

Algunas consideraciones sobre la normativa antimonopólica y la reforma económica en el marco legal del sector petrolero

Arturo Carreño

Alumno del noveno ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCION

El presente trabajo pretende analizar la legislación del sector petrolero a partir de la política del estado de desregulación y defensa de la competencia, a través de incentivos para la inversión privada y abstención de su intervención estatal como competidor. A partir de la nueva Constitución Política, esta legislación tiene un papel subsidiario en la economía, dejando que las empresas actúen libremente y sólo limitando su actuación a la corrección de las imperfecciones que se pudieran presentar dentro del mercado, supervisando el comportamiento de las empresas y sancionando cuando se produzca algún comportamiento prohibido por parte de éstas.

Este nuevo papel del Estado se dio en el marco de una nueva política económica, que perseguía atraer la inversión privada a través de una legislación que otorgue seguridad y que pueda ser atractiva, de manera tal que todo ello pudiera verse reflejado en beneficios para el consumidor a través de una mejor prestación del servicio y de precios más bajos.

En las siguientes líneas esbozaremos algunas aproximaciones sobre el tema planteado.

La Normativa Antimonopólica

La normativa antimonopólica es un componente esencial de los procesos de privatización de las empresas públicas. Por definición

éstas poseen una posición de dominio legal. Bullard por su parte señala que este tipo de monopolio encuentra su origen en la ley o en alguna barrera creada por ésta con la finalidad de impedir la entrada de otros competidores al mercado¹.

Estos monopolios son los más irracionales porque carecen de los incentivos que el sector privado tiene para desarrollar un comportamiento eficiente, no se basan en criterios de eficiencia ni responden a economías de escala, sino por el contrario responden a criterios políticos destinados a privilegiar ciertos sectores ocasionando distorsiones en el proceso productivo, traduciéndose todo ello en desventajas para los consumidores.

Debido a ello los efectos de la privatización pueden verse estancados si es que paralelamente no se resuelve el problema de la posición de dominio privado, que se genera luego de la venta de las empresas del estado. Por que Si bien la privatización supone un cambio de titularidad y gestión de las empresas privatizadas, ya que pasan de dominio público al privado, en la práctica la posición de dominio subsiste, con el agravante de que las empresas privatizadas pueden realizar prácticas restrictivas y abusivas. Para limitar esta clase de comportamientos consideramos que se debe adoptar una política legislativa acorde con el modelo económico que se pretende implantar.

Es, en este sentido que las reformas económicas en nuestro país apuntaron a la

(1) BULLARD, Alfredo, Los Monopolios en la Constitución: entre el mito y la verdad. En: Derecho & Sociedad N° 12, p.9

desregulación y eliminación de las barreras de entrada a nuevos competidores.

El objetivo subyacente de la reforma era disminuir la participación directa o intervención de los poderes públicos en la actividad económica y proporcionar a las empresas una mayor libertad de acción, estimulando la actividad empresarial, la eficiencia comercial, la inversión productiva y el crecimiento económico y, al mismo tiempo elevar el bienestar de los consumidores mediante un aumento de la cantidad y calidad de los productos y servicios a precios más bajos.

Así, en todos los sectores de la economía los recursos productivos tienden a asignarse de una manera más eficaz y más flexible mediante decisiones descentralizadas de los participantes en el mercado, en lugar de los poderes públicos, o mediante actividades basadas en la rentabilidad, promoviendo de este modo el crecimiento económico del país.

Pero para que estos objetivos se vean plasmados se requiere que las empresas actúen bajo el incentivo de la competencia, de forma tal que el descontento de los consumidores pueda servir de sanción ante un resultado ineficiente. Por tanto, el reforzamiento de la competencia es un elemento clave para el éxito de cualquier política económica.

La privatización de las empresas públicas se verifica no sólo a nivel de la transferencia de su titularidad y gestión al sector privado, sino también con el ánimo de eliminar los privilegios monopólicos que poseían algunas empresas estatales.

