

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Análisis de algunos aspectos jurídicos del transporte de hidrocarburos
líquidos por ductos

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Magistra en Derecho
con mención en Derecho de la Empresa
que presenta:

Milada Genoveva Antúnez de Mayolo Schreier

Asesor:

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga

Lima, 2022

Informe de Similitud

Yo, **Hebert Eduardo Tassano Velaochaga**, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado “Análisis de algunos aspectos jurídicos del transporte de hidrocarburos líquidos por ductos”, de la autora Milada Genoveva Antunez de Mayolo, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 21%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 13/01/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

03 de febrero de 2023

Apellidos y nombres del asesor: Tassano Velaochaga, Hebert Eduardo	
DNI: 10273696	Firma <i>Hebert Tassano V.</i>
ORCID: 0000-0002-9471-8501	

Resumen Ejecutivo:

Desde nuestra óptica, existe un área del sector de hidrocarburos subexplotado, debido a un desfase entre la norma de origen y la cambiante realidad. Nos referimos a la utilización de ductos para el transporte de hidrocarburos líquidos a favor de terceros. La norma vigente, Ley Orgánica de Hidrocarburos - Ley N° 26221, data de 1996, el reglamento respectivo de transporte por ductos - D.S. N° 081-2007-EM, del año 2007, exigen la celebración de un contrato de concesión para la prestación de este tipo de transporte a terceros. A la fecha, con casi treinta años desde la ley vigente, y sin pretender dejar de lado las indispensables obligaciones de seguridad en el manejo, mantenimiento y tendido de ductos, no se contempla la posibilidad de una mejora legislativa que permita la aplicación de la voluntad de las partes para el transporte de hidrocarburos líquidos a través de ductos a favor de terceros, sin necesidad de la intervención estatal, como ocurre en otros sectores económicos que también utilizan ductos para el transporte de bienes líquidos, con la misma o mayor peligrosidad que los hidrocarburos. Ante esta situación, planteamos la posibilidad de permitir la prestación de este servicio, sin la intervención de la Dirección General de Hidrocarburos, del OSINERGMIN, ni la celebración de contratos de concesión, en la medida que haya acuerdo entre las empresas privadas. Para ello, nuestro análisis parte desde la perspectiva prescriptiva de política regulatoria, analizando el motivo por el cual se exige un contrato de concesión para el transporte a terceros, y si corresponde aplicar el análisis de calidad regulatoria sobre las normas que exigen la celebración del contrato de concesión para este tipo de servicios, demostrando que en algunos casos las empresas pueden prestar servicios a terceros, sin intervención estatal, como ocurre en otros sectores no regulados.

ÍNDICE

	Pág.
Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
Lista de Tablas	4
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	5
1.1. Problema de investigación	10
1.2. Planteamiento de hipótesis	13
1.3. Justificación de la investigación	14
1.4. Planteamiento de objetivos	16
1.5. Enfoque metodológico	17
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	19
2.1. Introducción al estado del arte de la regulación de transporte de productos líquidos por ductos dentro del sector hidrocarburos	19
2.2. Aspectos contextuales históricos	20
2.3. Aspectos contextuales económicos	23
2.4. Aspectos contextuales regulatorios	25
2.5. Marco teórico	26
CAPÍTULO III: ¿ES POSIBLE APLICAR UN ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA (ACR) A LAS NORMAS QUE EXIGEN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN A FAVOR DE TERCEROS DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS LÍQUIDOS POR DUCTOS?	30
3.1. Aplicación del ACR por OSINERGMIN en materia de transporte por ductos	30
3.2. La aplicación del ACR por parte de la DGH	34
3.3. Análisis del ACR que debió aplicar la DGH desde nuestro punto de vista en materia de	

Transporte de hidrocarburos líquidos por ductos	37
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DEL TRANSPORTE POR DUCTOS DE OTROS PRODUCTOS QUÍMICOS	41
4.1. Sobre el ácido sulfúrico	41
4.2. Sobre el alcohol isopropílico o isopropanol (IPA).	43
4.3. Sobre la soda cáustica o hidróxido de sodio	44
CAPÍTULO V: DISCUSIÓN	46
Conclusiones	50
Referencias bibliográficas	54



LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual.

Tabla 2: Ejemplo de simplificación de requisito administrativo.



CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

La regulación del servicio de transporte de productos líquidos por “ductos” dentro del sector hidrocarburos no contempla todos los actuales escenarios posibles que tienen o pueden tener algunas empresas del sector de hidrocarburos líquidos.

La norma actual que regula el transporte de hidrocarburos líquidos por ductos (D.S. 081-2007-EM) divide, de manera general, a los ductos en tres categorías: a) ducto principal, b) ducto para uso propio, y c) sistema de recolección e inyección. Otorga la posibilidad que las empresas operadoras que posean cualquiera de estas tres categorías de ductos puedan prestar servicios de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, a terceros, únicamente a través de contratos de concesión de transporte.

Entendemos que esta exigencia reglamentaria proviene del artículo 71 de la Ley 26221 (Ley Orgánica de Hidrocarburos) que señala literalmente que “cualquier persona natural o jurídica, nacional o extranjera, podrá construir, operar y mantener ductos para el transporte, de Hidrocarburos y de sus productos derivados, de acuerdo a un contrato de concesión para el transporte (...)”, en concordancia con los artículos 83° y 84° de la misma Ley, que regulan, respectivamente, la servidumbre legal de paso y la posibilidad de expropiación de terrenos en caso sean necesarias estas figuras legales para la instalación de ductos, entre otros supuestos contemplados en dichos artículos.

Se regula el cálculo de la tarifa de la concesión, en caso las partes no lleguen a un acuerdo, y una vez vencido el plazo de concesión (cuyo plazo sería entre 20 a 60 años), los ductos revierten al Estado, previo pago por el valor de los mismos, aun cuando el Estado no haya invertido en la instalación y tendido de los ductos. Así tenemos que el artículo 45° del D.S. 081-2007-EM señala:

Terminación de la Concesión

Artículo 45.- Causales de terminación de la Concesión

La Concesión termina por:

(...)

En todos los casos, el Concesionario está obligado a transferir o devolver los Bienes de la Concesión, libre de toda carga y gravamen de cualquier naturaleza, debiendo

estar en buenas condiciones operativas, excepto el desgaste normal como consecuencia del tiempo y del uso diligente de los mismos.

A la terminación de la Concesión, los Bienes de la Concesión serán transferidos o devueltos al Estado, según sea el caso, que el Concesionario haya construido o aportado los bienes que integran los Bienes de la Concesión, o que los ha recibido del Estado al momento del otorgamiento de la Concesión, respectivamente. (...).

Tanto la Ley mencionada como el Reglamento de Transporte de Ductos, no contemplan la posibilidad que existan empresas que ya tengan un tendido propio de ductos hacia un punto de recepción y despacho (de una planta industrial hacia un puerto, o entre dos plantas industriales, por ejemplo), o que exista la posibilidad que algunas empresas puedan invertir en la extensión de ramales de menor distancia hacia otras plantas de almacenamiento u otro tipo de plantas industriales en general, y que no requieran solicitar el uso de servidumbre de paso de predios del Estado, expropiaciones de terrenos de privados, ni concesión de los mismos, bien porque pasan por sus propios predios, o bien porque ya llegaron a un acuerdo con los otros propietarios privados en el pasado, o con las municipalidades del sector. Tampoco contempla la posibilidad que los privados puedan negociar directamente el tendido de sus ductos a través de los predios vecinos del sector privado.

En estos casos, estas empresas que ya cuentan con tendido de ductos o que puedan realizar un tendido sin la intervención estatal, tranquilamente podrían prestar servicios de transporte a terceros, de productos de hidrocarburos líquidos o de otros productos derivados de los hidrocarburos (OPDH) a través de sus ductos propios sin necesidad de llegar a establecer una concesión, por demás inexistente legalmente, y nefasta a futuro, de darse el caso para estos ejemplos (por la pérdida de la propiedad de los ductos al final del plazo de la concesión).

Como se puede observar, la normativa actual presume que siempre es indispensable la intervención estatal para que se pueda prestar a terceros el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, y por ello, exige que este servicio se preste a través de un contrato de concesión estatal (como se analizará más adelante). No ha dado opción a la existencia de otras alternativas viables, tal vez porque la Ley Orgánica de Hidrocarburos data de los años noventa, situación que será analizada más adelante.

Para que técnica y legalmente exista una concesión, el Estado tendría que ser propietario de los predios por los cuáles transitan los ductos, o por los cuáles se instalarán los mismos. En los supuestos mencionados, el Estado no es propietario de los predios, y en todo caso, los gobiernos locales que son las autoridades reguladoras de calles y pistas, que unen diversos predios privados, podrían autorizar el paso subterráneo de los ductos (a través de una servidumbre legal de paso), en la medida que la seguridad de la construcción y manejo de los mismos sean supervisados por OSINERGMIN.

Asimismo, y a manera de ejemplo, estas normas legales mencionadas tampoco contemplan que un consorcio o grupo empresarial se asocie para realizar un tendido de ductos (para reducir costos), en donde una sola empresa sea la Operadora, y ésta sea la que preste el servicio a los terceros partícipes de la inversión sin perder el dominio de la propiedad del ducto al finalizar la supuesta “concesión de servicio de transporte”, y les presente el servicio de transporte por ducto, de manera privada, recuperando la inversión.

El problema adicional que podría generar esta exigencia de adecuarse a ser una empresa “concesionaria de servicios de transporte por ductos” (dentro del caso planteado) para aquellas empresas que opten por no hacerlo, por considerar que no se encuentran dentro de esta normativa, o por medir el costo beneficio de perder su activo (ductos) en beneficio del Estado, al finalizar el plazo de la concesión, implicaría, a su vez, que las empresas que requiriesen el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos, busquen alternativas legales y viables para el transporte de hidrocarburos líquidos, distintas a los ductos.

Entre las alternativas legales existentes, consideramos las siguientes:

- a) Que la empresa propietaria del ducto descargue todo el producto de hidrocarburos líquidos hacia su propia planta (tanto los productos propios como los de terceros), la almacene en tanques de almacenamiento dedicados (por productos), y luego las despache a sus clientes a través de camiones cisterna, porque no podría usar su ducto al no desear la celebración de un Contrato de Concesión sobre el mismo.

Esta opción, si bien es viable, cambia todo el esquema empresarial, transformando a dicha empresa de “arrendadora del ducto principal” (entendiéndose que la troncal principal tiene, o podría tener, ramales directos de conexión hacia otras plantas de otras empresas)

en “prestadora de servicios de almacenamiento y despacho” de hidrocarburos líquidos a través de camiones cisterna.

Este esquema, implicaría no sólo el encarecimiento del servicio, debido a que dejaría de ser un servicio muy simple de arrendamiento de ducto, pasando a ser uno de mayor complejidad, que requiere mayor infraestructura, desde la instalación de tanques dedicados, hasta la contratación de operarios especializados en este tipo de cargas y descargas, personal administrativo, así como la obtención de permisos del ente regulador.

Este esquema, implicaría también un retroceso en el tiempo: al volver a usar camiones cisterna, para el traslado de los productos líquidos desde la, ahora planta de almacenamiento, hacia los clientes empresariales, con todo el problema colateral que significaría usar camiones cisterna (debería requerir una supervisión adicional de Osinergmin, genera tráfico vehicular, genera contaminación ambiental, al entrar una cantidad mayor de camiones cisterna no contemplados en temas de transitabilidad, producidos por los propios camiones, genera problemas de seguridad ciudadana), generando así, un perjuicio potencial a la población aledaña a las zonas industriales.

- b) Que la empresa propietaria del ducto principal otorgue un espacio dentro de su planta para que la empresa usuaria que requiere descargar productos de hidrocarburos líquidos instale sus propios tanques de almacenamiento dedicados y los opere directamente. Esta alternativa no elimina la necesidad que la empresa usuaria tenga que trasladar estos productos a sus propias plantas de hidrocarburos, en donde efectúen el tratamiento de esos productos (de materia prima a producto intermedio o final), a través de camiones cisterna.

Esta opción, también, cambia todo el esquema empresarial, transformando a dicha empresa de “arrendadora del ducto principal” (entendiéndose que la troncal principal tiene ramales directos de conexión hacia otras plantas de otras empresas) en “arrendadora de un espacio dentro de su planta principal” de hidrocarburos líquidos.

Este esquema, también implicaría el encarecimiento del servicio, debido a que dejaría de ser un servicio muy simple de arrendamiento de ducto, pasando a uno de mayor complejidad, que requiere mayor infraestructura (instalación de tanques dedicados, contratación de operarios y personal administrativo), además de conseguir los permisos del ente regulador.

Al igual que el esquema anterior, implicaría también el uso de camiones cisterna, para el traslado de los productos líquidos desde la, ahora planta de almacenamiento, hacia la planta principal del cliente, en donde efectuará las transformaciones que sean pertinentes. Se presenta el mismo problema colateral que significa usar camiones cisterna (supervisión adicional de Osinergmin, genera tráfico vehicular, genera contaminación ambiental de los propios camiones cisterna, genera problemas de seguridad ciudadana), generando un perjuicio potencial a la población aledaña a las zonas industriales.

- c) Que no se use el ducto, y se descargue a través de camiones cisterna, directamente desde los buques tanque hacia camiones cisterna, que circulen desde los puertos hacia las plantas de almacenamiento, o entre plantas de almacenamiento. Implicaría un retroceso empresarial, un mayor costo por usar este ineficiente servicio, y el incremento de tráfico y contaminación ambiental por el uso de cisternas, ya mencionados, así como el incremento del pago de derechos administrativos cobrados por los puertos, en caso permitan este tipo de servicio (externalidades negativas).

Todas estas alternativas encarecen el costo de producción de los bienes finales que utilicen las materias primas derivadas de los hidrocarburos líquidos o hidrocarburos en si mismos, que inicialmente podrían transportarse por ductos, y que al no optar por celebrar el contrato de concesión del servicio de transporte por ductos (por no perder dichos bienes al final del contrato mismo a favor del Estado), terminan con un mayor costo dentro de su proceso productivo. Este mayor costo, se traslada al producto o servicio final que prestan estas empresas, volviéndolas menos competitivas en el mercado, es decir incrementando los costos de transacción.

