el acceso al recurso anchoveta destinado al CHI. En el marco de dicho análisis se han identificado importantes incongruencias entre las distintas propuestas donde se incluyen y excluyen costos y se varían los niveles de rentabilidad de la industria, proponiendo de manera irracional aumentos cuando los volúmenes de captura reflejan en la evaluación una industria que genera pérdidas. Llegando al punto donde finalmente, cuando se sinceran la mayoría de los costos de la actividad (como se mencionó no se reconoce el aporte de 5% al fondo previsional de cada trabajador) y se recoge la información financiera de las empresas, sin mayor explicación se aumenta en 18% el valor del recurso, que se había mantenido constante en todos los proyectos, lo que termina absorbiendo los costos reconocidos y reflejando una renta (al parecer ficticia) para la industria. Las múltiples variaciones entre los distintos proyectos y este repentino cambio final en el valor del recurso hacen presumir, que más allá de un análisis técnico serio destinado a identificar la posibilidad de compartir una mayor renta con el Estado, lo que se buscaba era justificar un aumento ya decidido políticamente.

Asimismo, a pesar de que en la consultoría contratada por PRODUCE, así como en comunicaciones remitidas por los actores del sector, se advierte la inconstitucionalidad de establecer un derecho de pesca en función del valor del producto final que se obtiene como consecuencia de la aplicación de procesos industriales a la materia prima, en todos los proyectos, así como en la norma finalmente aprobada se insiste en establecer el derecho de pesca en función

de precio FOB de la harina de pescado, y no en función del valor de la materia prima que representa el recurso al que tiene acceso el privado y por el cual está obligado a pagar la contraprestación al Estado.

Por otro lado, ninguna de las propuestas, como tampoco la norma finalmente aprobada, exponen la problemática y las necesidades que se pretenden abordar y atender con la mayor recaudación que se busca obtener, no evalúan ni analizan la naturaleza y particularidades de la industria anchovetera dedicada al CHI, y con ello no se conoce si el impacto de la norma podría o no afectar la sostenibilidad económica de esta actividad. Lo señalado se evidencia no solamente en el cuerpo de sustento de todas las propuestas, sino particularmente en el acápite referido al análisis costo beneficio de las exposiciones de motivos donde en todos los casos se limitan a señalar que la implementación las propuestas no irrogarán gasto al Estado, cuando ello no responde a la esencia de lo que debe reflejar este extremo del sustento de una propuesta normativa, donde se debe presentar un análisis que refleje la eficiencia de la norma y como su puesta en práctica permitirá una asignación más eficiente de los bienes, atendiendo las necesidades identificadas, eligiendo esta medida como la menos gravosa entre diversas opciones, y asegurando que su aplicación no afecta negativamente la actividad gravada.

Finalmente, es importante destacar – lo que será materia de análisis detallado en el siguiente capítulo – que durante todo el desarrollo de las distintas propuestas solamente se ha abordado la parte económica del análisis desde el punto de vista financiero, la cual se ha enfocado únicamente en intentar justificar que existe un excedente de renta en la industria que puede ser capturado por el Estado, habiendo evidenciado que el análisis y los argumentos utilizados resultan insuficientes para llegar a la regulación aprobada. Asimismo, junto con la necesidad de un análisis económico integral, se ha ignorado los otros dos elementos esenciales que exige la normativa sobre la materia desarrollada anteriormente, como son los elementos sociales y ambientales. Efectivamente, la propia Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales, establece que retribución económica se debe determinar en función a criterios económicos, sociales y ambientales; sin embargo, como hemos señalado los criterios sociales y ambientales son dejados de lado en el análisis, junto con otros elementos sumamente relevantes que debieron ser incorporados en el análisis económico y que serán descrito más adelante, todo lo cual debió ser desarrollado en el marco del análisis de impacto regulatorio.

Cabe agregar, que estas limitaciones en el análisis y desarrollo de las propuestas se basan en que la administración parte de un problema inexistente, como es el hecho de que el transcurso de un periodo de estabilidad de la fórmula de cálculo de los derechos de pesca, debe tener como desenlace necesariamente su modificación para aumentar la carga que estuvo estabilizada, y que como se ha acreditado dicha situación no ha sido tal y la variación en el tiempo de los aportes no fue tomada en cuenta. Cuando la administración emprende un proceso de determinación de una regulación en base a una premisa que no identifica ni busca atender un problema real de la actividad que se pretende regular, termina dirigiendo el análisis a justificar una decisión preconcebida, lo que resulta contrario a lo que promueve el análisis de impacto regulatorio para mejorar la calidad en la toma de decisiones del Estado, y a su vez deja de lado todas las consideraciones relevantes que podrían identificar los impactos negativos que la medida podría generar pudiendo traer como consecuencia un daño mayor al beneficio obtenido.

Siguiendo lo desarrollado en el análisis del marco conceptual y legal de la retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales; así como en el presente capítulo referido a la metodología propuesta, los proyectos de norma prepublicados y la norma finalmente aprobada para la determinación de los nuevos derechos de pesca, es importante destacar que es una obligación de todos aquellos que aprovechen de manera exclusiva los recursos naturales que son patrimonio de la nación el pagar una retribución al Estado que le permita compartiendo los beneficios de la actividad que desarrolla como consecuencia de dicho aprovechamiento; sin embargo, las cargas que el Estado impone a los administrados no pueden ser determinadas libremente sino que deben respetar el marco legal vigente y responder a un análisis que refleje que su aplicación no afecta la competitividad y rentabilidad de la actividad materia del gravamen incidiendo negativamente en la capacidad de generar mayor valor para la sociedad, lo cual se materializa a través del análisis de impacto regulatorio, el mismo que en concordancia con la regulación vigente debe comprender un análisis integral de los aspectos económicos, sociales y ambientales de la actividad, incluyendo una evaluación de opciones, entre las cuales se termina aplicando la menos gravosa que permita lograr la finalidad que se busca con la regulación. Por ello, se ha evidenciado que la metodología, propuestas y norma aprobada carecen de estos aspectos y por ende, promueve la definición de la retribución sin entender y evidenciar el impacto que podría generar la medida en el desempeño del sector que se pretende regular abriendo la posibilidad a generar una afectación a la sostenibilidad de la actividad.

## CAPÍTULO III: DISCUSIÓN

### **3.1 La realidad de la gestión pesquera del Ministerio de la Producción y situación financiera de la industria pesquera.**

El Ministerio de la Producción es el órgano competente en materia de ordenamiento pesquero y acuícola; y en dicho sentido es la entidad que propone, define y administra los derechos de pesca que debe recaudar el Estado por el aprovechamiento de los recursos naturales pesqueros.

Como se ha expuesto en la revisión de los distintos proyectos de decreto supremo que fueron publicados por el Ministerio de la Producción para modificar los derechos de pesca aplicables al recurso anchoveta para CHI, parte de la justificación que plantea la entidad en las distintas exposiciones de motivos que se desarrollan para sustentar la necesidad del cambio normativo está reflejada por la necesidad de contar con mayores recursos para mejorar la eficiencia en la gestión pesquera, claro, sin precisar cuál es el déficit de recursos que afecta al sector y que impide a la entidad cumplir con esta labor.

Una afirmación de esta naturaleza nos llevaría a pensar que el presupuesto que asigna el Estado al Ministerio de la Producción resulta insuficiente para el cumplimiento de sus funciones y por ende debería estar permanentemente requiriendo recursos adicionales, o por lo menos ejecutando el 100% del presupuesto asignado anualmente antes de cerrar el ejercicio fiscal. Ello, sin entrar a un análisis detallado de eficiencia del gasto y recursos que demanda propiamente la gestión de la actividad industrial pesquera de anchoveta para CHI que ameritaría un espacio de análisis que escapa al presente trabajo, de alguna manera se consideraría un indicador real de la necesidad de dotar a la entidad de mayores recursos económicos para cumplir con sus funciones.