2. Nuevo Marco Legal del Sector Petrolero.

Es en este proceso que hemos descrito en el que se enmarcó la intención de cambio del marco regulatorio para el sector petrolero, introduciéndose en él los principios de la libre competencia, eliminación del monopolio legal y reducción de la participación del Estado en la actividad económica. Estos cambios fueron muy saludables porque buscaron incentivar la inversión privada en dicho sector con el fin de ofrecer un mejor servicio a los

consumidores y mejor precio del combustible ya que se le brinda la posibilidad de elegir

En las siguientes líneas trataré las principales modificaciones normativas que se han dado en el sector.

2.1 El D.L. 655 y la eliminación del monopolio de Petroperú.

Antes de 1991, la legislación nacional, como ya señalamos anteriormente cuando abordamos el tema del monopolio legal, otorgaba a la empresa estatal Petroperú, la propiedad de los hidrocarburos extraídos, siendo estos *in situ* propiedad del Estado. Petroperú era la entidad encargada de negociar con terceros los contratos para la exploración² y explotación. Ahora, en lo que se refiere a los sectores *downstream*³, Petroperú tenía el monopolio en el desarrollo de las actividades de refinación y comercialización mayorista de hidrocarburos y sus derivados, correspondiendo al estado peruano en exclusiva la explotación de la petroquímica básica.

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 655 se elimina el monopolio de Petroperú, y el de sus filiales y subsidiarias en el desarrollo de las actividades de hidrocarburos y sus derivados, manufactura, refinación y petroquímica básica.

Esta nueva legislación otorga la facultad a que cualquier persona, natural o jurídica, nacional o extranjera, pueda ejercer libremente estas actividades. Se faculta a Petroperú a negociar y celebrar contratos con inversionistas, nacionales o extranjeros, con el fin de participar total o parcialmente en cada una de las operaciones que Petroleos del Perú S.A. realice.

También con esta norma se creó la Comisión Nacional de Tarifas de Hidrocarburos, que tuvo como objetivo propender a la libertad de la formación de precios en el sector de hidrocarburos, estableciéndose que la comisión dicte de forma autónoma las tarifas y medidas necesarias para tales efectos, y vigilar que las mismas sean cumplidas.

(2) Esta etapa es conocida como el Upstream, e implica la exploración y la fase de la explotación intermedia que se llama desarrollo. Un ejemplo de ello es el transporte por la red de ductos.

(3) El downstream es la etapa de comercialización y transporte, es en general, cualquier actividad de venta, transporte, por medios no convencionales y convencionales, consumo y almacenamiento de productos.

2.2 D.Ley 26221 : la Nueva Ley de Hidrocarburos.

Esta tiene como finalidad promover el desarrollo de las actividades de hidrocarburos sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a las actividades económicas, abarcando todas las etapas de la actividad: el sector "upstream" y el sector "downstream".

Entre los principales cambios en el "upstream", en lo referente al régimen de contratación petrolera, se otorgó la propiedad del petróleo al contratista, modificando así el régimen de contratación petrolera en las etapas de exploración y producción, estableciendo que, además de los contratos anteriores existirá el Contrato de Licencia, en virtud del cual el contratista obtendrá la autorización de explorar y explotar hidrocarburos en el área de contrato, produciéndose la transferencia del derecho de propiedad al contratista de los hidrocarburos extraídos, debiendo pagar éste último una regalía al Estado anfitrión. Cabe señalar que dicha regalía se determinará en cada contrato de licencia, su calculándose en base a un factor que viene a ser el ratio entre los ingresos y egresos del contratista, de acuerdo a una escala de valoración previamente definida en cada contrato.

Es así como el contratista se convierte en el propietario del petróleo extraído, co lo cual se da un notorio cambio con la anterior legislación, otorgándose de esta manera un mayor incentivo a los inversionistas privados.

Otro cambio importante es la reducción de la participación del Estado en la renta petrolera. Con la normativa anterior, los contratos otorgaban una participación del 50% al Estado a través de Petroperú y el otro 50% era para los contratistas. Esta fórmula de participación ha quedado eliminada, la renta petrolera es íntegra para el del contratista, quien a cambio deberá pagar una regalía al país anfitrión, la cual será determinada en cada contrato.

También se suprime la obligación que tenía el contratista de vender a Petroperu, una determinada cantidad de petróleo, aquella necesaria para el mercado interno, estableciendo como excepción que dicha obligación sólo existirá en caso de emergencia nacional declarada por ley.