El temor de algunos actuales operadores de ductos que desean o que podrían prestar servicios de transporte por ductos de hidrocarburos líquidos a terceros, y que a pesar de no requerir celebrar un contrato de concesión con el Estado, se ven legalmente conminados a celebrarlo, conlleva a que desistan de prestar dichos servicios a terceros, perjudicándolos directamente, debido a que estos terceros no tienen ninguna posibilidad de intervenir, de exigir la aplicación de la concesión de transporte mencionada, ni decidir sobre ductos ajenos, quedándose relegados a seguir usando el sistema de la descarga de productos a través del uso de camiones cisterna, con todos los daños colaterales que el uso de éstas implica (mencionados en los literales a), b) y c) de líneas arriba). Es interesante verificar que el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos Líquidos está dirigido a las posibles empresas prestadoras de dichos servicios, no a los posibles usuarios de los mismos, quienes, aun requiriendo el servicio, no pueden optar por el mismo, si los operadores de ductos no aceptan los términos de la concesión.

Es importante recalcar que el análisis del presente trabajo no pretende eludir las obligaciones de seguridad exigidas para el tendido de ductos ni para el mantenimiento de los mismos, debido a que el reglamento de ductos que también contiene las obligaciones de seguridad para el tendido y uso de los mismos, sin duda, podría y debería aplicarse en los supuestos analizados, sea o no que se aplique el concepto de “concesión”.

1.1. Problema de Investigación

En gran parte de la historia de la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante DGH) y del ente regulador de hidrocarburos, el OSINERGMIN, suelen enfocarse más en los temas de seguridad que en otros problemas que se pueden generar dentro de su sector, y que pueden tener un relativo impacto económico en las empresas, como es el tema planteado.

Sin embargo, y de manera contraproducente a su fin principal, vienen otorgando plazos de adecuación o exoneraciones de varias de las obligaciones relacionadas justamente a las concesiones de los ductos, a los operadores de los mismos, o a las medidas de seguridad, que son temas con mayor impacto a la colectividad, sin dar opciones de análisis o modificaciones al tema de aplicación o inaplicación de la concesión de transporte para algunos supuestos ya comentados,

es decir, no entran a analizar ni a solucionar los temas de fondo, aparentemente, sólo inaplican algunas obligaciones por determinado tiempo.

Así tenemos, que el reglamento inicial de seguridad y transporte de hidrocarburos por ductos data de 1994 (D.S. N° 026-94-EM), luego fue derogada y remplazada por el D.S. N° 021-96-EM, luego por el D.S. N° 041-99-EM), y finalmente por el D.S. N° 081-2007-EM, vigente actualmente.

Al entrar en vigencia el Reglamento del año 2007, otorgó un plazo de hasta cinco años para que las empresas que contaban con ductos preexistentes a la norma inicial puedan adecuar sus ductos al sistema de seguridad e integración de ductos, es decir, daba una especie de amnistía, bajo el nombre de plazo de adecuación a la norma.

Luego de varias modificaciones menores, en el 2016, volvió a salir una segunda especie de amnistía para los usuarios de ductos, la R.M. N° 453-2016-MEM/DM, que exoneraba, entre otros temas, del cumplimiento de las obligaciones de obtener la concesión de transporte por ductos, por parte de los operadores de los mismos, en la medida que los propietarios u operadores de ductos, presentasen un Cronograma de Cumplimiento de las obligaciones para obtener los permisos de concesión (no de los usuarios de los servicios de transporte de productos). El plazo dependía de la aprobación de Osinergmin. Si los propietarios u operadores de ductos no se adecuaban a las exigencias de la figura jurídica de concesión, automáticamente, el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos que se haya estado prestando, se cortaba, y los usuarios, principales perjudicados, debían buscar alguna alternativa.

El 03 de enero del 2021, a través del D.S. N° 036-2020-EM se otorga un plazo de hasta cinco años a todos los operadores de hidrocarburos, para adecuar los planes de contingencia y estudio de riesgos de sus instalaciones. A través de esta misma norma, se otorga un plazo adicional de 24 meses para las empresas que, habiéndose acogido o no al cronograma del 2016, y que aún no hayan cumplido con la adecuación de sus instalaciones de ductos para el otorgamiento de concesiones de transporte, puedan hacerlo (plazo para los propietarios de ductos no para los usuarios de los servicios de transporte de productos).

Como se puede observar, en el año 1994, el OSINERGMIN emitió la regulación de los sistemas de seguridad de ductos nuevos y en el año 1999, otorgó un plazo para la adecuación de los

operadores que tuvieran ductos preexistentes a la norma, así como para los operadores de ductos nuevos.

En el interín entre un plazo de adecuación y otro, es probable que las empresas hayan seguido funcionando sin necesidad de constituir la concesión del servicio de transporte por ductos, por estar suspendida durante dichos períodos.

Lo que llama la atención de manera sorprendente, es que, más de veinte años después, siguen otorgando diversos plazos de adecuación para acogerse a las concesiones del servicio de transporte por ductos, y para otro tipo de obligaciones, como la aprobación de planes de contingencia o estudios de riesgo, sin considerar la modificación de las normas de fondo, que para el análisis específico, nos interesa específicamente la parte relacionada a la concesión del transporte de hidrocarburos líquidos por ductos. Al parecer, la DGH plantea una regulación excesiva, difícil de cumplir por todos los operadores de ductos de hidrocarburos, o en temas de seguridad de ductos de productos de hidrocarburos tiene plazos muy laxos, que, a la larga, podría traer consigo problemas de seguridad. En cualquier caso descrito, al otorgar sistemáticamente plazos adicionales de adecuación deja de lado un problema real de fondo, posponiendo una solución permanente al problema, como es la aplicación de un concepto legal equivocado, que es la “concesión del servicio de transporte por ductos”, para algunos casos específicos como los mencionados líneas arriba.

Incluso, existen productos químicos que están fuera de la regulación de Osinergmin, y de cualquier otra regulación, que son mucho más peligrosos que los hidrocarburos, cuyo transporte es definido como transporte de mercancías peligrosas según las recomendaciones propuestas por las Naciones Unidas, (2011, páginas 55 – 60).

Varios productos químicos, se transportan por ductos no regulados por la legislación peruana, y cuyo funcionamiento económico fluye naturalmente entre privados, y no existe regulación alguna que les exija el uso de contratos de concesión para prestar el servicio de transporte de productos por ductos. A manera de ejemplo, existe una red de ductos cuyo tendido va de algunas empresas ubicadas en zonas aledañas al Puerto del Callao hasta el puerto mismo, que cargan o descargan productos químicos como: alcohol isopropílico, hidrosulfuro de sodio, etanol, soda cáustica, ácido sulfúrico, estireno, entre otros productos, cuyos usos son destinados a la industria química y minera en su gran mayoría. La peligrosidad de estos productos se detecta por el grado de inflamabilidad o toxicidad de los mismos, que, de lejos, superan a los hidrocarburos líquidos.

Estos datos se pueden verificar en las Hojas de Seguridad de cada producto, emitido por sus fabricantes, y que analizaremos en el Capítulo IV.

Si siguiéramos la lógica contenida en la Exposición de Motivos que respalda al vigente Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos, en dónde se incluyen tres anexos que, en su conjunto, regulan las normas de seguridad en la instalación, diseño, operación, mantenimiento, abandono de ductos, así como la protección de instalaciones, del personal que los opera, y el medio ambiente, incluyendo la prevención de accidentes, encontramos que existe una rama de la industria que está fuera de la regulación de seguridad, que otorga la supervisión del Osinergmin, bastándoles algún instrumento ambiental ad hoc de paraguas, para el uso de ductos para productos químicos que resultan ser más peligrosos.

Este análisis nos permite verificar que existe una actividad poco regulada, que comparte el transporte de productos químicos peligrosos por ductos, que utilizan o podrían utilizar el servicio de transporte de productos por ductos a favor de terceros, en condiciones similares o mayores de peligrosidad que los hidrocarburos, y que, a la fecha, funciona bien sin la intervención del Estado.

1.2. Planteamiento de Hipótesis

Debido a que la regulación actual del servicio a favor de terceros del transporte de hidrocarburos por ductos exige la celebración de un contrato de concesión de transporte por ductos, planteamos la posibilidad que esta obligación sea exigible, únicamente, en los casos en que las partes involucradas realmente requieran la intervención del Estado para el tendido de ductos y la prestación del servicio de transporte por ductos a terceros. Si el operador del ducto llegase a ponerse de acuerdo con el tercero usuario del servicio de transporte, y no requiriese la intervención del Estado (Gobierno Central) para celebrar contratos de servidumbre de los predios por donde discurren o discurrirán los ductos, no debería ser exigible el contrato de concesión mencionado. En cualquier caso, se deben cumplir con los requisitos de seguridad y supervisión por parte de Osinergmin.

1.3. Justificación de la investigación

Detectamos que existe la posibilidad que se pueda prestar servicios de transporte de productos de hidrocarburos líquidos sin necesidad de celebrar un contrato de concesión del servicio de transporte para terceros, en dos grandes supuestos:

- a) Por no ser aplicable jurídicamente el concepto de “concesión” a algunos supuestos existentes o a algunos supuestos nuevos, aun cuando la legislación actual no haga distinción alguna.
- b) Por no ser indispensable la intervención del Estado (Gobierno Central) para la constitución de la concesión de transporte para terceros, para todos los supuestos; únicamente se justificaría en los casos en que las partes no llegasen a un acuerdo, o no pudiesen lograr un acuerdo con los propietarios de predios por donde discurrirán los ductos, en caso de instalación de ductos nuevos.

En doctrina se identifica tres grandes tipos de contratos de concesión: a) la concesión de infraestructura, b) la concesión de servicios, y c) la concesión mixta.

En todos ellos, se parte de la autorización que otorga el Estado sobre los bienes públicos, para ejecutar obras públicas en el caso de infraestructura, o para la prestación de servicios públicos o prestación de servicios que beneficien a una gran colectividad o a un grupo de operadores económicos.

A decir de Juan Carlos Morón Urbina, dentro de los contratos de concesión de infraestructura existen modalidades como el BOOT (Build-Own-Operate-Transfer) y el BOT (Build-Operate-Transfer) para concesión de servicios.¹

Asimismo, de acuerdo a artículo 66 de la Constitución Política del Perú de 1993, se determina que los recursos naturales son patrimonio de la Nación, y el Estado aprovecha dichos recursos de manera soberana, ordenando su regulación y condiciones de uso a través de leyes orgánicas, y

¹ Morón Urbina, Juan Carlos, Aguilera B., Zita. Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal, Fondo Editorial PUCP, 2019, 195 p.: señala que a través del BOOT, las empresas privadas construyen con recursos propios, y una vez terminada, la opera como propietario, y luego la transfiere al Estado. Por su parte, señala que en la modalidad BOT, también las empresas construyen con recursos propios (parte de una infraestructura previamente existente), opera, y luego transfiere al Estado.

determinando que a través de la concesión se otorga a los titulares, derechos reales sujeto a la norma legal habilitante.

Por su parte, la Ley orgánica de aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (Ley N° 26821) señala que las licencias, contratos de explotación, y otras modalidades de derechos sobre los recursos naturales tienen los mismos alcances que las concesiones.²

Siguiendo esta línea de revisión legal, y como se puede determinar, preliminarmente, y de acuerdo con el análisis de la Ley N° 26221, Orgánica de Hidrocarburos (en adelante LOH), dentro del marco previamente mencionado, se regula, a través del artículo 72, que cualquier persona natural o jurídica que requiera el uso de ductos para el transporte de hidrocarburos, deberá hacerlo a través de un contrato de concesión, dejando su regulación a la reglamentación del Ministerio de Energía y Minas.

En la práctica, existen supuestos que no se encuadran dentro de los conceptos doctrinarios de concesión, y que, de aplicarlo, a largo plazo generaría la pérdida de los ductos a favor del Estado, quedando sin regulación las instalaciones que forman parte de los mismos, por lo que haremos el análisis de estos supuestos.

El análisis partiría desde la perspectiva prescriptiva de política regulatoria, debido a que son supuestos legales a analizar dentro del sistema regulado por Osinergmin, y su impacto desde el punto de vista económico del derecho. La finalidad sería proponer la inaplicación de la exigencia de la concesión legal para el servicio a terceros del transporte de hidrocarburos líquidos por ductos en los casos en que las partes privadas logren llegar a un acuerdo sin necesidad de la intervención estatal, debido a que, en algunos supuestos detectados en la práctica jurídica, ya se prestaban estos servicios sin necesidad de aplicar esta figura jurídica, y que, justamente, por la intervención del Osinergmin, se han visto suspendidos dichos servicios, incrementando los costos de transacción de los operadores y usuarios de ductos.

Para ello, proponemos analizar los siguientes tres supuestos:

² Valverde Encarnación, Gianpierre, El Tratamiento y Naturaleza Jurídica de los Hidrocarburos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Interpretación de la Normativa Aplicable, Círculo de Derecho Administrativo. Revista de Derecho Administrativo N° 15, 2015.

- 1) Identificar el concepto de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, y analizar el motivo por el que el regulador exige una concesión para este tipo de transporte de productos a favor de terceros.
- 2) Identificar si corresponde efectuar un Análisis de Calidad Regulatoria (ACR) sobre la norma o normas que exigen la celebración del contrato de concesión para el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos, a favor de terceros, y el impacto que este ACR tendría no sólo en los operadores de ductos, sino también en los usuarios de estos servicios.
- 3) Hacer un análisis de la regulación de los servicios de transporte por ductos de otros productos considerados peligrosos por sus características intrínsecas, y cuya peligrosidad química pueda ser mayor incluso de los hidrocarburos, aun cuando estén fuera del alcance de Osinergmin, para determinar cómo regulan otras entidades, o si otras entidades regulan este punto. Según la teoría general del derecho, ante supuestos iguales, se deberían aplicar consecuencias similares.

1.4. Planteamiento de Objetivos

1.4.1. Demostrar que el concepto de “concesión” no es el más afortunado para el servicio de transporte por ductos, debido a que existe la posibilidad de la prestación del servicio de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos sin necesidad de celebrar un contrato de concesión de transporte, aplicable para algunos supuestos (sean ductos pre existentes o nuevos), en la medida que las partes intervinientes lleguen a un acuerdo, sin necesidad de la intervención estatal, convirtiéndola en una aplicación supletoria en caso, se requiera la intervención del Estado (Gobierno Central), ya sea para el acuerdo entre las partes, o para la constitución de servidumbres.

1.4.2. Demostrar que a través de la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria a las normas que exigen la celebración de un contrato de concesión para la prestación a favor de terceros del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos, podrían dar como resultado una propuesta de modificación normativa, en donde se permita su aplicación sólo en el caso en que las partes interesadas no puedan llegar a un acuerdo.