Siguiendo la afirmación antes expuesta se ha evaluado la ejecución presupuestal del Ministerio de la Producción, entre los años 2008 al 2019, evidenciando lo siguiente:

**Tabla 5.** Ejecución de gasto del sector producción del 2008 al 2020

Año	PIA	PIM	Certificación	Compromiso anual	Ejecución			Avance %
					Compromiso	Devengado	Girado	
2008	201,466,365	234,696,691			158,281,275	158,071,880	156,336,938	67.4
2009	158,524,647	225,562,882			183,387,754	180,586,005	179,524,552	80.1
2010	185,358,742	228,404,179			175,688,552	175,374,142	175,261,532	76.8
2011	203,054,162	216,899,366			175,211,105	173,167,543	173,006,309	79.8
2012	203,136,199	225,523,450	185,163,296	185,102,471	185,102,471	184,636,018	184,493,141	81.9
2013	285,842,874	358,400,277	297,569,902	294,040,859	294,040,859	291,460,893	291,180,988	81.3
2014	343.414.073	425.640.949	378.530.106	378.336.640	378.260.341	377.299.609	376.141.472	88.6
2015	491.101.272	808.542.334	705.076.624	704.779.381	710.763.741	707.067.972	694.338.989	87.5
2016	745.729.283	816.729.717	685.239.206	649.900.830	649.900.830	649.875.257	647.389.364	79.6
2017	756.878.090	860.751.855	801.336.991	755.560.884	755.559.828	755.549.276	751.464.196	87.8
2018	845.421.997	911.804.592	780.210.737	772.974.378	766.666.719	764.491.729	760.907.995	83.8
2019	830.619.261	894.045.571	837.685.697	823.379.364	804.832.613	801.152.083	799.392.836	89.6

Fuente: Portal de transparencia económica del Ministerio de Economía y Finanzas

Como se puede apreciar de la información antes expuesta, durante el periodo evaluado de 11 años el promedio de ejecución presupuestal del Ministerio de la Producción es de 81.3%, es decir, esta entidad, a pesar de argumentar la necesidad de contar con mayores recursos para la gestión pesquera, deja de ejecutar anualmente alrededor del 20% del presupuesto que le asigna el Estado. Con ello podemos afirmar que las supuestas limitaciones presupuestales o la necesidad de contar con mayores recursos resulten un argumento retórico ante la evidencia de recursos en exceso con los que cuenta la entidad y que deja de utilizar anualmente.

Si evaluamos el argumento referido a contar con mayores recursos para la gestión de la pesquería desde el punto de vista de financiamiento de actividades, tenemos que de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3.2 del artículo 3° del Reglamento de la Ley General de Pesca, señalado en el numeral 6.2.1 precedente, los derechos de pesca están destinados a solventar los costos de investigación, vigilancia, control y planeamiento del desarrollo de las pesquerías, es decir, la retribución que se recauda por el acceso al recurso anchoveta para CHI debe ser invertida y atender los gastos que por dichos conceptos representa la gestión de esta pesquería; sin embargo, como se ha expuesto anteriormente la industria pesquera asume directamente los costos de supervisión y fiscalización de la actividad. Asimismo, colabora directamente en las actividades de investigación

con el Instituto del Mar del Perú (IMARPE), como organismo técnico especializado del Ministerio de la Producción, para la evaluación que realiza del recurso anchoveta con la finalidad de determinar la situación del recurso y las tasas de explotación de este<sup>7</sup>.

También se debe tener en cuenta que, como bien se señala en las exposiciones de motivos de los proyectos de normas para la modificación de los derechos de pesca, con motivo de la implementación del sistema de límites máximos de captura por embarcación en la pesquería de anchoveta para CHI, se ha producido una importante reducción de la flota pesquera, así como de la capacidad instalada de procesamiento. La flota industrial de embarcaciones de acero se redujo en casi 50% y las plantas pesqueras de procesamiento de harina y aceite de pescado en un 40%, lo que implica necesariamente una menor demanda de recursos por parte del Ministerio de la Producción para atender la gestión de esta pesquería.

Hasta este punto hemos podido evidenciar que la afirmación o argumento expuesto por el Ministerio de la Producción, referido a la necesidad de contar con mayores recursos para la gestión de la pesquería de anchoveta, resulta carente de sustento, más aún si tenemos en cuenta que además de que devuelve recursos al tesoro público todos los años, la industria pesquera demanda menores servicios y asume directamente una parte importante de los costos de la gestión.

Por otra parte, es relevante resaltar la importante diferencia que existe entre la carga que por concepto de derechos de pesca asume la actividad dedicada a la extracción del recurso anchoveta destinado al CHI en comparación con la actividad dedicada a la extracción de otros recursos como el jurel, caballa, atún, merluza, pota, perico (por detallar los principales) entre otros, destinados al CHD.

Si tomamos como referencia el estudio desarrollo por Apoyo Consultoría para la Sociedad Nacional de Pesquería denominado “La contribución económica de la industria pesquera en el Perú”, en el año 2019 el desembarque para Chi representó 3.4 millones de TM y el desembarque para CHD 1.3 millones de TM, es decir, alrededor del 40% de las capturas de anchoveta CHI, lo que nos debería llevar a pensar que las capturas CHD aportan un valor similar al 40% de lo que aporta la pesquería de CHI. Sin embargo, de acuerdo con la regulación pesquera vigente desde el año 2006, las pesquerías dedicadas al CHD solamente están gravadas con un derecho de pesca que

<sup>7</sup> La Sociedad Nacional de Pesquería desde el año 1966 colabora con el IMARPE en la realización de actividades de investigación con el objetivo de recoger información biológica, oceanográfica y acústica, con la cual es posible proyectar en el corto plazo la explotación de los recursos pelágicos con énfasis en anchoveta (Sociedad Nacional de Pesquería, 2016).

equivale al 0.058% de la UIT por TM extraída, es decir, S/. 2.55 soles por TM de recurso capturado, versus US\$ 3.75 (S/. 13.5 - derechos de pesca del 2006 sin incluir las cargas relacionadas) o si lo vemos después del aumento US\$ 6.5 (S/. 23.4 - nuevos derechos de pesca sin incluir las cargas relacionadas), lo que representa casi 5.5 y 9.5 veces más de aporte comparativamente.

Esta realidad es reconocida y reflejada en las exposiciones de motivos de los proyectos de normas puestos en consulta por el Ministerio de la Producción, que han sido analizados anteriormente, cuando se afirma que los derechos de pesca recaudados por la pesquería de anchoveta CHI representan el 85% de la recaudación total por derechos de pesca. Por ello, cabe preguntarse porqué la administración, ante la evidencia de la sobrecarga sobre la actividad dedicada a la extracción de anchoveta para CHI, no incorporó en el análisis la posibilidad de equilibrar la carga para atender sus necesidades evaluando la recaudación por derechos de CHD. Considero que esta limitación se presenta, toda vez que la problemática o preocupación que origina la propuesta normativa tiene como base el vencimiento del plazo de estabilidad de los derechos de pesca de CHI, y no la determinación de necesidades y problemas a atender y las alternativas que existen para abordarlas.

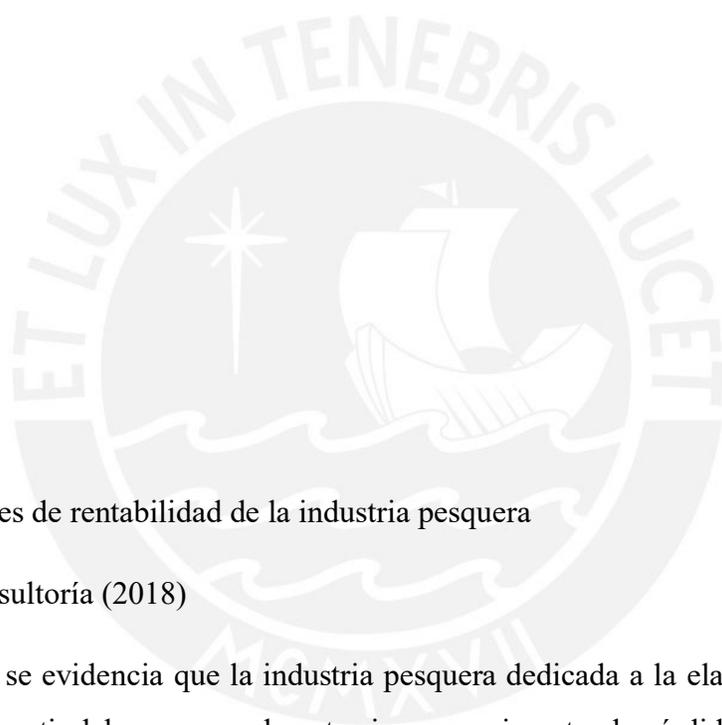
Adicionalmente a lo expuesto, es importante entender cuál era la realidad económica de la industria pesquera dedicada a la extracción de anchoveta para CHI al momento de evaluarse la iniciativa de modificación de los derechos de pesca.