En lo referente al no pago de impuestos en la etapa de exploración se mantiene dicha ventaja, así

como el pago de aranceles de importación. Esto acompañado de la reducción en las obligaciones del contratista en la citada etapa, en especial en la obligación de realizar la perforación de pozos exploratorios, ampliándose el plazo para la exploración y explotación de los contratos petroleros.

Un hecho importante fue la creación de Perupetro S.A. como empresa estatal de Derecho Privado del Sector de Energía y Minas, otorgándosele la función de promover la inversión en la exploración y explotación de hidrocarburos, negociar y supervisar en su calidad de contratante los contratos que ésta establezca, y por último la labor de comercializar por cuenta propia o a través de terceros, bajo los principios de libre mercado, los hidrocarburos que se extraigan de las áreas establecidos en el contrato.

3 *Incentivos y garantías para la inversión privada*

Un gran avance para propiciar la venida de inversionistas extranjeros fue la de equiparar la inversión nacional y extranjera, sometiéndolas a las mismas condiciones, y dándole a tal disposición rango constitucional.

Asimismo, la Constitución dispone que la actividad empresarial del Estado, ejercida directa o indirectamente, es subsidiaria y se puede dar sólo por razones de alto interés público o de alta conveniencia nacional, para lo que se deberá contar con ley expresa que autorice dicha actividad.

Esto era un indicativo de que la privatización de las empresas públicas se realizaría indefectiblemente, abriendo nuevas posibilidades para la inversión privada en los diferentes campos de la actividad empresarial del Estado, y no solamente en la de hidrocarburos, siendo el servicio público de telefonía un buen ejemplo de ello.

En 1996 se promulgó el Decreto Legislativo 818, que otorga incentivos para la Inversión en recursos naturales. Este decreto estuvo orientado a otorgar incentivos al consorcio Shell/Mobil para la explotación del gas de Camisea, otorgando la devolución anticipada del Impuesto General a las Ventas (IGV), y fraccionando el pago de aranceles en la fase pre-operativa, lo que no existía anteriormente. Con esto, el contratista que esté en

la etapa de exploración puede recuperar posteriormente lo que está gastando en dicha etapa. En lo que se refiere al régimen aduanero, la exportación de hidrocarburos no está grabada, existe un régimen de impuesto temporal, lo que da derecho para que se importe la maquinaria o infraestructura que se necesite para la etapa de exploración, Sólo si se pasa del plazo o se saca la maquinaria del país se pagan los tributos correspondientes.

En adición a todo esto cabe señalar que el Perú ha suscrito los convenios MIGA y OPIC, que conllevan garantías a la inversión extranjera. Además, los diferentes Ministerios pueden firmar contratos de estabilidad tributaria con los inversionistas extranjeros. En este mismo sentido la Comisión Nacional de Inversión y Tecnología Extranjera (CONITE), está autorizado a firmar convenios de estabilidad jurídica con las empresas extranjeras.

En consecuencia, se ha modificado significativamente las condiciones para incentivar la inversión extranjera en el país, a través de una estructura legal que le otorga seguridad jurídica. Se puede decir que toda esta modificación en la

estructura legal en el sector ha generado condiciones bastante favorables para la inversión extranjera tanto en lo que se refiere al sector "upstream" como al sector "downstream".

CONCLUSIONES

Consideramos que la nueva normativa en el sector objeto de estudio ha sido positiva y se encuentra acorde con el papel que en la actualidad debe tener el Estado dentro de la economía. La empresa privada debe ser el principal motor de la èsta, siendo eficiente en aquellos ámbitos en donde la actuación estatalno lo era (el sector petrolero era uno de ellos). Se requería pues de los incentivos correctos, como estabilidad jurídica y beneficios tributarios, para hacer atractivas las privatizaciones en esta materia.

Por lo tanto, la opción por la promoción de un sistema de defensa de la competencia debe ser una prioridad del Estado, lo contrario significaría la presencia de monopolios, que finalmente se traducen en inequidades y distorsiones del mercado cuyos costos los asume el consumidor. **D&S**