1.4.3. Demostrar que si la legislación peruana permite la existencia del transporte de productos químicos por ductos, sin requerir contratos de concesión, aun cuando algunos de ellos fuesen más peligrosos y nocivos para la salud, podría permitirse hacer un símil con el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos a favor de terceros, en caso las partes llegasen a un acuerdo sobre la prestación del servicio, y se den las condiciones de constitución de servidumbres por actuación de las partes, sin intervención estatal.

1.5. Enfoque Metodológico

Aplicaremos el Análisis de Calidad Regulatoria (conocido por sus siglas como ACR) a los procedimientos administrativos que exigen la celebración del contrato de concesión para que se pueda prestar el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos a terceros.

Este análisis abarcará tanto al organismo regulador – OSINERGMIN, como a la entidad técnica normativa del subsector hidrocarburos, que es la Dirección General de Hidrocarburos – DGH, debido a que sobre ambos organismos recae la revisión normativa y la fiscalización de dicho sector.

La finalidad de revisar si estas entidades efectuaron el ACR radica principalmente en que, conceptualmente, una determinada regulación debería lograr los resultados deseados por la política pública preestablecida. Sin embargo, a menudo ocurre que una mala técnica legislativa, no logra el objetivo deseado, o inclusive, logra un objetivo inverso al deseado, razón por la cual, es necesario revisar, cada cierto tiempo, las normas que imponen procedimientos administrativos.

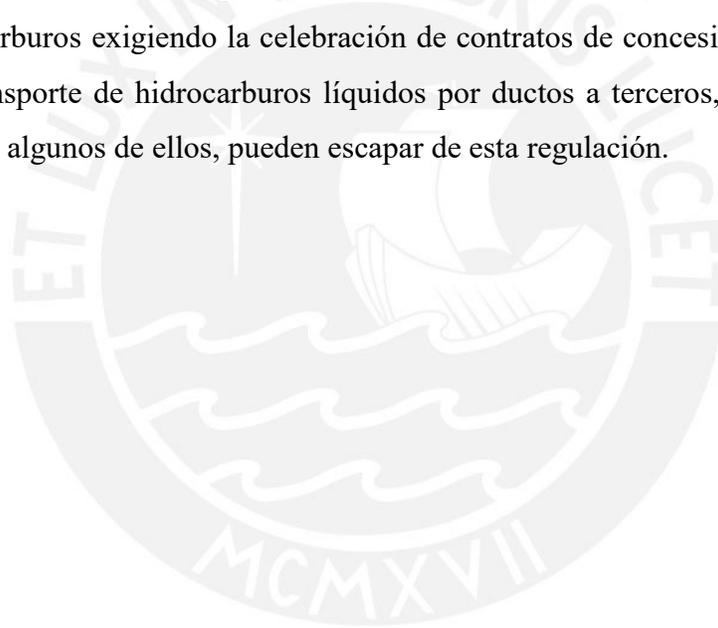
Es por ello, que motivados por la existencia de casos reales que deberían estar al margen de la actual exigencia a los operadores de ductos, de celebrar contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos a favor de terceros, pensamos que revisar este tema desde la óptica del ACR, porque pensamos que no se ha aplicado adecuadamente, como lo veremos más adelante, en el Capítulo IV.

Asimismo, y luego de un análisis preliminar (que será parte del desarrollo del Capítulo IV) de situaciones similares de transporte por ductos, de otros productos químicos, distintos a los hidrocarburos, cuyo rango de peligrosidad incluso puede ser mayor a los hidrocarburos, que no se encuentran regulados o a los que no se les exige el establecimiento de una concesión para prestar

servicios de transporte por ductos a terceros, nos lleva a cuestionar doblemente, si la regulación actual ya mencionada (específicamente a la de celebrar un contrato de concesión) es la óptima, o es la única correcta.

Creemos firmemente que el ACR nos puede conducir a una respuesta, y a demostrar que es posible la aplicación de nuestra hipótesis.

Creemos que el Análisis de Calidad Regulatoria a revisar tendría que ser sobre los dos organismos rectores del subsector hidrocarburos: la Dirección General de Hidrocarburos – DGH, quien es el órgano normativo, y sobre el OSINERGMIN, quien es el organismo regulador de las normas que emite la DGH (con excepción de las normas ambientales, que ahora están bajo jurisdicción de la OEFA) debería aplicar. Analizaremos si el enfoque dado por la Dirección General de Hidrocarburos exigiendo la celebración de contratos de concesión para la prestación de servicios de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos a terceros, es la adecuada para todos los casos, o si algunos de ellos, pueden escapar de esta regulación.



CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1. Introducción al Estado del Arte de la regulación de transporte de productos líquidos por “ductos” dentro del sector hidrocarburos

De acuerdo a los archivos y data manejada por el OSINERGMIN (el organismo supervisor del sector hidrocarburos en el Perú) al 2015, en América Latina existe un aproximado de 19% de reservas probadas de hidrocarburos, del 100% a nivel mundial. De ese 19.4%, el Perú cuenta con el equivalente al 0.1% de reservas probadas de hidrocarburos, tal como se menciona en el libro de Tamayo & Salvador & Vásquez & De la Cruz (2015, página 50).

Esto significa que las reservas con las que cuenta el Estado peruano no satisfacen la demanda interna de hidrocarburos en general, por lo que es necesario recurrir a la importación de diversas clases de hidrocarburos para lograr satisfacer dicha demanda.

Dentro del mundo de los hidrocarburos, existen los combustibles líquidos, el gas natural en su estado líquido, y los otros productos derivados de los hidrocarburos, también conocidos como los “OPDH” (en adelante denominados como “OPDH”). El transporte usual de todos estos productos líquidos se realiza a través de diversos medios, como son: cisternas (para transporte por carretera), vagones tanque (para transporte ferroviario), buques tanque (para transporte marítimo), barcazas (para transporte fluvial), y los ductos, sobre o bajo la tierra, submarinos hacia muelles de puertos (públicos o privados), los que terminan en muelles, sin ingresar al mar.

Partiendo del entendido que todos estos tipos de transporte son regulados, supervisados, en algunos casos instalados (como los ductos), y manejados bajo estrictas reglas de seguridad, concluimos que el más rápido, eficiente, limpio, y menos contaminante con el medio ambiente es el de transporte por ductos.

Bajo esta premisa, y para el transporte de hidrocarburos, el Estado debería promover la utilización de este tipo de transporte, promoviendo su uso y construcción, debido a que el resultado inmediato sería la reducción del transporte por carreteras de camiones cisterna, que por sí mismas, generan CO₂, contaminando el ambiente, impactando directamente en el desgaste de la carpeta

asfáltica, y generando tráfico vehicular, que termina siendo un impacto negativo para un país con déficit de carreteras y pistas de varios carriles.

Sin embargo, encontramos que la legislación actual sobre el transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, lejos de generar competitividad y ampliar las posibilidades del ingreso de nuevas empresas o la ampliación de servicios a terceros de empresas existentes en dichos rubros, los limita, y desincentiva, al exigir que se celebren contratos de concesión para el servicio a terceros, de transporte por ductos, a pesar que jurídicamente no serían exigibles en todos los casos prácticos que se presentan cotidianamente, que iremos analizando a lo largo del presente trabajo.

2.2. Aspectos Contextuales Históricos

Históricamente, la regulación del sector hidrocarburos en el Perú, fue concebida como parte del sector minero, hecho entendible, debido a que desde la época colonial, el territorio en donde actualmente se encuentra el Perú, era un territorio minero por excelencia³; tanto así, que durante los inicios republicanos, la regulación se enmarcaba dentro de las leyes mineras, y siguiendo la regulación de la Constitución Peruana de 1920, en donde se señalaba que los recursos mineros pertenecían al Estado, se adoptó, de manera natural, que la regulación de hidrocarburos debía ser a través de los sistemas de concesión, similar a las concesiones mineras, en donde el Estado era el propietario de los terrenos, y otorgaba el derecho de exploración y explotación a través de un contrato de concesión por un plazo determinado, contra la entrega de un derecho económico por parte del sector privado. Si el privado no cumplía con pagar este derecho, o no explotaba la concesión en un tiempo determinado, la perdía, y revertía al Estado. Recién en 1922, se especifica, a nivel legal (a través de la Ley 4452), que los yacimientos de petróleo e hidrocarburos son de propiedad del Estado Peruano.

Con el Gobierno de Odría, a través de la Ley N° 11780, Ley del Petróleo, se reguló de manera específica que las actividades de manufactura, refinación, transporte y almacenamiento de hidrocarburos se otorgaban a través de la concesión. A partir de 1960, con la creación de Petroperú, se incluyen los modelos contractuales para las mismas actividades de hidrocarburos ya mencionadas.

³ Castagnino Abásolo, Renzo. 2010. Pag. 84-90.

Actualmente, la Ley N° 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos (en adelante “LOH”) declara que la industria de hidrocarburos es un servicio público; y señala que los hidrocarburos aún no extraídos son de propiedad del Estado, quien, a través de Perú Petro S.A., puede celebrar contratos de exploración y explotación con el sector privado nacional o extranjero. Así, el artículo 10° de dicha Ley determina que las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos se deben realizar bajo tres figuras jurídicas contractuales, que son las siguientes: (i) Contrato de Licencia, por el cual, la empresa Perú Petro S.A. autoriza al contratista a explorar y explotar hidrocarburos en un área y por un tiempo determinados, de obtener hidrocarburos, éstos pasan a propiedad del contratista, a cambio del pago de regalías; (ii) Contrato de Servicios, también celebrado por la empresa Perú Petro S.A., quien autoriza al Contratista, a las actividades de exploración y/o explotación de Hidrocarburos en un área determinada. En este supuesto, los hidrocarburos siguen siendo del Estado, quien paga una retribución al contratista según la producción de hidrocarburos que obtenga; iii) Otras formas de contratación a regularse por el Ministerio de Energía y Minas (MEM).

De una revisión del texto de la LOH, se puede desprender que la misma está diseñada principalmente para la regulación de la exploración y explotación de hidrocarburos, al menos, la mayoría de artículos regulan estas actividades, y en menor medida, regulan algunas otras que se desprenden de estas mismas actividades; es decir, esta Ley Orgánica está diseñada para las dos actividades principales mencionadas, y desde estas, se van desprendiendo otras actividades conexas, como el servicio de transporte de hidrocarburos por ductos, el almacenamiento de hidrocarburos, la refinación y procesamiento, y el transporte, distribución y comercialización.

Pensamos que este natural direccionamiento en la LOH, es el que da origen a que la regulación actual del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos se defina como una concesión, sin dar opciones a otras alternativas de regulación.

Así tenemos, a manera de ejemplo, que la regulación de “ducto principal” definido, tanto por el mismo Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos (D.S. N° 081-2007-EM), como por el Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos (aprobado por D.S. N° 032-2002-EM), señalan que es el conjunto de tuberías construidas en cumplimiento de las obligaciones del Contratista que celebró un Contrato con Perú Petro S.A., al amparo del artículo 10° de la LOH,

o que el “sistema de recolección y reinyección” corresponde al conjunto de tuberías instaladas dentro del área de un contrato de explotación de hidrocarburos, evidentemente, celebrado al amparo de la misma LOH.

Es decir, se desprende que el origen de la exigencia de celebrar un contrato de concesión para el transporte de hidrocarburos por ductos proviene de una regulación pensada en grandes volúmenes de producción, en producción a gran escala, proveniente de contratos celebrados con el Estado (a través de Perú Petro S.A.) de exploración y/o explotación de hidrocarburos en yacimientos dentro de nuestro territorio.

Haciendo este análisis interpretativo y sistemático legal, tiene sentido que la LOH haya previsto que el servicio a terceros de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos deba ser a través de un contrato de concesión. Si el Estado es el titular de los terrenos y de los hidrocarburos in situ, es decir, de los bienes aún por descubrir, y la obtención de los mismos sólo se puede hacer a través de contratos de concesión o de licencia, el servicio de transporte de los mismos a favor de terceros, a través de ductos, también tendrían que ser autorizados por concesión. Más aún, si el tendido de grandes extensiones de ductos entre las zonas de explotación y las zonas de refinación, procesamiento, almacenamiento, etc., requiere que el Estado intervenga para lograr que los terrenos por donde pasen estos ductos, sean puestos a disposición de los operadores de los mismos, ya sea a través de servidumbres de paso o de expropiaciones de terreno.

En suma, para grandes extensiones de tendidos de ductos, es posible, y hasta necesario que funcione la intervención del Estado.

Sin embargo, la realidad actual ha superado la LOH; desde 1993 a la fecha, han surgido algunas alternativas que requieren un tratamiento legal distinto, que no necesitan la celebración de un contrato de concesión de transporte por ductos, para prestar estos servicios a terceros.

Consideramos, que no puede ser coincidencia que, en los últimos años, la DGH haya emitido diversas suspensiones de la aplicación de la parte pertinente del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos relativo a la celebración de los contratos de concesión para la prestación de estos servicios a terceros. Más adelante, desarrollaremos este punto a detalle.

Consideramos también, de la revisión de la misma normativa descrita, que algunos hidrocarburos como el Gas Natural, han requerido una regulación especial y amplia, logrando

normas más específicas, tal vez por el impacto económico que representa dicho sector. Sin embargo, no sucedió lo mismo con el transporte de hidrocarburos líquidos, debido a que siempre fue pensado, una vez más, de manera natural, como el transporte que debía ocurrir y ocurría entre la zona de explotación y extracción de hidrocarburos hacia las zonas de las plantas de almacenamiento y plantas de abastecimiento de las mismas empresas. No fue pensado para los ductos instalados o a instalarse para la recepción de hidrocarburos líquidos importados, desde los buques tanques, desde los puertos, hacia las plantas de almacenamiento y de abastecimiento, los cuáles, al ser de menor envergadura, no ha llamado la atención del legislador para lograr una regulación especial. La regulación de ductos no hace esta diferenciación, a pesar de que sería importante hacerla.

2.3. Aspectos Contextuales Económicos

Como ya comentamos, pensamos que las redes de ductos son los sistemas de transporte de hidrocarburos líquidos más eficientes, debido a que se puede controlar la rapidez o lentitud de la descarga de los productos, situación que mejora la seguridad en el transporte mismo, y no generan externalidades no deseadas. Sin embargo, la eficiencia de este tipo de transporte es inversamente proporcional a su costo inicial, debido a que el tendido de los mismos, no sólo implica una gran inversión, sea que su recorrido sea corto o extenso (a mayor extensión, mayor inversión), sino también la inversión en los permisos ambientales exigidos (que implica la contratación de empresas especializadas en medio ambiente), así como la extensa relación de obligaciones de riguroso mantenimiento exigidos por la DGH, y supervisados por el OSINERGMIN.