Al respecto, me remito a un análisis solicitado por la Sociedad Nacional de Pesquería en el año 2018 a la empresa Apoyo Consultoría en el cual se realiza una evaluación técnica sobre el desempeño financiero de la industria, teniendo en cuenta los resultados económicos financieros del periodo 2008-2017.

En este estudio se refleja que la evolución de la asignación de cuotas de pesca a la flota industrial en el periodo 2012 – 2017 ha reducido la tasa de captura en un 25%, a pesar de que la biomasa de anchoveta mantiene niveles promedio estables. Este contexto se presenta por una conjunción de factores ambientales (fenómeno El Niño), que limitan la disponibilidad<sup>8</sup> del recurso, y regulatorios (restricciones de acceso a la flota a zonas de pesca), que afectan el desempeño de la flota en relación con la cuota de pesca asignada, lo que a pesar del aumento en los precios de la

<sup>8</sup> Es importante diferenciar la disponibilidad del recurso con la abundancia. La disponibilidad implica la capacidad de la flota para acceder a la captura de recursos, la cual se ve afectada por fenómenos que distorsionan las condiciones ambientales. La abundancia es el volumen total de individuos que conforman la biomasa de un recurso.

harina de pescado ha motivado una disminución del 15% del margen de EBITDA<sup>9</sup> y margen operativo entre los años 2008 y 2017. Junto con ello en el estudio se muestran otros indicadores de rentabilidad afectados, como son el margen neto, el retorno sobre los activos (ROA) y el retorno sobre el capital (ROE), lo que se aprecia en el siguiente cuadro:



*Figura 3.* Indicadores de rentabilidad de la industria pesquera

Fuente: Apoyo Consultoría (2018)

En este sentido, se evidencia que la industria pesquera dedicada a la elaboración de harina y aceite de pescado a partir del recurso anchoveta viene experimentando pérdidas desde el año 2013.

Como consecuencia de esta reducción en los ingresos de las empresas pesqueras se generó un notable incremento en la necesidad de contar con recursos del sistema financiero privado para mantener sus operaciones, por ello la ratio de apalancamiento financiero del sector pasó de un promedio de 1.3 (promedio 2008 – 2012) a un promedio de 2.0 (2013 – 2017), lo que refleja un sector sumamente endeudado y dependiente del financiamiento de terceros para mantener la operación (Apoyo Consultoría, 2018).

<sup>9</sup> Por sus siglas en inglés significa *Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation, and Amortization*, es decir, representa el **beneficio bruto de explotación calculado antes de la deducibilidad de los gastos financieros**.

Como dato adicional, la Sociedad Nacional de Pesquería también solicitó a la empresa auditora Ernst & Young que realice un análisis comparativo de las cargas de carácter tributario que asume la industria pesquera relacionado a la venta de harina y aceite de pescado, y los compare en condiciones similares de ingresos y costos con el régimen impositivo general del sector minero. Este análisis muestra como resultado que las cargas tributarias y obligaciones legales (incluido el derecho de pesca) que asume la pesquería dedicada al aprovechamiento de la anchoveta para CHI representan un porcentaje mayor que las cargas que asume la industria minera nacional, sin que ello implique que la industria minera se encuentra poco gravada. Estas cargas representan en un escenario de captura alto (6 millones de toneladas anuales) el 46.6% de la utilidad operativa (44.6% con el régimen minero), y un escenario de capturas bajo (4 millones de toneladas) el 50.6% de la utilidad operativa (46.6% con el régimen minero). Siendo que la minería es una de las industrias más gravadas en el Perú, se evidencia que la actividad pesquera materia de análisis, resulta aún con mayores cargas que esta última.

Siguiendo lo señalado anteriormente, se refleja que la industria dedicada a la producción de harina de aceite de pescado es una industria de volúmenes, es decir, es una industria que requiere de determinado volumen de captura para generar rentabilidad y se ve más afectada por las obligaciones tributarias y de otra naturaleza que debe asumir cuando los volúmenes de captura son menores, ya que como hemos visto la presión tributaria varía entre escenarios de 4 millones toneladas de captura y 6 millones de toneladas de captura, siendo menor en escenarios de mayores capturas. Es importante recalcar lo señalado, ya que es una característica muy relevante de esta actividad, y que resulta de suma trascendencia para efectos de la determinación del derecho de pesca, que como hemos visto de alguna manera, aunque sin reflejar la realidad económica del sector, trató de esbozar en los dos primeros proyectos de norma para definir la modificación del derecho de pesca, cuando se presentó una propuesta de derecho escalonado en función de los volúmenes de captura.

Para mayor claridad en esta materia, es importante tratar de definir un punto de equilibrio de la industria, entendido ello como el volumen de captura mínimo anual que debe obtenerse para que la actividad genere rentabilidad. Este análisis también fue desarrollado por Apoyo Consultoría a solicitud de la Sociedad Nacional de Pesquería, en un estudio que evalúa la primera propuesta de norma para regular los derechos de pesca (Resolución Ministerial N° 486-2018-PRODUCE), y en

el mismo se determina que con las cargas y costos que ya mantenía la industria pesquera el punto de equilibrio se alcanza con una captura de 4.3 millones de toneladas.

De acuerdo con lo expuesto, se puede evidenciar que la necesidad de mayores recursos por parte del Ministerio que en teoría motivaba la propuesta de aumento de los derechos de pesca no encuentra sustento en la evidencia mostrada por la ejecución presupuestal de la entidad, ya que en promedio dejaba de ejecutar casi el 20% de su presupuesto. Asimismo, la industria ya asume parte importante de las necesidades que se pretende atender con los derechos de pesca como es el control y vigilancia de la actividad, y el apoyo en las actividades de investigación y seguimiento del recurso, así como que ha sufrido una importante reducción en embarcaciones y plantas que representa a su vez una reducción en la demanda de servicios por parte del Ministerio de la Producción. Por otro lado, tampoco se toma en consideración la marcada diferencia entre los aportes que realiza la actividad dedicada al CHD vs. la actividad dedicada al CHI, donde la segunda asume la mayor carga por concepto de pago de derechos de pesca.

También se evidencia que la industria pesquera peruana dedicada al aprovechamiento del recurso anchoveta para CHI mantenía una importante carga de obligaciones, tanto tributarias como sectoriales, antes del incremento de los derechos de pesca, así como venía de un periodo de bajos o negativos rendimientos financieros, lo que motivó un fuerte endeudamiento para mantener la operación; sin embargo, dicha realidad no fue recogida ni sopesada por la autoridad administrativa para evaluar la determinación de un aumento en la carga referida a los derechos de pesca.

Esta situación muestra que no se consideraron las particularidades y realidad de la industria pesquera, ni otros elementos relevantes, para finalmente definir una fórmula de aumento del derecho de pesca que termina gravándola más desde puntos de referencia de captura en los que no genera rentabilidad. Una situación como la descrita necesariamente limita la capacidad de cualquier actividad productiva de generar mayor valor para la sociedad, toda vez que la sobrecarga de obligaciones en la actividad reduce la capacidad de generar mayores puestos de trabajo, invertir en innovación y desarrollo de nuevos productos, implementar proyectos de responsabilidad social en beneficio de la comunidad, entre otros.

## 3.2 Los criterios económicos, sociales y ambientales.

Como se ha expuesto en el capítulo Estado del Arte, de acuerdo con la Ley Orgánica para el Aprovechamiento de los Recursos Naturales, la retribución por el acceso a los recursos naturales debe determinarse en función de criterios económicos, sociales y ambientales, es decir, tener en cuenta las consideraciones y realidad del desenvolvimiento económico de la actividad lo que comprende el aporte que realiza a la economía del país por el aprovechamiento del recurso y que por ende tiene un impacto en el desarrollo de la Nación, teniendo en cuenta las particularidades propias de la industria y el mercado en el que se desarrolla. Asimismo, la evaluación del impacto de la actividad en las condiciones y sostenibilidad del recurso natural y el medio ambiente; y finalmente, la interacción de esta con el entorno social en el que desenvuelve.

### 3.2.1 Criterios Económicos

Adicionalmente a las consideraciones económicas propias de los rendimientos del negocio que se desarrolla por el aprovechamiento del recurso anchoveta para CHI, mencionadas en el punto precedente, es importante reflejar el **aporte de esta actividad en la economía nacional** a fin de entender el impacto que podría generar una política mal diseñada que afecte una actividad productiva.