Es por ello, que el Estado debería fomentar el uso de los mismos, no a través de la construcción de ductos de uso propio (que posiblemente sea la aspiración de toda empresa privada), sino también fomentando el uso de los ductos ya existentes, para un uso compartido, por terceras empresas que quieran invertir o ampliar sus actividades, sin necesidad de hacer una inversión inicial tan elevada. Incluso, el fomento de uso de ductos podría ser más agresivo: si se analizase el tiempo de uso que se le da a los mismos, sería sorprendente los resultados. Algunos sectores económicos del mundo de los hidrocarburos líquidos, no hacen un uso constante diario de sus ductos, no utilizan un ducto veinticuatro horas del día durante los siete días de la semana, por lo que, los tiempos “muertos” en que no se utilizan, bien podrían ser aprovechados por otros actores económicos del mismo rubro,

a través de la prestación de servicios de transporte a terceros. El fomentar el uso de una instalación tan costosa (como es el tendido de ductos), que usualmente no es utilizada permanentemente, no sólo generaría un ingreso adicional al propietario u operador del mismo (aun cuando pueda ser un ingreso marginal comparativamente con su operación económica principal), sino que generaría competitividad para los otros operadores que podrían aprovechar el mismo ducto en beneficio propio.

La opción sería a través del uso del alquiler de ductos actuales de propiedad de privados, sin necesidad de generar una concesión por el servicio de transporte, que podría generar la pérdida de propiedad de los ductos a favor del Estado (por lo que los propietarios de los mismos no tendrían interés alguno en este servicio, bajo la figura de concesión), o que se fomente la construcción de ductos para varios usuarios, sin necesidad de generar la concesión por el servicio de transporte.

Si bien este esquema planteado podría no ser aplicable a los hidrocarburos generados en territorio peruano (posiblemente por las grandes distancias que podrían recorrer desde los yacimientos hasta las zonas de almacenamiento), no vemos inconveniente en que, por lo menos, sea aplicable a los hidrocarburos líquidos importados, como es el caso de los aceites bases, que son las materias primas para la elaboración de lubricantes, llantas, entre otros productos. El aceite base es una materia prima que no se genera en Perú desde hace varios años atrás. Será el propio mercado que regule el precio de venta de los lubricantes fabricados en Perú, pues, si, hipotéticamente hablando, las empresas de plantas de lubricantes incrementan el precio, siempre quedaría abierta la importación de los mismos productos a precios más competitivos. Igual podría ocurrir con los otros productos de hidrocarburos.

Incluso, a pesar de que la propia Constitución Política del Perú garantiza la libertad de empresa, y esta a su vez, contiene un aspecto esencial, que es el de la libre competencia, tal como lo señalan Kresalja & Ochoa (2019. página 66). El hecho de constituir una concesión que luego revertirá al estado, desincentiva el ingreso de competidores al mercado, o desincentiva que los competidores existentes amplíen sus horizontes comerciales.

2.4. Aspectos Contextuales Regulatorios

El D.S. N° 081-2007-EM, además de regular los aspectos de seguridad de los ductos, reglamenta el transporte de hidrocarburos líquidos a través de ductos, dividiéndolos en tres clases: a) ducto principal, b) ducto para uso propio, y c) sistema de recolección e inyección.

La norma permite la posibilidad que las empresas puedan prestar servicios de transporte a terceros, a través de sus ductos, sólo a través de la celebración de contratos de concesión de transporte. Se regula la intervención del Estado para lograr que los terceros que no formen parte de esta relación legal, puedan ceder sus terrenos por donde discurrirá el tendido de ductos, y se regula el cálculo de la tarifa de la concesión, de manera supletoria a la falta de acuerdo de las partes.

La Ley 26221, Ley Orgánica de Hidrocarburos, del año 1993, inicia la regulación moderna de los mismos, e introduce el concepto que del servicio de transporte de hidrocarburos por ductos debe ser a través de concesiones.

Las normas específicas sobre transporte por ductos empiezan en el D.S. N° 026-94-EM, a su vez, derogado por el D.S. N° 021-96-EM, a su vez, derogado por el D.S. N° 041-99-EM. Este último tenía una diferencia con el actual, en donde se exoneraba de concesión al transporte por ductos de una longitud no mayor a 20 km., situación no contemplada en la actualidad, que no tiene excepciones por longitudes de los ductos. Tal como señala en su exposición de motivos, está pensado para el transporte de gas natural, más que para los otros hidrocarburos líquidos y los otros productos derivados de hidrocarburos (OPDH); por lo que pensamos que la regulación actual sobre esta materia es perfectible, más aún cuando el universo de hidrocarburos líquidos es mayor que sólo el gas natural.

Aun cuando el gas natural, por los grandes yacimientos encontrados y actualmente explotados merecen una atención especial regulatoria, no nos parece adecuado que se haya subsumido a los demás productos de hidrocarburos líquidos, dentro de esta misma regulación del gas natural en su estado líquido.

2.5. Marco Teórico

Desde la dación de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, en los años noventa, la postura sobre la regulación de hidrocarburos líquidos ha sido, a grandes rasgos, invariable, a pesar de que dentro del concepto de hidrocarburos líquidos, actualmente, comprende expresamente a los OPDH (otros productos derivados de los hidrocarburos) que a su vez, está compuesto por lubricantes y algunos productos químicos como el solvente 1 y el 3, todos estos, regulados por el Osinergmin. Esta sola inclusión de productos permite repensar los términos de regulación legal actual: ¿se debe mantener la concesión del servicio de transporte por ductos de hidrocarburos líquidos?, ¿para todas las clases de productos comprendidas en dicho término?, ¿para los que comparten la misma génesis, de ser hidrocarburos producidos a nivel nacional o importados?

Consideramos que el concepto de concesión no debe ser aplicado de manera general a los servicios de transporte por ducto, sólo por formar parte de un sector estratégico, sin antes analizar los puntos cuestionados líneas arriba. Incluso, al parecer no ha sido suficiente el análisis de impacto regulatorio por el que deben pasar las normas de los reguladores (como es el caso de OSINERGMIN), no se ha detectado el análisis de nuevos supuestos, ni de los pre existentes a estas normas, se ha mantenido el statu quo del concepto de concesión, sin verificar si realmente se debe seguir aplicando de manera general para el supuesto materia de análisis.

Además, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, en donde un factor importante a tomar en consideración es el costo de transacción de las diversas actividades económicas, consideramos que podría aplicarse con bastante éxito en alguno de los supuestos a analizarse en el presente trabajo, para permitir el ingreso de más empresas en este rubro.

Es importante analizar el motivo por el cual, a pesar de la existencia de esta norma de concesión del servicio de transporte por ductos, el Osinergmin, sigue emitiendo prórrogas para algunos artículos relacionados a la concesión, inicialmente desde el 2007, seguida por una Resolución Ministerial del 2016, y una última de este 2021. Definitivamente, estas prórrogas, de alguna manera inclinan la balanza a favor del análisis planteado.

Al hacer una rápida revisión de algunos puntos regulados por la LOH, y sus diversos reglamentos, encontramos que existen varios problemas actuales generados por la falta de actualización de la Ley Orgánica mencionada, cuyo sector legislativo al que pertenece no ha sabido

tomar en consideración los constantes problemas que algunos sectores empresariales de menor envergadura presentan.

A manera de ejemplo tenemos la exigencia de las pólizas de seguro de responsabilidad civil extracontractual para “refinerías y plantas de procesamiento”, contempladas en la R.M N° 195-2010-MEM/DM que exige mantener una Póliza equivalente a 10,000 UIT (al 2021 sería S/44'000,000). De acuerdo al Glosario, Siglas y Abreviaturas del Sector Hidrocarburos, aprobado por D.S. N° 032-2002-EM se considera dentro de la definición de “refinerías” a las instalaciones industriales, en las que se transforma hidrocarburos en sus derivados (sean combustibles o no), incluyendo a las plantas de lubricantes, asfaltos y breas, y solventes. Es decir, dentro del mismo concepto, se incluyen a plantas de refinería de petróleo (ejemplo la Refinería La Pampilla, manejada por el Grupo Repsol) como a plantas de elaboración de lubricantes (ejemplo Terpel comercial del Perú S.R.L., que produce lubricantes de la marca Mobil). El grado de peligrosidad de las dos plantas mencionadas no es equivalente en ambas, de hecho, la peligrosidad de la refinería, propiamente dicha, es superior a la de una planta de lubricantes, por el tipo de peligrosidad de los productos, que si bien son derivados de hidrocarburos, no tienen el mismo punto de inflamación, ergo, no tienen la misma peligrosidad. Bastaría con ver el Estudio de Riesgos que obra en Osinergmin, de cada una de estas plantas, para arribar a esta conclusión.

Si bien una norma no se puede poner en todos los supuestos, bastaría con modificar el Glosario, Siglas y Abreviaturas, y regular a las plantas de lubricantes de una manera independiente, o bastaría con regular con escalas de almacenamiento en barriles o de peligrosidad (aun cuando los productos no son comparables, se tendría una mejor regulación que la actual), como se regula la exigencia de las pólizas de responsabilidad a las Plantas de Abastecimiento, como se puede ver en el extracto del cuadro siguiente⁴:

⁴ Extracto adaptado del Cuadro de multas del Anexo de la Resolución Ministerial N° 195-2010-EM/DM.

Tabla 1:

Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual:

<i>“Actividad</i>	<i>Monto de Póliza (UIT)</i>
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>
<i>Refinerías y Plantas de Procesamiento</i>	<i>10,000</i>
<i>Plantas de Abastecimiento y Terminales de Combustibles Líquidos y OPDH (de acuerdo a su capacidad de almacenamiento:</i>	
<i>Hasta 15,900.77 m³ (100,000 bl)</i>	<i>1,500</i>
<i>De 15,900.77 m³ (100,000 bl) a 31,801.55 m³ (200,000 bl)</i>	<i>2,000</i>
<i>De 31,801.55 m³ (200,000 bl) a 47,702.33 m³ (300,000 bl)</i>	<i>3,000</i>
<i>De 47,702.33 m³ (300,000 bl) a 63,603.11 m³ (400,000 bl)</i>	<i>4,000</i>
<i>De 63,603.11 m³ (400,000 bl) a 79,503.89 m³ (500,000 bl)</i>	<i>5,000</i>
<i>De 79,503.89 m³ (500,000 bl) a 95,404.67 m³ (600,000 bl)</i>	<i>6,000</i>
<i>De 95,404.67 m³ (600,000 bl) a 111,305.45 m³ (700,000 bl)</i>	<i>7,000</i>
<i>De 111,305.45 m³ (700,000 bl) a 127,206.23 m³ (800,000 bl)</i>	<i>8,000</i>
<i>De 127,206.23 m³ (800,000 bl) a 143,107.01 m³ (900,000 bl)</i>	<i>9,000</i>
<i>Más de 143,107.01 m³ (900,000 bl)</i>	<i>10,000</i>
<i>(...)</i>	<i>(...)</i>

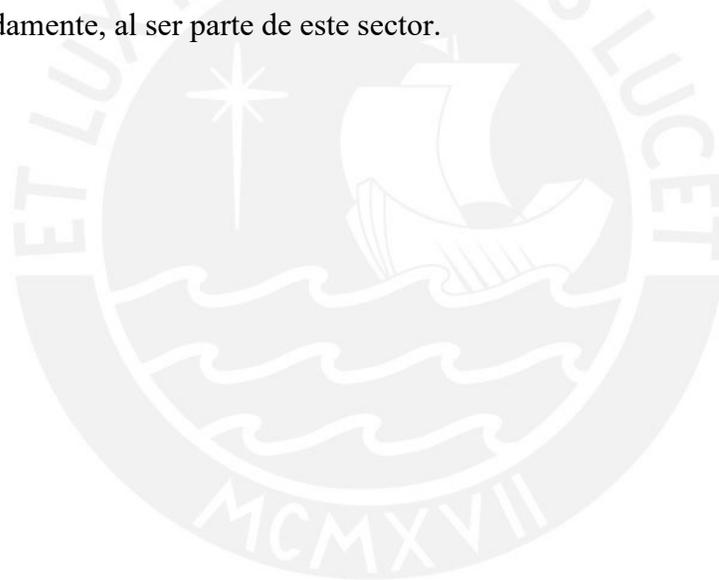
Adaptado del cuadro de multas del Anexo de la Resolución Ministerial N° 195-2010-EM/DM.

Sin embargo, a la fecha, no vemos que esté contemplado algún tipo de modificación sobre las pólizas de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, los problemas que a menudo se presentan en la actividad diaria del sector hidrocarburos no sólo provienen de una Ley Orgánica que no ha sido actualizada, sino también en la interpretación restrictiva que efectúa el organismo regulador – Osinergmin, a las actividades de las empresas, como a manera de ejemplo, mencionamos la exigencia de contemplar la suma de los mayores riesgos para la elaboración del Sistema contra Incendio, para el caso de plantas colindantes. Al respecto tenemos que el D.S. N° 052-93-EM, en su Capítulo VII (protección contra incendios), no hace distinción en tipos de plantas industriales, señalando que se debe evaluar el riesgo mayor, y su impacto en su entorno, y no la suma de riesgos más altos. Sin embargo, a nivel de Osinergmin, los fiscalizadores exigen que se analicen los riesgos más altos en caso de plantas colindantes de un mismo operador, amparándose en una interpretación, a su vez respaldada, en una opinión emitida por la Dirección General de Hidrocarburos, que no ha sido publicada. Como vemos, si la DGH, al menos publicase las opiniones o las respuestas a las consultas que emiten, y

que son usadas por ellos mismos, o por el regulador, podrían ser oponibles a los usuarios del sector, pero no siempre lo hacen.

Todos estos ejemplos mencionados, aunados al de la exigencia de la concesión para el caso del servicio de transporte de ductos a terceros, que es materia específica de análisis de este trabajo, denotan que se torna imprescindible una revisión profunda de la legislación del sector de hidrocarburos, y toda ella tiene un denominador y origen común, que es la LOH. La revisión legislativa que proponemos deviene de la evolución de las empresas y de la situación misma del país, dado que ambas han ido variando con el paso del tiempo. Sugerimos también, que esta revisión, debería llevarse a cabo con la participación de las empresas, pertenezcan o no a un gremio previamente constituido como la Sociedad Nacional de Industrias, o la Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía – SNMPE, debido a que, aun cuando estén al margen de gremios, podrían opinar válidamente, al ser parte de este sector.