Siguiendo el estudio realizado por Apoyo Consultoría, citado en el punto precedente, la consultora utiliza los años 2018 y 2019 para medir el impacto de la actividad pesquera en la economía nacional, señalando que el aporte al PBI por concepto de extracción representó el 0.7% (S/. 3,895 millones) y 0.5% (S/. 2,711 millones) respectivamente, asimismo la actividad extractiva de pesca incrementa las ventas en el resto de la economía en 63% a través de su impacto indirecto (energía, agua, petróleo, sector financiero y servicios, por cada S/. 100 de valor bruto de producción de extracción se generan S/. 63 indirectos en otras industrias). El valor de puestos de trabajo directos e indirectos generados por la industria extractiva representó 112 mil puestos. Asimismo, el sector pesquero aportó un total de S/1,246 millones al Estado a través del pago de tributos y aportes regulatorios, de los cuales el 48% están representados por la parte extractiva, este monto supera ampliamente el presupuesto asignado al Ministerio de la Producción. Finalmente señala que la pesca contribuyó con US\$ 3,300 millones a las exportaciones,

equivalente al 7% de las exportaciones totales del Perú, de las cuales el 62% están representadas por las exportaciones CHI.

Adicionalmente al relevante aporte que representa la pesca para la economía nacional – lo que debió ser considerado en el análisis con la finalidad de identificar si un aumento de la retribución podía impactar negativamente en la capacidad de esta actividad para mantener su contribución a la economía – es importante entender las características de esta actividad, es decir, las particularidades de esta industria y cuáles son los retos que enfrenta para entender también en qué medida una carga mal diseñada puede afectar su desempeño y sostenibilidad.

La industria pesquera dedicada a la extracción de anchoveta para CHI y por conexión la dedicada a la producción de harina y aceite y pescado, enfrenta importantes limitaciones que inciden directamente en su capacidad de crecer y mantener competitividad en el mercado en el que se desenvuelve. Por la naturaleza misma de la actividad y su dependencia directa de un recurso natural vivo limitado, la industria tiene un **limitado potencial de crecimiento**, toda vez que la capacidad de producción está directamente relacionada con la disponibilidad del recurso. Ello implica que la capacidad de producción y crecimiento de esta industria está determinada por los volúmenes de captura que permiten la sostenibilidad del recurso, y no puede ir más allá de eso, a diferencia de otras actividades que ante la ausencia de materia prima local pueden recurrir a otros mercados para acceder a los insumos que requieren para mantener la actividad en constante operación, en el caso de la pesca de anchoveta ello no es viable, y pueden presentarse situaciones en las que, por las condiciones del medio ambiente y consideraciones biológicas del recurso, la captura puede ser abundante, muy limitada o inclusive nula<sup>10</sup>. Esta realidad es sumamente importante y debería ser una parte esencial de un análisis destinado a incrementar las cargas que asume; sin embargo, ello no fue tomado en cuenta en la evaluación que desarrollo la administración.

Junto con lo señalado anteriormente, y directamente relacionado al desempeño de la actividad, está el hecho de que es una actividad de **altos costos fijos**, toda vez que requiere de una gran capacidad instalada en todo el litoral de la costa (plantas de producción y flota de embarcaciones) cuyo mantenimiento representa una inversión constante de recursos, ya que está expuesta a un ambiente agresivo, como lo es la cercanía al mar, lo que genera el deterioro constante de los

<sup>10</sup> En el año 2014 no se autorizó el desarrollo de la segunda temporada de pesca de anchoveta para CHI, con lo cual la industria solamente pudo producir de lo que normalmente produce en un año normal.

equipos. Esta capacidad instalada debe mantenerse en buenas condiciones de operatividad de manera permanente para estar siempre apta para poder capturar y procesar el recurso cuando esté disponible y así lo determine la administración autorizando el desarrollo de las actividades extractivas<sup>11</sup>, sin tener conocimiento previo de los volúmenes que podrá extraer, ni si las condiciones de la pesca permitirán completar la cuota asignada.

Asimismo, otro elemento que ha sido obviado en el análisis y que resulta sumamente relevante para diseñar adecuadamente la determinación de una carga como el derecho de pesca, es el hecho de la posición que mantiene Perú en el mercado mundial de harina y aceite de pescado, y como impacta en este la capacidad de producción que pueda tener nuestro país.

**Perú es el principal productor del mundo** de harina y aceite de pescado, representa aproximadamente entre el 25% y 30% de la producción mundial<sup>12</sup>, esto significa que la capacidad de producción peruana influye directamente en la oferta de estos productos y por ende en la determinación del precio de mercado del mismo, es decir, uno de los factores para la determinación del precio internacional del producto depende directamente de los volúmenes de producción nacionales. Ello implica que cuando Perú produce poco, el precio internacional de la harina de pescado se incrementa, y junto con ello, debido al valor de indexación que se ha incorporado en la fórmula para el cálculo de los derechos de pesca, también se incrementa el aporte que deben hacer los administrados por el acceso al recurso; sin embargo, esta situación lo que finalmente logra es aumentar la carga de la retribución en momentos en que seguramente la empresa no genera renta, toda vez que, como hemos explicado anteriormente, al ser esta una industria de altos costos fijos, requiere de cierto volumen de producción para poder alcanzar su punto de equilibrio y a partir de ese punto empezar a generar rentabilidad, si la carga aumenta como consecuencia de una baja productividad, lo que finalmente va a lograr la normativa al incrementar la retribución relacionando su valor con el precio internacional de un producto derivado, y a su vez estableciendo este aumento sin distinción del volumen de captura que se logre, es aumentar la carga cuando la empresa genera menores ingresos y reduce su rentabilidad, es decir, se establece un mecanismo

<sup>11</sup> La pesca de anchoveta CHI se desarrolla en dos temporadas al año, la primera normalmente inicia en el mes de abril y concluye en julio, y la segunda en el mes de noviembre y concluye en enero del año siguiente. El inicio de las temporadas de pesca es autorizado por el Ministerio de la Producción, estableciendo un volumen de captura determinado, previa evaluación e informe del IMARPE sobre la condiciones y disponibilidad del recurso, así como del medio ambiente. Por ello, la industria debe mantener su capacidad operativa activa los 12 meses del año para operar aproximadamente 6 o 7 meses, sin conocer de antemano el volumen de recurso que podrá extraer ni cuánto durará exactamente la temporada de pesca.

<sup>12</sup> <https://www.indexmundi.com/agriculture/?producto=harina-de-pescado&variable=produccion&l=es>

que colabora con la asfixia de las empresas afectando su sostenibilidad, y con ello se podría impactar su capacidad de generar empleo y seguir aportando a la economía nacional, así como su competitividad a nivel internacional.

Otro elemento importante para tener en cuenta y que también está relacionado con lo señalado anteriormente, es que las **empresas peruanas compiten internacionalmente** en el mercado de harina y aceite de pescado, y junto con ello con otros productos que se presentan como sustitutos o alternativas a los mismos, como la soya y el maíz. De acuerdo con la Organización Internacional de Ingredientes Marinos (IFFO por sus siglas en inglés) la mayor parte de ingredientes marinos (harina y aceite de pescado) se utilizan en la alimentación de la dieta acuícola; sin embargo, las tasas de inclusión de estos productos en las dietas se vienen reduciendo<sup>13</sup> a través de los años, por ejemplo, en el caso del salmón el uso de harina y aceite se ha reducido aproximadamente en 50%<sup>14</sup>.

Como elemento adicional, y también relacionado directamente con los puntos anteriores, tenemos que los **mercados internacionales se han vuelto cada vez más exigentes** con los estándares de producción que deben cumplir las empresas que proveen productos o participan en la cadena de producción de los productos que se consumen en ciertos mercados. Estas exigencias, representan a su vez importantes inversiones en innovación y adecuación de procesos que deben asumir las empresas para mantener su competitividad en estos mercados y con ello el posicionamiento del producto peruano, como ejemplo tenemos la implementación de estándares de sostenibilidad en las pesquerías como el Marine Stewardship Council – MSC<sup>15</sup> y estándares de producción acuícola como Aquaculture Stewardship Council - ASC<sup>16</sup>.