CAPÍTULO III: ¿ES POSIBLE APLICAR UN ANÁLISIS DE CALIDAD REGULATORIA (ACR) A LAS NORMAS QUE EXIGEN LA CELEBRACIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA PRESTACIÓN A FAVOR DE TERCEROS DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DE HIDROCARBUROS LÍQUIDOS POR DUCTOS?

Como hemos comentado en el Capítulo II, consideramos que la exigencia de la celebración de un contrato de concesión con el Estado por parte de los operadores de ductos que pudiesen prestar el servicio a terceros del transporte de hidrocarburos líquidos a través de ductos reduce las posibilidades de ingreso de otros actores económicos a este sector, e incluso, limita la ampliación de actividades económicas de empresas preexistentes.

Al ser el transporte de hidrocarburos por ductos una actividad regulada por el OSINERGMIN, consideramos pertinente determinar si correspondería que dicha Entidad realice un análisis de calidad regulatoria (conocido también como ACR) sobre las normas que regulan esta actividad, o si le corresponde a otra Entidad realizar el ACR. Para ello, en este capítulo analizaremos el marco regulatorio que da origen a la regulación específica de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos y la aplicación del ACR sobre el tema materia de análisis, a cargo del Organismo Regulator mencionado u otra Entidad Pública (la Dirección General de Hidrocarburos – DGH).

3.1. Aplicación del ACR por OSINERGMIN en materia de transporte por ductos

De acuerdo al Decreto Legislativo N° 1310, concordado con su modificatoria (Decreto Legislativo N° 1448) y su norma reglamentaria, aprobada por D.S. N° 061-2019-PCM, se establece la exigencia a las entidades que pertenecen al Poder Ejecutivo⁵ de efectuar el ACR a todas las disposiciones normativas de alcance general que establezcan procedimientos administrativos. Si bien, inicialmente se excluyó el ACR a los procedimientos administrativos contenidos en leyes y normas con rango de ley, luego, a través del Decreto Legislativo N° 1448,

⁵ Las Entidades del Poder Ejecutivo son los ministerios y los organismos públicos contenidos en la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley 29158).

se especificó la inclusión de aquellos procedimientos administrativos provenientes de normas con rango de ley, que hayan sido desarrollados o requieran ser desarrollados a través de reglamentos.

La finalidad de aplicar el ACR es evitar que existan procedimientos administrativos duplicados, innecesarios, desproporcionados, que existan sin un respaldo legal previo, o que no cumplan con los requisitos contenidos en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG); para ello, se ha establecido que las entidades que forman parte del Poder Ejecutivo realicen, cada tres años, un análisis exhaustivo de todos sus procedimientos administrativos existentes, debiendo ratificar expresamente los procedimientos que permanecerán por un período similar. En caso no se logre dicha ratificación, se produce la derogación automática de los procedimientos no ratificados. Este análisis incluye a los procedimientos administrativos futuros, los cuáles, antes de su emisión y publicación, tienen que pasar por el tamiz del ACR.

Una finalidad adicional del ACR, es la reducción de la carga administrativa que recae en los administrados, cuyo impacto directo no sólo es monetario por el ahorro de la tasa administrativa, sino, sobre todo, deviene en un ahorro económico al reducir tiempo y recursos que antes usaba en el trámite administrativo eliminado.

En América Latina, históricamente, el ACR empieza a difundirse por recomendaciones de la OCDE⁶, organización que propuso la mejora de la regulación administrativa a través de diversos lineamientos de cómo desarrollar un ACR, que, finalmente, fueron recogidos por el Decreto Legislativo N° 1310, y sus normas conexas.

Uno de los argumentos principales que la OCDE analiza para difundir la aplicación del ACR, se basa no sólo en un concepto económico sino incluso, social, en donde las normas jurídicas logran tener un impacto positivo o negativo en la comunidad o jurisdicción en las que se apliquen, dependiendo no sólo de las políticas que el Estado pretenda instaurar, sino que también, la buena o mala redacción de las mismas puede generar la apertura de nuevos mercados o el cierre de los existentes, puede promover la generación o eliminación de monopolios, puede generar mercados negros (como contrabando), puede reducir o eliminar barreras de entradas para diversos sectores económicos, o inclusive generar incentivos para la innovación tecnológica, entre otros impactos.

⁶ OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Implementación del Análisis Regulatorio en el Gobierno Central del Perú. Estudio de Casos 2014 – 2016.

Por ello, propone que la aplicación del ACR sea constante o cíclica, porque, después de un tiempo de vigencia de la misma, se puede analizar el verdadero impacto en el entorno, y porque, evidentemente, las situaciones políticas y socio económicas pueden ir variando en el tiempo, lo que podría generar un ajuste a la normativa administrativa (como considero que ha ocurrido con las normas de ductos, materia de análisis).

La OCDE propone que los procedimientos administrativos bajo el análisis de calidad regulatoria se revisen bajo cuatro principios (los mismos que han sido recogidos por el Decreto Legislativo 1310, por el propio INDECOPI⁷, por la PCM, a través de la Secretaría de Gestión Pública, y la publicación del Manual para la aplicación del análisis de calidad regulatoria, y el Reglamento para la aplicación del análisis de calidad regulatoria de la PCM⁸. Estos principios son los siguientes:

- a) Principio de Legalidad: que consiste en revisar que los procedimientos administrativos estén enmarcados dentro de los parámetros de la norma habilitante.
- b) Principio de Necesidad: que consiste en revisar si el procedimiento resuelve un problema relevante y debe mantener su vigencia.
- c) Principio de Efectividad: consiste en verificar si la aplicación del procedimiento administrativo cumplió con el objetivo previamente planteado.
- d) Principio de Proporcionalidad: consiste en analizar si el procedimiento administrativo fue el adecuado, o existen alternativas más sencillas.

De esta manera, tendríamos que revisar cuáles son los procedimientos administrativos vigentes que regulan el servicio de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos a terceros, y determinar si pasaron por el tamiz del ACR.

Dado que el organismo regulador es el OSINERGMIN, empezamos revisando el TUPA⁹ de dicha Entidad, y encontramos que el OSINERGMIN ha ratificado 72 procedimientos de su TUPA,

⁷ Documento de Trabajo N° 01-2017/GEE, Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria, INDECOPI, 2017.

⁸ D.S. N° 061-2019-PCM

⁹ TUPA: Texto Único de Procedimientos Administrativos. Para el caso de OSINERGMIN, aprobado por D.S. 045-2012-PCM, modificado por el D.S. 193-2020-PCM.

a través del D.S. N° 110-2018-PCM. Dentro de los varios procedimientos específicos que regulan la actividad de transporte de hidrocarburos por ductos, aleatoriamente hemos escogido algunos procedimientos relacionados con el servicio de transporte de ductos¹⁰, que, a nuestro entender, son los más representativos. Estos son los siguientes:

- a) N° 15. PA 140: Informe Técnico Favorable para los manuales de diseño: ductos de transporte de hidrocarburos líquidos y de gas natural y líquidos de gas natural.
Tres requisitos ratificados de este procedimiento.
- b) N° 16. PA 141: Informe Técnico Favorable del manual de diseño de transporte de hidrocarburos líquidos y de gas natural y líquidos de gas natural.
Once requisitos ratificados de este procedimiento.
- c) N° 17. PA 142: Autorización para la construcción de obras: ductos de transporte de hidrocarburos líquidos y de gas natural y líquidos de gas natural.
Siete requisitos ratificados de este procedimiento.
- d) N° 18. PA 143: Informe Técnico Favorable para inicio de operación de: (i) ductos del concesionario de transporte de hidrocarburos (líquidos, gas natural o líquidos de gas natural), (ii) para ducto principal, y para (iii) ducto de uso propio.
Ocho requisitos ratificados de este procedimiento.
- e) N° 22. PA 151: Informe Técnico Favorable del avance de obras en la concesión de servicio de transporte de hidrocarburos por ductos (líquidos, gas natural o líquidos de gas natural) para obtener la liberación parcial de la garantía otorgada por el concesionario.
Tres requisitos ratificados de este procedimiento.

La Entidad Reguladora cumplió con realizar el ACR, sin embargo, el proceso específico del mismo no se encuentra detallado en la página web, sólo el resultado del análisis efectuado. Tampoco involucra en su análisis las opiniones de los actores de su sector, o al menos, no involucra a todos los actores a los que podría reconsultar debido a que, al ser el regulador, tiene la data y los medios adecuados para hacerlo. Para este proceso específico no lo hace, a pesar de que ha sido costumbre del OSINERGMIN pedir opinión de los usuarios de su sector de sus proyectos normativos o sus modificatorias más relevantes. En este punto es importante especificar que, en estricto, el OSINERGMIN sí cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto Legislativo

¹⁰ Datos tomados de la página web del OSINERGMIN: <http://www.osinergmin.gob.pe>

1310 y sus modificatorias. Sin embargo, consideramos que no es suficiente esta forma de análisis en los casos que el Organismo Regulador tenga data interna de diversos problemas existentes en su sector. Dado que una de las recomendaciones primordiales de la OCDE, consisten en la inclusión de la participación de los interesados¹¹, que, en este caso, son los usuarios del sector, consideramos, que debería aplicarse de manera adicional, la posibilidad de consultar a los usuarios de su sector, algunos procedimientos recurrentemente cuestionados por los mismos usuarios.

El OSINERGMIN no contempla específicamente en su TUPA el procedimiento de otorgamiento de concesión de transporte de hidrocarburos por ductos, a pesar de que fiscaliza su cumplimiento, y a pesar de que parte de los requisitos que se deben presentar para la obtención de la concesión mencionada, se tramitan, a la par, ante el OSINERGMIN.

El procedimiento de concesión mencionado está regulado por la Dirección General de Hidrocarburos, analizada en el punto siguiente.

3.2. La Aplicación del ACR por parte de la DGH

Partiendo del mismo análisis del Decreto Legislativo N° 1310, y sus normas modificatorias y reglamentarias, la DGH, al ser parte del Ministerio de Energía y Minas (en adelante el MEM), entidad que forma parte del Poder Ejecutivo, tiene la obligación de aplicar el ACR a todas las disposiciones normativas de alcance general que establezcan procedimientos administrativos.

De hecho, el MEM efectuó el ACR a los procedimientos regulados en el TUPA de su sector, logrando que la Secretaría Técnica de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria de la PCM, a través del Informe N° 005-2019-CCR-ST, ratifique 119 procedimientos y apruebe la simplificación de 18 procedimientos, entre otros logros de reducción de costos de varios de los procedimientos; logrando así, emitir un TUPA más ligero de procedimientos innecesarios, y cumpliendo con los parámetros del Decreto Legislativo N° 1310.

Ahora bien, revisando específicamente el TUPA de la DGH, aprobado por R.M. N° 178-2020-MINEM-DM, encontramos en el procedimiento N° 28 la regulación del otorgamiento de concesión de transporte de hidrocarburos por ductos, materia de análisis.

¹¹ OCDE, Implementación del Análisis Regulatorio en el Gobierno Central del Perú. Estudio de Casos 2014 -2016.

Los requisitos exigidos¹² para dicho procedimiento están en el mismo TUPA de la DGH, y básicamente se debe presentar un cronograma que contemple los plazos de aprobación de los diversos requisitos exigidos, a su vez, por el OSINERGMIN, como el Estudio de Riesgos, el Manual de Diseño de los ductos, etc., entre otras obligaciones.

La Base Legal de dicho procedimiento administrativo es el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, aprobado por D.S. N° 081-2007-EM, comentado en la primera parte de este trabajo.

Asimismo, es interesante señalar que este procedimiento específico fue materia de la simplificación de uno de los requisitos administrativos, tal como se puede observar en el N° 4 (CH01) del Anexo B “Simplificación de Requisitos de Procedimientos Administrativos”, de la R.M. N° 178-2020-MINEM-DM, consistente en reducir el requisito de colegiatura hábil del ingeniero que debe autorizar el proyecto técnico-económico, tal como lo transcribimos a continuación:

Tabla 2

Ejemplo de simplificación de requisito administrativo

N°	Nombre del Procedimiento Administrativo	del Requisito a simplificar	Por Requisito (Requisito simplificado)	Base Legal
4	CH01 – Otorgamiento de Concesión de Transporte de hidrocarburos por ductos	Descripción del proyecto a nivel de perfil técnico-económico autorizado por un ingeniero <u>colegiado hábil.</u> (resaltado nuestro)	Descripción del proyecto a nivel de perfil técnico-económico autorizado por un ingeniero.	D.S. N° 081-2007-EM (Art. 4, 12, 15, 16, 26, 27, 28, 83, 88) -D.S. N° 042-2005-EM (Art. 72).

¹² Requisitos del Procedimiento N° 28 del TUPA: Solicitud. Cronograma de trabajo, que incluya los plazos para: a) La presentación del EIA para su aprobación por la autoridad competente. b) la presentación del estudio de riesgos para su aprobación por Osinergmin. c) La presentación del manual de diseño para su aprobación por Osinergmin. d) La presentación de la propuesta tarifaria para su aprobación por Osinergmin. e) La presentación de las servidumbres necesarias. f) La ejecución de las obras del proyecto hasta su puesta en operación comercial. Descripción del proyecto a nivel de perfil técnico-económico. Presupuesto estimado del proyecto. Estimados anuales de volúmenes y tipo de hidrocarburos a transportar. Fianza Bancaria de validez, vigencia y cumplimiento de la concesión, por un monto equivalente al uno por ciento de la inversión estimada del proyecto o a quinientas UIT vigente a la fecha de la presentación de la Solicitud, el que sea menor. La vigencia de la fianza deberá ser por un plazo no menor de ciento veinte días calendario, desde la fecha de la solicitud.

Fuente: Anexo B “Simplificación de Requisitos de Procedimientos Administrativos”, de la R.M. N° 178-2020-MINEM-DM.