Lo señalado anteriormente, tiene como intención reflejar una serie de elementos, realidades y consideraciones que debieron ser tomadas en cuenta por la autoridad para cumplir con las condiciones que se exigen tanto para la determinación de la retribución de que deben pagar todos los privados que acceden al aprovechamiento de un recurso natural. Por ello se ha abordado en este punto - de manera no exhaustiva - el aspecto económico de la evaluación considerando algunas de las particularidades que deberían tomarse en cuenta para determinar adecuadamente la

<sup>13</sup> <https://www.iffo.com/es/node/382>

<sup>14</sup> [https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/acuicultura/publicaciones/archivos/000000\\_Informaci%C3%B3n%20y%20noticias%20vinculadas%20al%20sector/131029\\_Evoluci%C3%B3n%20de%20las%20dietas%20para%20acuicultura.%20el%20reemplazo%20de%20los%20componentes%20azules.pdf](https://www.magyp.gob.ar/sitio/areas/acuicultura/publicaciones/archivos/000000_Informaci%C3%B3n%20y%20noticias%20vinculadas%20al%20sector/131029_Evoluci%C3%B3n%20de%20las%20dietas%20para%20acuicultura.%20el%20reemplazo%20de%20los%20componentes%20azules.pdf)

<sup>15</sup> <https://www.msc.org/es>

<sup>16</sup> <https://www.asc-aqua.org/es/>

viabilidad de la propuesta normativa materia análisis, así como los beneficios y efectos que esta podría traer, para lo que también debería considerar distintas alternativas de regulación identificando aquella que sin ser la más gravosa cumpla con la finalidad que se pretende lograr con la normativa a implementarse.

### 3.2.2 Criterios Sociales

Otro de los criterios para la evaluación de los aspectos relevantes a considerar para establecer la retribución por el acceso al recurso natural está determinado por el criterio social, el mismo que debe ser desarrollado teniendo en cuenta la finalidad que persigue el Estado con la asignación de derechos para el aprovechamiento de los recursos naturales, donde ante la imposibilidad de un aprovechamiento universal que llevaría a la depredación de los recursos se permite el acceso de manera limitada y ordenada a un grupo determinado de individuos de la sociedad con la finalidad de que su aprovechamiento se traduzca en un beneficio común y a su vez permita la sostenibilidad en el tiempo del mismo.

Así, como se ha identificado anteriormente, la actividad que se desarrolla alrededor de la extracción del recurso anchoveta CHI, realiza aportes económicos para asegurar la sostenibilidad del sistema previsional de los trabajadores pescadores, que es una parte importante de la seguridad social de los individuos.

Al respecto, la Constitución, norma que regula tanto el funcionamiento del Estado y la relación entre los poderes que lo integran, también ordena la convivencia social, y al respecto establece en su artículo 10° lo siguiente:

*“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social para su protección frente a las contingencias que precise la ley para la elevación de su calidad de vida.”*

En este sentido, la seguridad social es reconocida como un derecho fundamental en nuestro ordenamiento, con los objetivos de proteger a la persona contra las contingencias que pueden darse en su vida y que están señaladas en la ley; y, elevar la calidad de vida. Una de las prestaciones que comprende el ordenamiento jurídico para atender las contingencias de la vida, es la pensión de vejez.

Por ello, el artículo 11° de la Constitución establece como correlato a la seguridad social, el deber de garantía estatal de hacer posible y promocionar el acceso libre a las prestaciones de salud y vejez que otorguen los sistemas de seguridad social presentes en nuestro país.

En el caso del sistema previsional de los pescadores, los aportes que realizan las empresas para el financiamiento y sostenibilidad del mismo representan la forma en la que el Estado busca cumplir con su deber de garantía de la seguridad social, y lo hace a través de la distribución de los beneficios que genera el acceso al recurso natural (lo que, como he señalado anteriormente, forma parte del derecho de pesca). Este aspecto social si bien fue considerado parcialmente en la norma aprobada, deja de lado una parte importante del aporte<sup>17</sup>, lo que impide cuantificar adecuadamente el impacto real de una modificación en la carga económica que se aplica a la actividad.

Asimismo, como se ha señalado en el desarrollo de los criterios económicos, la actividad extractiva y la producción derivada de esta genera una importante fuente de trabajo. La capacidad de generación de empleos formales y de calidad es un elemento que debe ser considerado dentro de una evaluación que considera los impactos sociales de cualquier actividad, toda vez que esta fuente de trabajo representa el sustento de miles de familias y su sostenibilidad o capacidad de mejorar las condiciones laborales de los trabajadores en el tiempo puede verse afectada por una norma que establece un aumento de las cargas que dadas las características particulares descritas de la actividad pesquera, mal determinada puede atentar contra su equilibrio económico y competitividad.

Por ejemplo, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 – Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, modificado por la Ley N° 31110, en la actividad pesquera la participación de los trabajadores en el reparto de utilidades alcanza el margen más alto de 10%, esto implica que una carga económica adicional mal determinada por la autoridad no solamente limita la rentabilidad y estabilidad económica de la empresa, sino que merma la posibilidad de que los trabajadores mejoren sus ingresos a través de la participación en las utilidades ya que estas derivan directamente de la rentabilidad de la empresa.

<sup>17</sup> Tal como se señaló en el acápite 7.3 del presente trabajo de investigación, al analizar la norma que aprueba los nuevos derechos de pesca, se omite considerar como parte del derecho de pesca el aporte de 5% al fondo previsional individual de cada trabajador pescador, comprendido dentro de los aportes que deben formar parte del derecho de pesca.

Finalmente, también es importante tener en cuenta que las empresas pesqueras desarrollan programas de responsabilidad social en sus zonas de influencia. Por ejemplo, de acuerdo con la Memoria Anual 2019 de la Sociedad Nacional de Pesquería, las empresas pesqueras han desarrollado un programa para combatir la anemia denominado “Armada de Hierro”, este programa ha logrado que EsSalud en coordinación con las empresas pesqueras, evalúen a más de 1,293 niños en campañas itinerantes en distintas zonas de la costa. Otro ejemplo que se muestra en el mismo documento es Programa APRO Compost cuyo objetivo es elaboración de abono ecológico a partir de los residuos que generan los procesos industriales, y que es entregado los gobiernos locales y agricultores para la mejora de áreas verdes y cultivos.

Lo expuesto busca reflejar los impactos y aportes sociales que genera la actividad pesquera y que debieron ser tomados en cuenta por la autoridad al momento de evaluar la política que se pretende implementar. Al omitir estas consideraciones no solamente el análisis resulta insuficiente, incompleto y no responde al marco legal vigente, sino que también se presenta ajeno a lo que promueve el análisis de impacto regulatorio, con lo cual – como se ha señalado también en relación con los criterios económicos – se podría terminar limitando la capacidad de la empresa de contribuir en los aspectos sociales para el desarrollo de la Nación.

### **3.2.3 Criterios Ambientales**

El tercer criterio cuya consideración y evaluación exige la regulación vigente para la determinación de la retribución por el acceso a los recursos naturales es el criterio ambiental, que debe comprender el impacto de la actividad en el medio ambiente y en relación con el recurso que aprovecha, con la finalidad de identificar efectos negativos que deban ser atendidos con los recursos que se recaudan.

Al respecto, como primer punto es importante entender el estado de sostenibilidad de la pesquería de anchoveta peruana. De acuerdo con las evaluaciones científicas que realiza el IMARPE, la biomasa de anchoveta muestra un comportamiento estable en los últimos 12 años, con un promedio de 8.7 millones de TM, tal como se muestra en el siguiente cuadro:

*Figura 4. Evolución de la Biomasa de Anchoveta:*

Fuente: IMARPE

Esta información evidencia que la actividad pesquera que se desarrolla alrededor de este recurso mantiene adecuados estándares de sostenibilidad que permiten la continuidad y vigencia de la actividad.

Adicionalmente a lo señalado, importantes instituciones a nivel internacional han reconocido la buena gestión pesquera que se realiza respecto de la anchoveta peruana. Así tenemos que la FAO en una auditoría llevada a cabo al IMARPE en el año 2014 señaló que: *“Para la pesquería de anchoveta, los métodos directos para la evaluación son apropiados y científicamente sólidos, basados en años de desarrollo y revisión”*<sup>18</sup>. Asimismo, el Banco Mundial ha reconocido el logro de la implementación del sistema de cuotas en esta pesquería señalando: *“Con la asistencia del Banco Mundial, el Gobierno peruano implementó una reforma que ha permitido que la pesca industrial de anchoveta se realice de manera más sostenible”*<sup>19</sup>, y finalmente la OECD y CEPAL en el documento Evaluaciones del Desempeño Ambiental de Perú 2016, señalan que: *“En general, la industria pesquera para el consumo humano indirecto está muy bien regulada y controlada”*<sup>20</sup>. Por ello se puede afirmar que esta es una actividad que se desarrolla dentro de estándares adecuados de sostenibilidad manteniendo un aprovechamiento responsable del recurso.