Siendo críticos, encontramos dos temas cuestionables en la aplicación del ACR de este procedimiento administrativo específico sobre el otorgamiento de concesión de transporte de hidrocarburos por ductos, y son los siguientes:

- Si bien es cierto que el contratar a un ingeniero colegiado hábil, podría incrementar los costos del procedimiento mencionado, e incluso, estaría limitando el derecho del ejercicio profesional de los ingenieros no colegiados, desde nuestro punto de vista, no era el más urgente, ni el más álgido a revisar vía un ACR. Tal vez, fue lo más resaltante ante un análisis lineal y simple, por el hecho que el Indecopi (poco tiempo atrás) ya había declarado como barrera burocrática la exigencia de la constancia de habilitación profesional emitida por el Colegio de Abogados de Lima¹³, y haciendo un símil, podría anularse dicha exigencia.
- Las normas sobre las que se basa este procedimiento son dos normas reglamentarias: el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos líquidos por ductos y el TUO del Reglamento de la Ley Orgánica de Hidrocarburos. Ambos reglamentos provienen de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que al ser la norma originaria debería señalarse específicamente, debido a que, de esta manera, podría generarse un análisis adicional del área encargada de los ACR.

A pesar de que el procedimiento de ACR llevado a cabo por el Ministerio, formalmente, cumple un estándar previo, se puede dilucidar que no se han analizado los requisitos de fondo sugeridos por la OCDE, ni por el Indecopi¹⁴, que, si bien no son obligatorios, pudieron haberse aplicado.

Para un mejor entendimiento, estos requisitos específicos los desarrollaremos en el Punto siguiente.

¹³ Resolución N° 0189-2020/CEB-INDECOPI, se declaró barrera burocrática ilegal la exigencia de presentar constancia de habilitación profesional emitida por el Colegio de Abogados para litigaren el Poder Judicial.

¹⁴ Documento de Trabajo N° 01-2017/GEE, Principios, Definiciones y Estándares del Análisis de Calidad Regulatoria, INDECOPI, 2017.

3.3. Análisis del ACR que debió aplicar la DGH desde nuestro punto de vista en materia de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos

Como hemos comentado en el Capítulo II, el origen del concepto de contrato de concesión para el transporte de hidrocarburos por ductos nace en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que prescribe que cualquier persona, natural o jurídica, puede construir, operar y mantener ductos para el transporte de hidrocarburos y sus derivados, a través de un contrato de concesión.

Para que este artículo pueda hacerse efectivo, fue necesario regularlo, a través de un decreto supremo. El Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por ductos vigente a la fecha es el D.S. 081-2007-EM, publicado en el 2007. Sólo haciendo el análisis desde la vigencia de la LOH, tenemos una misma normativa que rige la vida del sector hidrocarburos desde el año 1993. Si bien mantener una misma ley orgánica o una misma normativa por largo tiempo genera seguridad jurídica, luego de más de 25 años de su vigencia, debiera hacerse un análisis exhaustivo, de algunos puntos relevantes, para determinar si la legislación requiere algún ajuste o mejora, más aún, cuando las circunstancias en el tiempo han ido variando, debido a que toda la regulación es perfectible. Un claro ejemplo de que la vida y el ordenamiento jurídico no son estáticos, acabamos de percibirlo a través del tema de la pandemia, cuyo impacto ha generado la modificación de varias regulaciones impensables, como el trabajo remoto.

La DGH tiene una posición privilegiada en el ámbito del sector de hidrocarburos, debido a que es el órgano que interpreta las normas del sector de hidrocarburos, a través de opiniones y absolución de consultas. Es el órgano que recibe las consultas y quejas de los diversos actores del sector hidrocarburos, por lo que tiene la posibilidad de conocer las falencias o excesiva normativa, de una fuente fidedigna, su propia entidad, independientemente de la data que pueda recibir de OSINERGMIN.

La DGH es uno de los órganos técnicos más especializados del país, por lo que debiera haber sido evidente el cambio de la situación real versus la normativa vigente en materia de hidrocarburos. Si los usuarios de las diversas regulaciones de hidrocarburos pueden detectar los

diversos problemas hallados y descritos en el Punto 2.5., estos problemas tendrían que haber escalado a dicha dirección.

Entendemos que esta entidad no haya promovido un ACR antes de su exigibilidad; sin embargo, desde que fue exigible (hace relativamente pocos años) tuvo una herramienta jurídica y económica para mejorar la regulación y volver a revisar la normativa de su sector, incluyendo las consultas absueltas, porque el ACR se lo permite, desde una óptica más amplia, siguiendo los lineamientos de la OCDE.

Es por ello, que la DGH debió hacer un ACR a profundidad, no sólo quedarse en la evaluación ex post para cumplir con la perfecta simplificación administrativa lograda en el Procedimiento N° 4 descrito en el punto anterior. En estricto, la DGH cumplió con el análisis de los principios exigidos por el Decreto Legislativo 1310 y sus modificatorias, aplicando los principios de legalidad, necesidad, de efectividad, y de proporcionalidad. Sin embargo, consideramos que dicho análisis no fue suficiente, porque no resuelve todos los problemas de los usuarios del sector. Consideramos que debieron aplicar el lineamiento de consulta a los usuarios del sector, propuesto por los lineamientos OCDE.

Asimismo, consideramos que, como estas normas regulatorias provienen de una ley o de un decreto supremo, la mejora de la eficiencia y efectividad debería alcanzar no sólo al procedimiento en sí mismo, sino a la norma legal que da origen al procedimiento.

En todo caso, debieron aplicar una evaluación simple de calidad (ESC)¹⁵, que en doctrina se usa para los procedimientos de impacto limitado en el mercado, en caso, el tema del servicio de transporte por ductos a terceros sea considerado como tal por la DGH.

Desde nuestro punto de vista, y como ya lo hemos comentado, se debiera fomentar el servicio de transporte por ductos a terceros, debido no sólo a que se trata de un servicio de transporte más rápido, eficiente y limpio desde la óptica ambiental, sino que también se lograría optimizar el uso

¹⁵ Coronado, J. & Sánchez, J. & Fuentes, P. 2017. Documento de Trabajo N° 01-2017/GEE: Principios, definiciones y estándares del análisis de calidad regulatoria. INDECOPI.

de una obra instalada cuyo uso no es constante, lo que conllevaría a una mejora económica de todos los participantes, dinamizando la economía del sector.

El sólo fomento de la instalación de ductos propias (en caso la política del estado la haya buscado) no es suficiente para lograr que las empresas opten por los mismos, debido a que tienen que hacer una costosa inversión inicial de instalación, agravada por la demora de los trámites y el costo alto de los estudios ambientales y permisos de instalación.

Para finalizar este punto, tenemos tres sugerencias adicionales para la aplicación del ACR, que para este caso, hubiera sido estupendo ponerlo en práctica:

- La primera sugerencia se basa en la interacción que efectúan la DGH y el OSINERGMIN, debido a que trabajan coordinadamente, bien podrían pedir opinión una de la otra (y viceversa), sobre los problemas que hallen en el cumplimiento de sus funciones, o cuestionamientos que hayan recibido o estén recibiendo de las empresas usuarias. Esta data podría servir de materia prima a cada una de estas entidades para que puedan detectar algunas fallas en la legislación que aplican, o detectar también, algunas oportunidades de mejora en las mismas.
- La segunda sugerencia, también está mencionada por el INDECOPI, y la OCDE, y consiste en la intervención del público usuario de los servicios, a través del pedido de opiniones. Si bien, a la fecha, el OSINERGMIN, hace una solicitud de opiniones, ex ante, de la aprobación de nuevos procedimientos o de modificación de los mismos, a través de su página web, no comunica los resultados de los mismos a cada usuario (como años atrás lo hacía), sólo emite la norma después del plazo de la recepción de opiniones.

Dado que estas entidades deben aplicar los ACR cada tres años, valdría la pena que inviten a los usuarios a opinar, con un margen amplio de anticipación (no los 30 días requeridos para el cumplimiento normativo), para que pueda darse una adecuada retroalimentación.

- La tercera sugerencia se relaciona con la capacidad de convocatoria de la DGH. Conoce directamente a todos los usuarios, debido a que para formar parte del sector hidrocarburos se requiere obtener una licencia de operador de algún tipo. Bastaría que invite a todos los usuarios de estos servicios de manera directa, no sólo a los gremios, porque no todos los usuarios forman parte de estos gremios como la SNI o la SNMPE. Es un universo medido,

y de fácil acceso, y podría hacerse por sectores (a todas las plantas de abastecimiento de OPDH, a las plantas de lubricantes, etc.).

Si alguno de estos sectores hubiera invitado a opinar directamente a los usuarios o actores del transporte de hidrocarburos por ductos a terceros, hubieran detectado la disconformidad con la normativa actual, y hubieran podido llegar a sugerir un cambio para la aplicación de los contratos de concesión sólo ante supuestos en que las partes no llegasen a acuerdos sobre los mismos.



CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DEL TRANSPORTE POR DUCTOS DE OTROS PRODUCTOS QUÍMICOS

En este Capítulo analizaremos la regulación del transporte de otros productos químicos a través de ductos, productos cuya peligrosidad es similar o mayor a la de los hidrocarburos líquidos, y a pesar de ello, no cuentan con una regulación específica, más allá de la exigencia de cumplimiento de contar con un instrumento ambiental previo para su explotación, demostrando así que la regulación existente es mínima. Sin embargo, dado que no forman parte del sector regulado por el OSINERGMIN y la DGH, no se les exige la celebración de contratos de concesión para el servicio de transporte a terceros, ni se les requiere los niveles de exigencia en la instalación y mantenimiento de los ductos, es decir, no tienen más regulación que la exigida para la obtención de la evaluación de impacto ambiental del sector pertinente al cual pertenece la empresa que maneja dichos productos.

Hemos optado por hacer el análisis de tres productos químicos peligrosos, elegidos entre el universo de insumos químicos peligrosos porque en algún momento de la cadena de almacenaje, se transportan por ductos, y podrían ser materia de prestación de servicio de transporte a través de los ductos, a favor de terceros. Estos productos químicos son los siguientes: ácido sulfúrico, alcohol isopropílico, y soda cáustica.

4.1. Sobre el ácido sulfúrico

Las únicas normas que regulan este producto son las relativas al control de bienes que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas, es decir, el Decreto Legislativo N° 1126, su Reglamento, aprobado por D.S. N° 348-2015-EF, y sus modificatorias.

La fiscalización está a cargo de la SUNAT, entidad que, al regular este producto, y considerarlo como un Insumo Químico y Bien Fiscalizado (en adelante IQBF) tiene como finalidad principal el evitar el desvío del mismo hacia las zonas de producción de droga ilegal en el Perú. Para ello, controla el movimiento y destino de este insumo químico a través de la inscripción en el registro de usuarios de IQBF otorgado por la SUNAT, y de un registro de operaciones del producto.

De una revisión de la normativa de los IQBF, se observa claramente que no entra a regular la toxicidad o peligrosidad de este producto, y menos aún los requisitos para su almacenamiento o transporte, sólo se requiere que los transportistas estén autorizados y por ende, controlados por la SUNAT, únicamente para evitar el desvío de este producto.

Otra normativa que podría ser aplicable sería la Ley N° 28256, Ley del transporte de materiales y residuos peligrosos, y su Reglamento, aprobado por D.S. N° 021-2008-MTC y sus modificatorias. Sin embargo, de una revisión de esta normativa, no se hace mención al transporte de productos peligrosos por ductos, sólo se aplicaría cuando un producto peligroso (que es el caso del ácido sulfúrico) se transporta por carretera o vía ferroviaria. Por lo tanto, en estricto, no sería aplicable para la etapa de transporte por ductos.

Adicionalmente, podemos revisar la Hoja de Datos de Seguridad de este producto¹⁶, que es altamente corrosivo, y nocivo para la salud humana y animal. Si comparamos esta Hoja de Seguridad con alguna de un OPDH (Otros Productos derivados de los Hidrocarburos) o de un aceite base¹⁷ que se transportan por ductos, podemos ver que su toxicidad es muy baja, y su punto de inflamación es muy alta, es decir, requiere más de doscientos grados centígrados para entrar en combustión.

Probablemente, la regulación más importante para nuestro análisis sea la que provenga del Instrumento Ambiental que cada empresa gestione de manera particular, y dependerá del principal sector al que corresponda (PRODUCE, MINEM, etc.), pero, finalmente, será una fiscalización ambiental.

A pesar de esta escasa regulación, el sector empresarial sigue funcionando, y sigue usando ductos o tuberías, como es el caso de la exportación de este producto, que sale hacia el puerto del Callao, a través de los ductos instalados en algunas empresas ubicadas en el Callao (DQM¹⁸ por ejemplo), y podría, hipotéticamente hablando, prestar el servicio de “alquiler” de sus tuberías a

¹⁶ <https://www.ciafa.org.ar/files/qKzC6XQKs7Ck7K966mbkQTexmqOlaKiJCNI6pq5s.pdf>

¹⁷ http://www.shell.com/business-customers/chemicals/safe-product-handling-and-transportation/marine-cargo-chemicals-handling/_jcr_content/par/textimage_1750843454.stream/1505312180856/fb79c00772b097e2097f440562cbbbadc30432d4/hs-motiva-star-12-external-rev-1.pdf

¹⁸ <http://odfjellterminalssouthamerica.com/terminal-callao-es.html>

terceros para que efectúen las mismas descargas, sin tener que cumplir regulación adicional alguna, por ser esta, inexistente.

Entonces, gracias a la escasa regulación, el transporte de este producto químico (que resultó ser más peligroso que un hidrocarburo líquido) a través de ductos, resulta ser una operación más simple que una similar de hidrocarburos, con la posibilidad de prestar el servicio de transporte por ductos a terceros a través de un arrendamiento de ducto, sin necesidad de constituir una concesión a favor del Estado, por el simple hecho, de estar fuera del mundo de los hidrocarburos regulados por la LOH.

4.2. Sobre el alcohol isopropílico o isopropanol (IPA)

Este producto no llega a ser un IQBF (Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados) regulado por la SUNAT, por no ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas.

La normativa que podría ser aplicable sería la Ley N° 28256, Ley del transporte de materiales y residuos peligrosos, y su Reglamento, y modificatorias. Sin embargo, al igual que en el producto anterior, de una revisión de esta normativa, no se hace mención al transporte de productos peligrosos por ductos, sólo se aplicaría cuando un producto peligroso (como sería el caso de este producto) se transporta por carretera o vía ferroviaria. Por lo tanto, en estricto, no sería aplicable para la etapa de transporte por ductos.

Adicionalmente, podemos revisar la Hoja de Datos de Seguridad de este producto¹⁹, que es altamente inflamable, que al comparar con la misma Hoja de Seguridad del aceite base mencionado en el pie de página N° 17, podemos ver que su punto de inflamación es muy bajo (altamente inflamable), en comparación con el del aceite base mencionado.

Al igual que en el producto anterior, la regulación más importante para nuestro análisis sería el Instrumento Ambiental que cada empresa gestione de manera particular, ante el sector que le corresponda (PRODUCE, MINEM, etc.), siendo, finalmente, una fiscalización ambiental.