<sup>18</sup> [http://www.imarpe.pe/imarpe/archivos/informes/imarpe\\_inf\\_final\\_auditoria\\_fao\\_a\\_imarpe\\_\(may\\_14\).pdf](http://www.imarpe.pe/imarpe/archivos/informes/imarpe_inf_final_auditoria_fao_a_imarpe_(may_14).pdf)

<sup>19</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=shloroKmRRQ>

<sup>20</sup> [http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40171/S1600313\\_es.pdf?sequence=1](http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40171/S1600313_es.pdf?sequence=1)

Asimismo, es importante señalar que la industria privada ha implementado acciones con la finalidad de coadyuvar al seguimiento y evolución de las condiciones del recurso y mitigar el impacto de la actividad en el ecosistema marino, para ello ha creado el Programa Salvamares, que consiste en la capacitación del personal a bordo de las embarcaciones pesqueras con el objetivo de cuidar la biodiversidad marina (adecuada liberación de especies que caen accidentalmente en las faenas de pesca), así como generar conocimiento sobre las especies que viven en él a través de las denominadas ‘bitácoras de pesca’, que son los registros que los pescadores capacitados en el programa llenan durante las faenas de pesca. Así, esta observación y recojo de información permite hacer seguimiento a la interacción de la pesquería de anchoveta con el medio ambiente midiendo su impacto y estableciendo mecanismos de mitigación (la información que se genera a través de este programa ha sido puesta a disposición del público en general por medio del sistema PESCADATA<sup>21</sup>). Este programa ha sido merecedor de dos importantes premios: “Premio Nacional Antonio Brack 2020” del Ministerio de la Ambiente y “Perú por los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2020” de la organización Perú 2021.

Por otro lado la industria de producción de harina y aceite de pescado, que si bien no representa la parte extractiva de la actividad pero su desarrollo y desempeño está directamente relacionada con esta última, ha realizado inversiones que superan los US\$ 500 millones de dólares<sup>22</sup> en mejoras ambientales, lo que comprende la migración del sistema de secado a fuego directo, al sistema “*steam dried*” para la producción de harina, que reduce las emisiones de gases de efecto invernadero y reduce en 24% el consumo de combustible. Asimismo, se han implementado en todas las plantas el sistema de recuperación de sólidos y grasas que cumplen con los límites máximos permisibles (LMP) de efluentes, y sistemas de control y monitoreo de emisiones para cumplir con los LMP de emisiones. También se ha invertido en emisores submarinos para la adecuada disposición de los efluentes tratados, en el caso particular de las bahías frágiles como Chimbote (Bahía El Ferrol<sup>23</sup>) y Paracas (Bahía de Paracas<sup>24</sup>) se han implementado sistemas

<sup>21</sup> PESCADATA es el sistema de información que la Sociedad Nacional de Pesquería (SNP) ha puesto a disposición del Instituto Humboldt (IHMA), y a través suyo a la comunidad pesquera y científica sobre diversas variables ambientales de manera diaria; asimismo están disponibles estadísticas de pesca para diferentes especies; e información acústica colectada por la flota para distintas especies en formato georreferenciado, tanto en bitácoras como en ficheros RAW con los que es posible estudiar diversos componentes del ecosistema marino. Este aporte forma parte del compromiso cumplido por la SNP en el marco del Objetivo 14 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas. <http://ihma.org.pe/en/category/data/>

<sup>22</sup> En el periodo comprendido entre los años 2008 y 2015 la industria pesquera peruana ha realizado inversiones por US\$ 500 millones para adecuarse al cumplimiento de las regulaciones ambientales. <https://www.snp.org.pe/category/snp-ambiental/>

<sup>23</sup> <https://www.snp.org.pe/aproferrol/>

<sup>24</sup> En 1999, la industria pesquera de la zona se organizó en una Asociación de Productores denominada APRO Pisco, con el fin de impulsar una producción más limpia y sostenible. En sus primeros cinco años de existencia, esta iniciativa alcanzó logros importantes de resaltar, tales como:

colectivos de disposición de efluentes con emisores que superan los 10 km. de longitud para evacuar los efluentes fuera de las bahías hacia zonas de adecuada dilución. Y en las zonas donde está disponible el gas natural, la industria ha sustituido el petróleo por este combustible.

Definitivamente, el impacto ambiental de una actividad es un elemento importante a tomar en cuenta para efectos de determinar el diseño de la regulación, la cuantificación de infracciones y en el caso de la retribución el diseño de la carga que debe aplicarse, para lo cual se debe tener en cuenta el nivel de cumplimiento de obligaciones establecidas, las condiciones en la que se llevan a cabo las operaciones, el nivel de compromiso de los usuarios con el aprovechamiento sostenible del recurso y ejercicio de la actividad en armonía con el medio ambiente, para con ello definir si en función de estos aspectos se requiere determinar obligaciones o cargas que ayuden a mitigar o armonizar el desarrollo de la actividad con el desarrollo del medio ambiente, no sin antes barajar alternativas que permitan identificar entre varias opciones cuál sería la más eficiente para lograr estos fines.

Siguiendo la realidad evidenciada anteriormente, es válido afirmar que, desde el punto de vista ambiental, no se advierten situaciones de alerta ni tampoco se verifica la existencia de una actividad ajena a la necesidad de desarrollo en armonía con el medio ambiente, por el contrario, se aprecia la sostenibilidad del recurso materia de aprovechamiento, así como una industria que invierte y participa activamente en la mitigación de los impactos que pudiera generar en el medio ambiente.

### **3.3 Aplicación de los criterios económico, social y ambiental al análisis para la determinación del derecho de pesca.**

Como se ha podido apreciar en el capítulo Problema de Investigación, ni la metodología propuesta, los proyectos de norma o la norma aprobada han cumplido con el marco legal vigente, aprobando un derecho de pesca cuya fórmula de cálculo utiliza como parámetro de determinación

-Todas sus plantas asociadas utilizaban la tecnología ecoeficiente de secado indirecto a vapor, la cual reducía sus emisiones a un nivel mínimo.

-Se optimizó el tratamiento de los sólidos y grasas del agua de bombeo.

-Se construyó un emisor submarino de 18 pulgadas de diámetro y 13.8 Kms. de longitud para verter el agua de bombeo tratada a una profundidad de 50 metros, en una zona que garantizaba el impacto cero en la Reserva.

-Todas estas acciones posibilitaron que no se afecte en absoluto este frágil ecosistema y que, actualmente, la zona sea un gran hub turístico y hotelero. El éxito alcanzado con el modelo ambiental descrito, incluyendo el emisor submarino de alta dilución, fue replicado bajo supervisión del Estado en los casos de la Bahía El Ferrol y la Bahía Samanco. <https://www.snp.org.pe/category/snp-ambiental/>

el valor de un producto derivado de la aplicación de procesos industriales (harina de pescado) y no sobre el valor del recursos natural propiamente dicho, tal como lo ha delimitado el tribunal constitucional al resolver el caso referido a la regalía minera (Exp. 01043-2013-PA/TC). Asimismo, se ha omitido incorporar los criterios sociales y ambientales, así como un análisis integral del criterio económico como ha sido desarrollado anteriormente. Esto no solamente implica una contravención al marco normativo vigente, sino que adicionalmente redundando en la materialización de un análisis de impacto regulatorio ausente, donde estos elementos resultan de suma importancia y convergen en lo que debería ser un desarrollo completo de una evaluación que cumpla con determinar la viabilidad y eficiencia de la norma que se pretende aplicar.

Efectivamente, como se ha señalado en el acápite 6.4, el análisis de impacto regulatorio para reflejar una evaluación integral y adecuada de la viabilidad de la regulación debe comprender, además de una clara definición del problema (elemento del que adolecen todas las propuestas y la norma aprobada) y los objetivos y alternativas para lograrlos, la evaluación de los distintos impactos que la regulación pudiera generar, lo que se condice con el mandato de incluir criterios económicos, sociales y ambientales para definir la retribución. La omisión de estas consideraciones y criterios en el diseño de una norma que establece la retribución por el acceso al recurso anchoveta para CHI nos muestra que la administración lejos de cumplir con sus obligaciones y desarrollar un análisis técnico y objetivo que determine la emisión de una norma justificada, emprendió un proceso regulatorio destinado exclusivamente a identificar un excedente en la renta de las empresas que pudiera ser capturado para una mayor recaudación, sin reparar en el impacto que una medida de esta naturaleza podría tener en una actividad económica relevante para el país, pudiendo finalmente perjudicar el desarrollo de la misma y limitar el aporte que representa para la sociedad en general.

## CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES

### 4.1 Capítulo I: Estado del Arte.

1. El Estado es soberano en el aprovechamiento de los recursos naturales como bienes públicos, excluyendo la posibilidad de libre apropiación por parte de los particulares. Esta soberanía se ejerce a través de la regulación de las habilitaciones, beneficios o derechos concedidos a los particulares para su uso y aprovechamiento, buscando lograr la finalidad de armonizar el desarrollo de las actividades empresariales relacionadas a este aprovechamiento con la generación de bienestar común.
2. En dicho contexto, el Estado tiene el derecho y deber de establecer y cobrar una retribución económica por el aprovechamiento de los recursos naturales. Esta retribución no tiene naturaleza tributaria, sino representa una contraprestación, pero debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad para su determinación, ser definida aplicando criterios económicos, sociales y ambientales, incluir todos los conceptos relacionados al acceso y aprovechamiento del recurso, y no puede exceder el ámbito de valoración del recurso en su estado natural, ya que ello implicaría una afectación al derecho de propiedad de los particulares que tienen acceso a los recursos. En el caso de los recursos pesqueros la retribución se denomina derecho de pesca y comprende el financiamiento para una gestión adecuada de la actividad, así como las necesidades redistributivas para lograr armonía y beneficio social. Particularmente, para el recurso anchoveta destinado al CHI, junto con el derecho de pesca propiamente dicho, se debe considerar como parte de este los pagos que realizan los administrados por el Sistema de control satelital, Programa de control y vigilancia, Aportes previsionales y FONCOPES, que suman alrededor de US\$ 16 por TM de pescado antes del aumento materia de análisis.
3. Considerando la evolución del ejercicio de la potestad regulatoria del Estado y el marco legal establecido por los Decretos Legislativos N°s 1310 y 1448, el diseño de la regulación que proponga la retribución por el aprovechamiento de los recursos naturales debe necesariamente, como se ha señalado en el acápite 6.4 del capítulo estado del arte, aplicar adecuadamente el análisis de impacto regulatorio incorporando y desarrollando sus componentes esenciales en el marco de una evaluación integral y completa de la viabilidad de la propuesta normativa como herramienta para abordar el problema o necesidad

identificada. Ello comprende la definición clara del problema, los objetivos de la política que se quiere implementar, las diferentes alternativas para lograr estos objetivos que pueden ser una norma u otro distinto, la evaluación de los distintos impactos que la regulación pudiera generar, los mecanismos para asegurar el cumplimiento de la norma, el monitoreo y evaluación de la propuesta, y la consulta pública.

4. En este sentido, una propuesta de esta naturaleza debe partir de identificar la problemática que se atenderá con la regulación propuesta, así como evaluar el impacto que la misma puede tener en el desarrollo de la actividad, para lo cual es indispensable sumergirse en la realidad de la industria que la desarrolla, identificar sus fortalezas y debilidades, su situación económica, conocer el mercado en el que se desenvuelve, y desarrollar y analizar esta información en función de criterios económicos, sociales y ambientales que comprendan la gestión integral de las actividades involucradas. Es en función de esta información y análisis que se debe determinar adecuadamente el impacto que el valor de la retribución puede tener en el desempeño y sostenibilidad de la industria materia de gravamen, considerando y analizando a su vez las distintas alternativas que se podrían aplicar desde grabar hasta no grabar, y en todos los casos identificar con cuál de ellas se podría generar mayor valor y bienestar social a partir de estos recursos atendiendo las necesidades y problemas previamente identificados.

## **4.2 Capítulo II: Problema de Investigación**

1. Las propuestas normativas y el decreto supremo aprobado para regular los nuevos derechos de pesca han seguido parcialmente la metodología de la renta del recurso (propuesta por el consultor Carlos Paredes<sup>25</sup>) para justificar un aumento del derecho de pesca. Sin embargo, en el análisis de estos documentos se han identificado importantes incongruencias entre las distintas propuestas donde se incluyen y excluyen costos y se varían los niveles de rentabilidad de la industria, proponiendo de manera irracional aumentos cuando los volúmenes de captura reflejan en la evaluación una industria que genera pérdidas. Llegando al punto donde finalmente, cuando se sinceran la mayoría de los costos de la actividad (se omite el aporte de 5% al fondo previsional de cada trabajador) y se recoge la información

<sup>25</sup> Ver página 22 a 24

financiera de las empresas, sin ningún sustento evidente se aumenta en 18% el valor del recurso, a fin de justificar rentabilidad en la industria. Las múltiples variaciones entre los distintos proyectos y este repentino cambio final en el valor del recurso hacen presumir que, más allá de un análisis técnico serio destinado a identificar la posibilidad de compartir una mayor renta con el Estado, lo que se buscaba era justificar un aumento ya decidido políticamente.

2. Asimismo, no se presenta la problemática y necesidades (reales y justificadas) que se pretenden abordar y atender con la mayor recaudación propuesta, solamente se utilizan criterios enfocados en un análisis económico financiero para determinar los rendimientos de la industria y con ello intentar justificar que existe un excedente de renta que puede ser capturado por el Estado, sin analizar la naturaleza y particularidades de la industria gravada, por lo que no se determina si el impacto de la norma podría o no afectar la sostenibilidad económica de la actividad, como tampoco se identifican las alternativas que podrían aplicarse a fin de optar para la menos gravosa. Asimismo, junto con la ausencia de un análisis económico integral, se ignora los otros dos criterios esenciales que exige la normativa, como son el social y el ambiental. Y adicionalmente a ello, se materializa la ilegalidad de establecer un derecho de pesca en función del valor del producto final o derivado y no del recurso natural, ya que de acuerdo a lo explicado en el acápite 6.1.2. establecer la retribución por el acceso al recurso natural excediendo el ámbito de valoración de este (no puede comprender los productos que se deriven del mismo luego de la aplicación de procesos de transformación industriales) afecta al derecho de propiedad de los particulares, y eso es lo que ocurrió al utilizar el valor de la harina de pescado para determinar la fórmula de cálculo del derecho de pesca, toda vez que la harina de pescado es producto de un proceso industrial aplicado a la anchoveta.
3. Estas limitaciones en el análisis y desarrollo de las propuestas se basan en que la administración parte de un problema inexistente, como es el hecho de que el transcurso de un periodo de estabilidad de la fórmula de cálculo de los derechos de pesca debe tener como desenlace un aumento de la carga que estuvo estabilizada, y estructura la propuesta en base a esta premisa. En consecuencia, muestra la ausencia de un análisis de impacto regulatorio integral y completo que incluya los criterios exigidos en la regulación (económico, social y ambiental) y desarrollo de los componentes inherentes al análisis,

identificando alternativas adecuadas para regular evidenciando cuál es la que genera el menor impacto logrando la finalidad requerida.

### 4.3 Capítulo III: Discusión

1. La industria de CHI requiere de determinado volumen de captura para generar rentabilidad y se ve más afectada por las cargas cuando los volúmenes de captura son menores. En este sentido, hay volúmenes de captura que determinan un punto de equilibrio, por debajo de ellos la industria deja de ser rentable. Asimismo, se evidencia que la industria mantenía una importante carga de obligaciones antes del incremento de los derechos de pesca, así como venía de un periodo de bajos o negativos rendimientos financieros. Esta realidad no fue recogida ni sopesada por la autoridad administrativa para evaluar la determinación de un aumento en la carga referida a los derechos de pesca.
2. La necesidad de mayores recursos por parte de la autoridad, como justificación para un aumento de los derechos de pesca no encuentra sustento en la evidencia, ya que en promedio dejaba de ejecutar casi el 20% de su presupuesto. Asimismo, la industria ya asume parte importante de las necesidades que se pretende atender con los derechos de pesca como es el control y vigilancia de la actividad, y el apoyo en las actividades de investigación y seguimiento del recurso. A ello se suma que la industria se ha reducido sustancialmente en tamaño, por lo que demanda menores servicios por parte del Ministerio de la Producción. Finalmente, no se toma en consideración la diferencia entre los aportes que realiza la actividad dedicada al CHD vs. la actividad dedicada al CHI, donde la segunda asume la mayor carga por concepto de pago de derechos de pesca.
3. Asimismo, desde el punto de vista económico no se han considerado otras particularidades propias de esta industria como son las siguientes: limitada capacidad de crecimiento, altos costos fijos, principal productora a nivel mundial, compite internacionalmente y asume crecientes exigencias de los mercados internacionales.
4. En lo que respecta al criterio social se debió considerar la capacidad de la industria para generar puestos de trabajo formales, así como el aporte que realiza a la seguridad social de los trabajadores que dependen de ella, los beneficios que perciben estos últimos derivados de la propia rentabilidad de la actividad, así como el impacto y aportes que genera en sus

zonas de influencia. Por lo que, la omisión en considerar estos aspectos podría afectar la capacidad de generar mayores puestos de trabajo, mantenerlos, así como la obtención de mayores beneficios para los trabajadores y la sociedad.