Este producto se suele importar y se hace la descarga a través de ductos desde el puerto del Callao (a manera de ejemplo) hacia las instalaciones de algunas empresas como la mencionada.

¹⁹ <https://químicauniversal.cl/www/wp-content/uploads/2017/06/ALCOHOL/ISOPROPIELICO-18.pdf>

Hipotéticamente, esta empresa podría prestar el servicio de “alquiler” de sus tuberías a terceros para que efectúen las mismas descargas, sin tener que cumplir regulación adicional alguna, por no existir.

4.3. Sobre la Soda Cáustica o Hidróxido de Sodio

Al igual que el ácido sulfúrico ya comentado, las únicas normas que regulan este producto son las relativas al control de bienes que pueden ser utilizados para la elaboración de drogas ilícitas (Decreto Legislativo N° 1126, su Reglamento, y sus modificatorias).

La fiscalización está a cargo de la SUNAT, entidad que considera este producto dentro de la lista de Insumos Químicos y Bienes Fiscalizados; siendo su finalidad principal el evitar el desvío de este producto hacia las zonas de producción de droga ilegal en el Perú. Se controla a través de la inscripción de la empresa como usuaria de IQBF, y el registro de operaciones del producto.

Al igual que en los dos puntos anteriores, se observa que la normativa de IQBF no revisa ni regula la toxicidad o peligrosidad de este producto, ni los requisitos para su almacenamiento o transporte, bastando que los transportistas estén autorizados y controlados por la SUNAT.

Asimismo, podría ser aplicable la Ley del transporte de materiales y residuos peligrosos, y su Reglamento y modificatorias. Sin embargo, no contempla el segmento de transporte de productos peligrosos por ductos, sólo se aplicaría cuando se transporte por carretera o tren. Por lo que no sería aplicable para el segmento de transporte por ductos.

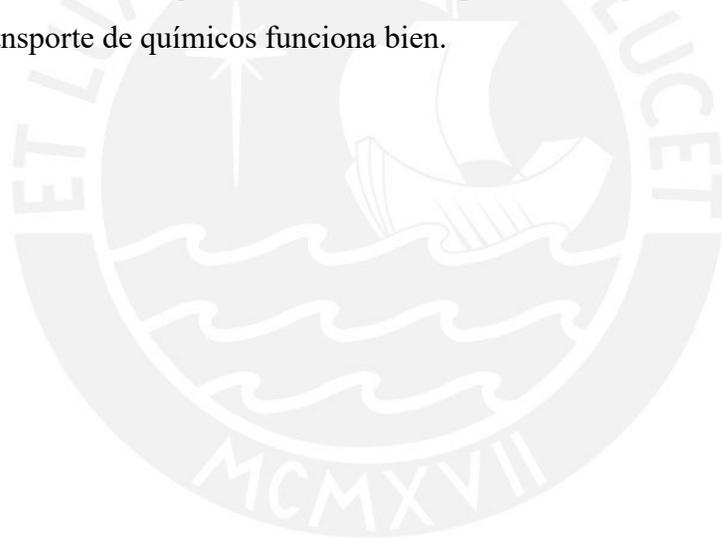
Adicionalmente, al revisar la Hoja de Datos de Seguridad de este producto²⁰, encontramos que es altamente tóxico para la salud humana; siendo mayor que la toxicidad del producto aceite base mencionado líneas arriba.

Al igual que en los casos anteriores, la regulación más importante para nuestro análisis sería el Instrumento Ambiental gestione de manera particular por cada empresa, dependiendo del sector principal al que corresponda (PRODUCE, MINEM, etc.). A la postre, será una fiscalización ambiental.

²⁰https://www.buenaventura.com/assets/uploads/hoja_de_datos_de_seguridad_del_material_hdsm/2019/HDSM_0200_SODA%20CAUSTICA%20S%C3%93LIDA_10.08.2018.pdf

Al igual que en los casos anteriores, y teniendo la misma escasa regulación, las empresas que cuentan con ductos ya instalados o por instalar, podrán usarlos y/o alquilarlos a terceros, sin requerir celebrar una concesión con el Estado. Para el caso específico, este producto, usualmente viene del sector minero, se almacena y luego se exporta, a través de los diversos puertos de la costa peruana, usando, en parte de la trayectoria del producto, a los ductos instalados (Quimpac S.A. por ejemplo), hacia los respectivos puertos de la costa.

Si comparamos en conjunto los productos químicos con los hidrocarburos líquidos, que se transportan en algún momento de la cadena comercial, por ductos, y que los mismos se podrían alquilar a terceros, concluimos que los productos químicos son más peligrosos e incluso más tóxicos que los hidrocarburos líquidos, por lo que, podrían equipararse en su regulación, o hacia la propuesta inicial nuestra, de regular sólo en caso las partes no lleguen a un acuerdo, dado que hasta la fecha, el transporte de químicos funciona bien.



CAPÍTULO V: DISCUSIÓN

Luego del análisis efectuado en los capítulos anteriores, hemos demostrado que es necesaria una revisión acuciosa de la regulación del sector hidrocarburos, partiendo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos misma, cuyo alcance sea el de un actual Análisis de Calidad Regulatoria, bajo las premisas propuestas no sólo por la OCDE, sino, sobre todo por las propuestas por el INDECOPI, a través de su Documento de Trabajo N° 01-2017/GEE ya mencionado, y por las propias normas relacionadas, emitidas por la PCM.

Según dicho Documento de Trabajo la finalidad del Análisis de Calidad Regulatoria no sólo sería lograr la mejora de la eficiencia y la efectividad de las normas regulatorias, a través de la revisión ex post, sino que implicaría la revisión de los objetivos inicialmente propuestos, y si estos se han mantenido, se encuentran desfasados o si han ido variando con el transcurso del tiempo, debido a que finalmente es una estrategia de política pública de mejora. Ahora bien, consideramos que, si estas normas regulatorias provienen de una ley o de un decreto supremo, la mejora de la eficiencia y efectividad debería alcanzar no sólo al procedimiento, sino a la norma legal misma analizada, aun cuando se trate del análisis de una Ley Orgánica.

Como ya hemos precisado anteriormente, el origen del concepto de contrato de concesión para el transporte de hidrocarburos por ductos nace en el artículo 71 de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, que prescribe que cualquier persona, puede construir, operar y mantener ductos para el transporte de hidrocarburos y sus derivados, a través de un contrato de concesión.

Debido a que los ACR se hacen cada tres años, este plazo otorga una posibilidad de mejora a cada sector, por lo que la DGH debió haber convocado a los usuarios de los procedimientos a que den su opinión sobre los diversos procedimientos y normas regulatorias del sector; también debió haber convocado a la propia OSINERGMIN, que al ser el organismo fiscalizador, tiene información privilegiada de cuáles son las normas que menos se cumplen, cuáles son las normas que generan más impactos económicos en los usuarios, cuáles son las que generan impactos negativos, cuáles las que tienen mayor incidencia en los procedimientos administrativos sancionadores (PAS), cuáles son las normas que generan que los usuarios se quejen. Con toda

seguridad, toda esa data existe en el Organismo Regulador, y tiene directa relación con varios de los procedimientos regulados por la DGH.

Así, retomando el análisis del Capítulo II, descubrimos que la LOH fue desarrollada en una época en donde se analizó que el Perú se desenvolvía como un país productor de hidrocarburos (año 1993 hacia atrás), liderado por la inmensa empresa estatal Petróleos del Perú (PetroPerú). Hoy en día, PetroPerú no puede incrementar la exploración y explotación de yacimientos por el elevado costo que ello implica, no puede refinar a gran escala los hidrocarburos hallados, porque su grado de impureza implica una refinación más costosa. Hoy es necesario importar hidrocarburos y otros productos derivados de los hidrocarburos (OPDH) para lograr satisfacer la demanda interna, tal como lo señala la Sociedad Peruana de Hidrocarburos (2014, 226 páginas), (con excepción del gas natural). Incluso, a la fecha, hay escasez a nivel internacional de los OPDH, por lo que las empresas que usan los OPDH como materia prima podrían tener un problema de quiebre de stock a mediano plazo.

Creemos que todos estos argumentos, que son recurrentes, con la excepción de la escasez mencionada (porque ha sido producto de la pandemia del Covid-19) debieron haber sido analizados como parte del ejercicio del ACR del sector hidrocarburos.

Bajo este contexto, y como hemos comentado en el Capítulo I, sostenemos que el transporte de hidrocarburos líquidos a través del uso de ductos sería una de las mejores alternativas de transporte a ser fomentado por el Estado, debido a los impactos positivos concatenados que conllevaría su uso, como son: (i) reducción del transporte por carretera de dichos hidrocarburos usando camiones cisterna, lo que impactaría directamente en la reducción del tráfico vehicular, y esta reducción impactaría directamente en dos campos: el menor desgaste de una reducida carpeta asfáltica de nuestras pistas y carreteras, y (ii) la directa reducción de gases contaminantes de los camiones que dejen de circular, (iii) Indirectamente impactaría en la reducción de la delincuencia, debido a que la reducción del tráfico por carretera de camiones cisterna de estos productos, implicaría, no sólo menos vehículos potencialmente atractivos como puntos de asalto, sino que la reducción del tráfico, evita la conglomeración de vehículos, que en algunos lugares álgidos de la ciudad o ruta,

generan delincuencia hacia los camiones mismos o hacia los vehículos terceros que forman parte de la conglomeración vehicular, (iv) obtener una plusvalía del uso de los ductos existentes o por instalar, debido a que si se permitiese prestar servicios de transporte de hidrocarburos a través de ductos, sin necesidad de celebrar los contratos de concesión, las empresas operadoras tendrían trabajando constantemente una capacidad instalada que usualmente se sólo usa en contadas ocasiones.

Existiría un par de posible impactos negativos que serían: (i) la reducción de puestos de trabajo (de los choferes de las cisternas, remplazadas por el transporte de ductos), sin embargo, consideramos que no impactaría en una reducción de personal, sólo significaría un remplazo en términos numéricos de mano de obra (reemplazo de choferes de los camiones cisterna por obreros y supervisores de las cargas y descargas de los productos por ductos), con lo cual, este punto específico sería inocuo en materia laboral; (ii) la reducción de ingresos en el sector transporte por carretera, al perder a un sector importante demandante del servicio de camiones cisterna. Esto abriría un interesante análisis adicional que no es materia de este trabajo, qué es lo que el Estado quiere impulsar como política pública: los beneficios mencionados, o mantener el statu quo del sector transporte de carga por carretera.

Al ser una buena alternativa de transporte de hidrocarburos líquidos a través del uso de ductos, la DGH debió utilizar el ACR para revisar el trámite de concesión del transporte de hidrocarburos líquidos por ductos, y determinar:

- a) El motivo por el cual un sector de las empresas no había cumplido con la obligación de celebrar un contrato de concesión de transporte, hasta que fue detectada por el área respectiva del OSINERGMIN, muchos años después de su vigencia, por considerar que no era aplicable;
- b) Debió analizar el motivo de la reticencia a celebrar dicho contrato, aún después de que OSINERGMIN los conminara a celebrarlo;
- c) Debió analizar si existían mejores alternativas legislativas a la norma de origen (LOH) y sus normas reglamentarias;
- d) Debió analizar si después de más de veinticinco años de vigencia del artículo 71° de la LOH, y sus reglamentos, se había cumplido con la finalidad inicialmente concebida;

- e) Debió analizar si los tiempos actuales exigían un cambio en la aplicación del transporte por ductos, y si era factible y deseable promocionar el transporte por ductos; entre tantas otras opciones de análisis.

De manera adicional a lo comentado, como parte de la propuesta de análisis de calidad regulatoria sugerida por el INDECOPI, éste sugiere que las entidades apliquen una secuencia en el análisis mismo, para determinar si corresponde una ratificación del procedimiento administrativo o es hora de una mejora o cambio del mismo. La secuencia es como sigue:

- Paso 1: identificar el origen de la regulación o del procedimiento: si es una norma con rango de ley o una ley, o si el procedimiento nace de un reglamento. Sugiere que, si nace de una ley o norma con rango de ley, que el ACR lo efectúe el Poder Legislativo.
- Paso 2: si la regulación tiene origen en un reglamento, ver si fue dado adecuadamente.
- Paso 3: discutir la necesidad de la intervención de su modificación.
- Paso 4: análisis de efectividad: discutir si se justifica la intervención.
- Paso 5: la medida de remplazo a adoptarse es proporcionada, según el principio de proporcionalidad.
- Paso 6: realizar el análisis ex post, para determinar si la medida adoptada fue o no exitosa.

Como mencionamos, creemos que la DGH pudo haber aplicado todos estos pasos de análisis, para determinar si es indispensable mantener la obligatoriedad de la celebración del contrato de concesión para que el operador de un ducto preste servicios de transporte de hidrocarburos líquidos a terceros.

Desde nuestro punto de vista, bastaba con hacer el análisis para arribar a los impactos positivos y negativos descritos líneas arriba, corroborando que los impactos positivos son mayores a los negativos, o implementar un análisis de costo-beneficio (ACB) que probablemente determine que es más ventajosa la promoción del uso de ductos, y para ello, definir dejar de lado la exigencia de la celebración de los contratos de concesión en la medida que las partes (operador del ducto y usuario del mismo) se puedan poner de acuerdo de manera privada.

Incluso, consideramos que la DGH, y en general las entidades estatales, deberían aplicar la lógica y fundamentos del ACR para todas las normas que emitan, y en especial para aquellas que

tienen un impacto económico en la sociedad, de esta manera, se lograría una eficiencia en las actividades del sector público.

Adicionalmente, consideramos importante mencionar que hicimos el análisis de algunos productos químicos de alta peligrosidad, con la finalidad de demostrar que el mundo de los ductos no es exclusividad del sector hidrocarburos, y que el manejo de los ductos en otros sectores como el de químicos peligrosos, está lejos de encontrarse regulado, y a pesar de esta falta de regulación, funcionan bastante bien. Esto demuestra, una vez más, que existe una posible sobre regulación en el tema de transporte de hidrocarburos líquidos por ductos y en la prestación de servicios a terceros, que ni siquiera se plantean en otras áreas económicas.

Incluso, existen ductos dedicados para el transporte de productos líquidos no peligrosos (que no han sido materia de análisis en este trabajo), cuyo manejo entre privados también funciona adecuadamente, sin necesidad de celebrar contratos de concesión con el Estado.