5. Tampoco se desarrolla el criterio ambiental desde cuyo punto de vista no se advierten situaciones de alerta en cuanto a la sostenibilidad del recurso, ni tampoco se verifica la existencia de una actividad ajena a la necesidad de desarrollo en armonía con el medio ambiente, por el contrario se aprecia una situación de sostenibilidad en el tiempo del recurso materia de aprovechamiento, así como una industria que invierte y participa activamente en la mitigación de los impactos que pudiera generar en el medio ambiente. Esta situación también debería haber sido sopesada para cuantificar y dimensionar la necesidad de definir una carga mayor para la industria.
6. Lo señalado hace presumir que más allá de una determinación objetiva para definir un gravamen hacia los administrados, se presenta un sesgo subjetivo de los funcionarios que llevó a elaborar una norma estructurada con la finalidad de cumplir con una formalidad para implementar una medida preconcebida sin evidenciar una necesidad real para su creación y sin contar con un sustento técnico válido que la soporte.
7. En este sentido, del análisis realizado en la presente investigación se puede afirmar que, para el establecimiento de los nuevos derechos de pesca aplicables a la actividad de extracción de anchoveta para CHI aprobados en 2019, el Estado no ha cumplido con respetar los parámetros normativos vigentes, así como tampoco ha cumplido con realizar un adecuado análisis de impacto regulatorio obviando desarrollar los componentes de esta herramienta de construcción regulatoria que evidencien y justifiquen la necesidad y viabilidad de aplicar un aumento del derecho de pesca vigente, lo que debe tener como esencia la identificación de un problema real (como se ha señalado no se identifica ningún problema real en las propuestas y norma aprobada) que debe ser atendido, así como un análisis integral y completo que, desarrollando los criterios exigidos en la regulación (económico, social y ambiental), presente las alternativas que pudieran ser aplicadas y resulten adecuadas para regular, así como el impacto que podrían generar identificado aquella que pudiera ser implementada sin afectar o minimizando este impacto en el desempeño de la actividad. Por ello, se puede afirmar que cuando la administración emprende un proceso de determinación de una regulación en base a una premisa que no

identifica ni busca atender un problema real, termina dirigiendo el análisis a justificar una decisión preconcebida, lo que resulta contrario a lo que promueve el análisis de impacto regulatorio, dejando de lado todas las consideraciones relevantes que podrían identificar los impactos negativos que la medida podría generar con una alta posibilidad de traer como consecuencia un daño mayor al beneficio obtenido.



## Bibliografía

- Apoyo Consultoría, (2018). Análisis del desempeño financiero, de los costos regulatorios y tributarios, y de la fijación de derechos de pesca en el Perú. 2018. Recuperado a partir de: <https://www.snp.org.pe/wp-content/uploads/2019/10/2018-09-18-Apoyo-Informe-desempe%C3%B1o-financiero.pdf>
- Apoyo Consultoría, (2018). Análisis comparativo de los costos regulatorios y tributarios, y de la fijación de derechos de pesca en Perú y Chile. Elaborado para la Sociedad Nacional de Pesquería.
- Apoyo Consultoría, (2020). La contribución económica de la industria pesquera en el Perú. Elaborado para la Sociedad Nacional de Pesquería. Recuperado a partir de: <https://www.snp.org.pe/publicaciones/>
- Betancor, Andrés (2009). *Mejorar la Regulación: Una guía de razones y medios*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. p. 95 – 103.
- Cano, Guillermo, (1975). Marco Jurídico Institucional para el manejo de los recursos naturales. Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación – FAO. p. 43. Recuperado a partir de: <http://www.fao.org/3/a-h0422s.pdf>
- Congreso de la República. (1993). Constitución Política del Perú.
- Congreso de la República. (1997). Ley N° 26821, Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales.
- Diario Gestión, 21 de marzo de 2019, SNP sobre derecho de pesca: Hemos alcanzado al Produce dos informes para un mejor análisis. Recuperado a partir de: <https://gestion.pe/economia/snp-derecho-pesca-hemos-alcanzado-produce-dos-informes-mejor-analisis-262070-noticia/>
- Ernst & Young (2017). Comparación de cargas tributarias y algunas obligaciones del sector pesquero. Elaborado para la Sociedad Nacional de Pesquería.
- El tributo es un pago que el Estado exige a sus ciudadanos con el fin de financiar sus actividades y/o políticas económicas. <https://economipedia.com/definiciones/tributo.html>
- Galarza, E. y Collado, N. (2013). Los derechos de pesca: el caso de la pesquería de anchoveta peruana. *Apuntes. Revista De Ciencias Sociales*, 40 (73), p. 7-42. <https://doi.org/https://doi.org/10.21678/apuntes.73.686>
- Huapaya Tapia, Ramón. (2014). El régimen constitucional y legal de los recursos naturales en el ordenamiento jurídico peruano. *Revista de Derecho Administrativo*. Num.14. p. 327 – 339. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13455>

- Lastres Bérminzon, E. (1994). Los recursos naturales en la Constitución vigente. *IUS ET VERITAS*, 5(9), 137-142. Recuperado a partir de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15456>
- Ministerio de Pesquería. (2001). Decreto Supremo N° 012-2001-PE, Reglamento de la Ley General de Pesca.
- Ministerio de la Producción. (2012). Anuario Estadístico Pesquero y Acuícola. Recuperado a partir de: <https://www.produce.gob.pe/documentos/estadisticas/anuarios/anuario-estadistico-pesca-2012.pdf>
- Ministerio de la Producción (17.04.2019). Resolución Ministerial N° 150-2019-PRODUCE. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de la Producción (17.02.2019). Resolución Ministerial N° 055-2019-PRODUCE. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de la Producción (31.10.2018). Resolución Ministerial N° 486-2018-PRODUCE. Diario Oficial El Peruano.
- OECD (2019). Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de caso 2014 – 2016, OECD Publishing, Paris. Recuperado a partir de: <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>.
- Organización de Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura. (2020). El Estado Mundial de la Pesca y la Acuicultura. Recuperado de: <http://www.fao.org/documents/card/en/c/ca9229es>
- Paredes, C. (2013). ¿Atrapados en la red?: la reforma y el futuro de la pesca en el Perú. Fondo Editorial, Universidad de "San Martín de Porres." Instituto del Perú, Consorcio de Investigación Económica y Social (Perú). p. 227.
- Poder Ejecutivo. (1992). Decreto Ley N° 25977, Ley General de Pesca.
- Rubio, M. (1999). Estudio de la Constitución Política de 1993. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Tomo III. p. 327 – 349. Recuperado a partir de: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/68>
- Sociedad Nacional de Pesquería (2016). Eureka: 50 años de participación de la industria pesquera en la exploración científica. Recuperado a partir de: [https://snp.org.pe/media/pdf/aportes-al-debate-en-pesqueria/Aportes\\_al\\_debate\\_01\\_03\\_2016.pdf](https://snp.org.pe/media/pdf/aportes-al-debate-en-pesqueria/Aportes_al_debate_01_03_2016.pdf)
- Tribunal Constitucional. (2005). Expediente 0048-2004-PI/TC. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Recuperado a partir de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>

Tribunal Constitucional. (2013). Expediente 01043-2013-PA/TC. Sentencia del 1 de abril de 2005.  
Recuperado a partir de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/01043-2013-AA.pdf>

Velásquez López-Raygada, P. E. (2005). Naturaleza Jurídica de la regalía minera. *Foro Jurídico*,  
(04), 91-95. Recuperado a partir de:  
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18380>