Toda esta información y análisis planteados nos hacen pensar que debemos repensar en un cambio legislativo.

Conclusiones:

Luego del análisis efectuado, arribamos a las siguientes conclusiones:

1.- De un análisis de la Ley Orgánica de Hidrocarburos de 1992, se desprende que la misma fue redactada dentro de un contexto histórico que ha ido cambiando en el tiempo, debido a que se regulan dos actividades principales, que son la exploración y explotación de hidrocarburos, considerando, desde dicha época en que el Perú era un país con grandes reservas de hidrocarburos. Sin embargo, y con la expresa excepción de la reserva del gas de Camisea, el Perú ha devenido en un país importador de hidrocarburos y de otros productos derivados de los hidrocarburos.

Sin embargo, la legislación no se ha desarrollado a la par del desarrollo de la industria, ni de las nuevas necesidades y exigencias de los mercados actuales.

2.- Encontramos varios artículos de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, desfasados en la actualidad; y este desfase incluye a la aplicación de varios puntos regulados en sus diversos reglamentos.

3.- Uno de los puntos que deberían modificarse, y que ha sido materia de análisis del presente trabajo, es la exigencia del Contrato de Concesión para la prestación del servicio de transporte de hidrocarburos líquidos, a terceros, a través de ductos, debido a que, en puridad, existen casos en que no es aplicable la celebración de un contrato de concesión, para ello, sugerimos que la exigencia de la concesión para este tipo de servicios sea únicamente para los casos en que las partes intervinientes no pudieran ponerse de acuerdo. De esta manera, el Estado intervendría de manera supletoria, ante la solicitud expresa de los interesados.

4.- Se debe promover el uso de ductos, ya sea a través del tendido de ductos nuevos o a través de los existentes, dado que tienen ventajas analizadas en este trabajo: como reducción de la contaminación ambiental, reducción del tráfico vehicular, reducción del desgaste de las carpetas asfálticas de las carreteras, rapidez en la descarga de los productos.

5.- La promoción del uso de ductos existentes, lograría un uso constante de bienes que usualmente se utilizan intermitentemente.

6.- En cualquier caso, de prestación de este tipo de servicios a terceros, es imperativo que se cumplan las reglas de seguridad, tanto en la construcción como en el mantenimiento de los ductos, debido a que la seguridad es uno de los factores más relevantes en el transcurso de la vida empresarial. Es decir, no pretendemos dejar de lado las obligaciones de seguridad y mantenimiento del Reglamento de Transporte de Hidrocarburos Líquidos por Ductos, aprobado por D.S. 081-2007-EM.

7.- A pesar que el Osinergmin y la Dirección General de Hidrocarburos, cuentan con una gran experiencia y están consideradas dentro de la élite de las entidades del sector público peruano, desde nuestro punto de vista, no han logrado aplicar un Análisis de Calidad Regulatoria eficiente, que no sólo analice los contenidos netamente administrativos, sino que vaya un poco más allá, y analice los contenidos que han sido o son cuestionados por los propios usuarios, a lo largo de cada tres años, que es el plazo que tienen para aplicar las ACR.

8.- Las ACR deben incluir el análisis de todas las normas, aun cuando el análisis implique a una Ley Orgánica, porque la legislación no debe ser estática; por el contrario, debe ser dinámica, y por ello, sujeta a cambios o ajustes necesarios.

Así tenemos que, si hacemos un análisis inicial y totalmente conceptual de los principios del ACR a la regulación específica de la parte pertinente de la LOH y el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, arribamos a las siguientes conclusiones preliminares:

a) Identificación del origen de la regulación cuestionada:

Inicialmente sería la propia LOH, que en su artículo 71 que señala que “cualquier persona (...), podrá construir, operar y mantener ductos para el transporte, de Hidrocarburos y de sus productos derivados, de acuerdo a un contrato de concesión para el transporte (...)”.

Adicionalmente sería el Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por ductos, que desarrolla la aplicación del artículo 71 de la LOH, exigiendo la constitución del contrato de concesión, y definiendo que al final del plazo, los bienes pasarán a propiedad del Estado.

Como hemos mencionado en varios puntos de este trabajo, consideramos que el ACR debe realizarse, aun cuando se trate de normas con rango de ley, aun cuando sean leyes orgánicas, y más aún cuando las mismas tengan una vigencia de más de diez años.

b) Necesidad de la intervención del ACR, en ambas normas:

Existe un clamor de cierto sector de la industria de hidrocarburos, específicamente de las plantas de lubricantes, que han presentado solicitudes de modificaciones de la norma reglamentaria ante la DGH, sin éxito.

Esta data obra tanto en OSINERGMIN como en la DGH, por lo que, por lo menos, debió generar un mínimo análisis de las solicitudes presentadas.

c) Análisis de efectividad: ¿justifica la intervención?:

Si se hubiera hecho un análisis exhaustivo, es altamente probable que la DGH arribe a la conclusión que la exigencia de los contratos de concesión, no necesariamente fomentan la participación de más agentes en el mercado, y que lejos de promover la inversión, la

aleja, y genera un retroceso a un statu quo de los años 70. Desde nuestro punto de vista, si justificaría, por lo menos el análisis, y desde ya, la modificación.

d) Análisis de proporcionalidad: ¿la medida sugerida es proporcionada?:

A lo largo del presente trabajo hemos sugerido que la regulación de las normas analizadas, permitan la inaplicación de la exigencia del contrato de concesión, para los casos en que las partes lleguen a ponerse de acuerdo, sin necesidad de la intervención estatal, y no requiriese la intervención del Estado (Gobierno Central) para celebrar contratos de servidumbre de los predios por donde discurren o discurrirán los ductos.

e) Evaluación ex post:

Desde nuestra perspectiva, al no haberse efectuado un análisis de ACR sobre estas normas, no ha habido una evaluación ex post de las mismas.

9.- Los organismos reguladores como el Osinergmin cuentan con información privilegiada de primer orden, debido a que todos los usuarios deben obtener diversos permisos de operación, y están en constante interacción con el regulador. Por ello, conocen los problemas a los que se enfrentan los distintos operadores a diario, y podrían informar de estos problemas a la DGH, con la finalidad que, de manera conjunta, puedan tratar de buscar soluciones de fondo a los mismos, evitando dar opiniones “legales” dentro de normas desfasadas contextualmente, pero vigentes legalmente. La vía idónea sería el análisis de ACR, que deben hacer las entidades cada tres años.

10.- El Osinergmin, debería interactuar más con la DGH, debido a que ambos comparten información de los operadores, y conocen los problemas y dificultades que tienen en la aplicación de las normas del sector, para determinar cómo ayudarlos.

11.- No es suficiente que se prepubliquen las normas nuevas o las modificatorias por 30 días, deberían invitar a los operadores, según las áreas de interés de cada uno de ellos, tal como lo sugiere la propia OCDE.

12.- Que independientemente de si debía de haberlo aplicado, es necesario aplicar la lógica y fundamento del ACR para todas las normas y en especial las que tienen un impacto económico para lograr una eficiencia en las actividades.

13.- Existen operadores de ductos que transportan productos químicos cuya peligrosidad o toxicidad es mayor a la de hidrocarburos líquidos, en algunos casos. Estos operadores prestan servicios para sí, y pueden alquilar sus ductos para el transporte de químicos, a terceros; sin embargo, no existe una regulación que les obligue a celebrar contratos de concesión. Esto demuestra que el Reglamento de transporte de ductos puede mejorar, con nuestra propuesta de exigencia de este tipo de contratos sólo en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo.

Referencias Bibliográficas

- Castagnino A. R. (2010). Formas Contractuales en la Industria de Hidrocarburos Peruana. *Derecho y Sociedad*, (35). 2010. 84-90. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13263>
- Congreso Constituyente Democrático. 19 de agosto de 1993. Ley N° 26221. Ley Orgánica de Hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. 30 de diciembre de 1921. Ley N° 4452. Declarando bienes de propiedad del Estado, los yacimientos de petróleo e hidrocarburos. Recuperado de <https://peru.justia.com/federales>. No vigente.
- Congreso de la República. 12 de marzo de 1952. Ley N° 11780. Ley del Petróleo. Recuperado de <https://peru.justia.com/federales>. No vigente.
- Congreso de la República. 23 de junio de 2005. Ley N° 26811. Ley General del Ambiente. Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. 10 de abril de 2001. Ley N° 27444. Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.
- Congreso de la República. 19 de junio de 2004. Ley N° 28256. Ley que regula el transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos. Diario Oficial El Peruano.
- Coronado, J. & Sánchez, J. & Fuentes, P. 2017. Documento de Trabajo N° 01-2017/GEE,

Principios, definiciones y estándares del Análisis de Calidad Regulatoria, INDECOPI, recuperado de <https://hdl.handle.net/11724/5810>.

Constitución para la República del Perú – 1920. 18 de enero de 1920. Constitución de 1920.
Recuperado de
<https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/constituciones/constitucion-1920.pdf> No vigente.

Constitución Política del Perú – 1993. 29 de diciembre de 1993. Artículo 66. Novena ed.
Fondo Editorial PUCP.

Kresalja, B. & Ochoa C. (2019). Derecho constitucional económico. 1era reimp. Lima:
Fondo Editorial PUCP.

Ministerio de Economía y Finanzas. 9 de diciembre de 2015. D.S. N° 348-2015-EF.
Aprueban nueva lista de insumos químicos, productos, y sus subproductos o derivados, objeto de control a que se refiere el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1126. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas. 24 de abril de 1996. D.S. N° 021-96-EM. Reglamento para el transporte de hidrocarburos por ductos. Diario Oficial El Peruano. No vigente.

Ministerio de Energía y Minas. 09 de mayo de 1994. D.S. N° 26-94-EM. Reglamento de seguridad para el transporte de hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano. No vigente.

Ministerio de Energía y Minas. 16 de octubre de 2002. D.S. N° 032-2002-EM. Aprueba “Glosario, Siglas y Abreviaturas del Subsector Hidrocarburos”. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Energía y Minas. 30 de diciembre de 2020. D.S. N° 036-2020-EM. Decreto Supremo que modifica disposiciones de seguridad relacionadas al estudio de riesgos y planes de contingencia y establecen medidas complementarias. Diario Oficial El Peruano.

- Ministerio de Energía y Minas. 14 de setiembre de 1999. D.S. N° 041-99-EM. Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos. Diario Oficial El Peruano. No vigente.
- Ministerio de Energía y Minas. 16 de noviembre de 1993. D.S. N° 052-93-EM. Reglamento de seguridad para el almacenamiento de hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. 21 de noviembre de 2007. D.S. N° 081-2007-EM. Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. 15 de julio de 2020. R.M. N° 178-2020-MINEM/DM. Modifica el Texto Único del Procedimiento Administrativo del Ministerio de Energía y Minas. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. 04 de mayo de 2010. R.M. N° 195-2010-MEM/DM. Establecen montos mínimos de pólizas de seguro de responsabilidad civil extracontractual aplicables a personas que desarrollan actividades en el subsector hidrocarburos. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Energía y Minas. 28 de octubre de 2016. R.M. N° 453-2016-MEM/DM. Exonera de su cumplimiento a diversos artículos de los anexos 1 y 2 del Reglamento de transporte de hidrocarburos por ductos aprobado por D.S. N° 081-2007-EM por parte de los operadores de ductos. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. 22 de enero de 2019. D.S. N° 004-2019-JUS. Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Diario Oficial El Peruano.
- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. 09 de junio de 2008. D.S. N° 021-2008-MTC. Reglamento nacional de transporte terrestre de materiales y residuos peligrosos. Diario Oficial El Peruano.
- Morón, U. J. C. & Aguilera, B. Z. (2019). Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal. Lima. Fondo Editorial PUCP.

OCDE (2019), Implementación del Análisis de Impacto Regulatorio en el Gobierno Central del Perú: Estudios de Casos 2014 – 16, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/9789264305809-es>.

OCDE (2019), Impulsando el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería de Perú, Gobernanza de reguladores, OECD Publishing, París. <https://doi.org/10.1787/9789264310827-es>

Poder Ejecutivo. 31 de octubre de 2012. Decreto Legislativo N° 1126. Establece medidas de control en los insumos químicos y productos fiscalizados, maquinarias y equipos utilizados para la elaboración de drogas ilícitas. Diario Oficial El Peruano.

Poder Ejecutivo. 29 de diciembre de 2016. Decreto Legislativo N° 1310. Aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa. Diario Oficial El Peruano.

Poder Ejecutivo. 15 de setiembre de 2018. Decreto Legislativo N° 1448. Modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310, decreto legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria. Diario Oficial El Peruano.

Presidencia del Consejo de Ministros. 04 de abril de 2019. D.S. N° 061-2019-PCM. Reglamento para la aplicación del análisis de calidad regulatoria de procedimientos administrativos establecidos en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310 que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa. Diario Oficial El Peruano.

Presidencia del Consejo de Ministros. 02 de noviembre de 2018. D.S. N° 110-2018-PCM. Ratifica procedimientos administrativos de las entidades del Poder Ejecutivo como resultado del análisis de calidad regulatoria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310 que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa. Diario Oficial El Peruano.

- Sistema de Gestión Pública de la PCM. 2019. Informe N° 005-2019-CCR-ST. Resultados sobre el Análisis de Calidad Regulatoria del stock. Entidades comprendidas en los sectores: Justicia y Derechos Humanos; Energía y Minas; Interior; Producción; Vivienda, Construcción y Saneamiento; Economía y Finanzas; Salud, Ambiente y Defensa. Recuperado de <https://sgp.pcm.gob.pe>
- Sociedad Peruana de Hidrocarburos. (2014). Libro Blanco de los Hidrocarburos. Propuesta de reforma del sector hidrocarburos para un nuevo consenso social. Lima. SPH.
- Tamayo, J. & Salvador, J. & Vásquez, A. & De la Cruz, R. (2015). OSINERGMIN. La Industria de los Hidrocarburos Líquidos en el Perú, 20 años de aporte al desarrollo del país. Lima
- Valverde E. G. (2015). El Tratamiento y Naturaleza Jurídica de los Hidrocarburos en el Ordenamiento Jurídico Peruano. Interpretación de la Normativa Aplicable. Revista de Derecho Administrativo (15), 253-270. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/15180>
- Viani V., R. & Velapuño Ñ., L.M. (2010). Problemática de las servidumbres en ductos en transporte de hidrocarburos. Derecho y Sociedad (35), Pag. 92-98. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13264>
- Naciones Unidas. (2011). Recomendaciones relativas al transporte de mercancías peligrosas, Volumen I.