

Estudio Echecopar.

Asociado a Baker & McKenzie International



Sociedad Nacional
de Pesquería

Análisis de Proyecto de Decreto de Supremo que modifica los Derechos de Pesca

21 de marzo de 2019



Régimen Constitucional de los Recursos Naturales

Constitución Política del Perú de 1993

Recursos Naturales

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

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



Particulares pagan Retribución Económica por Aprovechamiento de Recursos Naturales (RRNN)

Ley No. 26821 – Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales

Artículo 20.- Todo aprovechamiento de recursos naturales por parte de particulares da lugar a una **retribución económica que se determina por criterios económicos, sociales y ambientales.**

La retribución económica a que se refiere el párrafo precedente, incluye todo concepto que deba aportarse al Estado por el recurso natural, ya sea como **contraprestación**, derecho de otorgamiento o derecho de vigencia del título que contiene el derecho, establecidos por las leyes especiales. (...).

Artículo 21.- La **Ley especial** dictada para el aprovechamiento sostenible de cada recurso natural precisa las condiciones, términos, criterios y plazos para el otorgamiento de los derechos, **incluyendo los mecanismos de retribución económica al Estado** por su otorgamiento, el mantenimiento del derecho de vigencia, las condiciones para su inscripción en el registro correspondiente, así como su posibilidad de cesión entre particulares.



Aprovechamiento de RRNN

Retribución Económica

Ley Especial establece
mecanismos de retribución al
Estado

Ley General de Pesca y Derechos de Pesca



Ley General de Pesca

"Artículo 2.- Son patrimonio de la Nación los recursos hidrobiológicos contenidos en las aguas jurisdiccionales del Perú. En consecuencia, corresponde al Estado regular el manejo integral y la explotación racional de dichos recursos, considerando que la actividad pesquera es de interés nacional."

Reglamento de la Ley General de Pesca

"Artículo 3.- Administración de los recursos hidrobiológicos
*(...) 3.2. **Los gastos que el Estado efectúa para garantizar la conservación y aprovechamiento responsable de los recursos hidrobiológicos**, incluidos los costos de investigación, vigilancia, control y planeamiento del desarrollo de las pesquerías, constituyen parte de los costos de explotación de los recursos renovables y, consecuentemente, son **cubiertos con el pago de los derechos de pesca** y de los derechos por el aprovechamiento de concesiones acuícolas y mediante otros mecanismos de financiamiento, los que pueden incluir recursos provenientes del sector privado."*



Proyecto de Decreto Supremo

Artículo 45.- Monto de los Derechos de Pesca para la extracción de recursos hidrobiológicos.

a) *El pago de derechos por concepto de extracción de los recursos hidrobiológicos destinados al consumo humano indirecto se efectuará por cada tonelada descargada según el siguiente detalle:*

a.1) *Cuando el volumen de desembarque anual sea menor o igual a 3.1 millones de toneladas, el pago por derecho de pesca es el equivalente al 0.27% del **Valor FOB de Harina de Pescado**.*

a.2) *Cuando el volumen de desembarque anual sea mayor a 3.1 millones de toneladas y menor o igual a 3.6 millones de toneladas, el pago por derecho de pesca es el equivalente al 0.51% del **Valor FOB de Harina de Pescado**.*

a.3) *Cuando el volumen de desembarque anual sea mayor a 3.6 millones de toneladas y menor o igual a 4 millones de toneladas, el pago por derecho de pesca es el equivalente al 0.75% del **Valor FOB de Harina de Pescado**.*

a.4) *Cuando el volumen de desembarque anual sea mayor a 4 millones de toneladas, el pago por derecho de pesca es el equivalente al 0.98% del **Valor FOB de Harina de Pescado**.*

Para efectos del pago, el armador o titular del permiso de pesca, paga durante el año 0.27% del valor FOB de la tonelada de harina de pescado por cada tonelada descargada con destinado al consumo humano indirecto. En caso el desembarque total anual sea superior a los límites establecidos en los literales a.2), a.3) y a.4), el Ministerio de la Producción, dentro de los cinco (05) días hábiles una vez finalizado el año calendario, publica en su portal web el monto diferencial a pagar.

El armador o titular del permiso de pesca paga el monto diferencial dentro del plazo de treinta (30) días calendario siguientes a la publicación a que alude el párrafo precedente. (...)

Proyecto de Decreto Supremo

- PRODUCE asume que debe **gravar renta generada** por extracción del recurso:

*"(...) La anchoveta es una de las pesquerías con mayor capacidad de generación de renta por su extracción o renta del recurso. Es importante precisar que esta **renta se obtiene en la actividad de extracción, mas no en la actividad de procesamiento o manufactura. Por lo tanto, la estimación de la renta solo debe tomar en consideración el costo de los factores y el excedente generado en la primera de estas actividades.** (...)“ (*

*(...) La explotación de este recurso genera una renta que no es atribuible al capital, al trabajo o a la capacidad innovadora de la empresa. **Este tipo de renta es conocida como “la renta del recurso”.** (...)*

*(...) la **renta económica, se define como el “beneficio económico”** (...) es definida como todo ingreso que exceda a los costos totales, donde todos los factores de producción se costean utilizando su costo de oportunidad, incluyendo el costo de oportunidad del capital (...)" (Exposición de Motivos, P.8).*

Proyecto de Decreto Supremo

- PRODUCE estaría considerando el **Valor FOB de la Harina de Pescado** para calcular el monto del derecho de pesca pues sería “*la mejor referencia disponible*” y debido a que “*existe una correlación estadística positiva entre el precio de la anchoveta como materia prima y el valor FOB de la harina de pescado de aproximadamente 90%*”.

¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional?

"87. (...) la regalía minera **se exige por el uso o aprovechamiento de un bien que, siendo propiedad de la nación, es concedido al titular de la actividad minera para que pueda obtener el dominio sobre los productos de este bien; (...).**

88. (...) los recursos naturales integran el patrimonio de la Nación; (...), sería irrazonable traspasarlos gratuitamente sin que su dueña sea debidamente compensada. **Es por el traspaso del dominio sobre productos extraídos no renovables y por la afectación al medio ambiente, por los cuales se cobra esta contraprestación."**

STC No. 0048-2004-PI/TC

¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional?

"(...) 3.7 Mal podría, en ese sentido, establecerse una contraprestación, como ya lo ha indicado este Colegiado en la sentencia bajo análisis, en función a conceptos ajenos al valor de los recursos naturales que son efectivamente otorgados a los particulares mediante concesiones y/o autorizaciones de uso y explotarán de los mismos. En el caso de autos, al ser la regalía minera, por naturaleza, una contraprestación por el uso o aprovechamiento de recursos naturales minerales, de propiedad de la Nación, no podría ser concebida como un concepto destinado a afectar bienes de propiedad de los particulares, pues, como ya se ha pronunciado este colegiado, el dominio sobre los productos de los recursos naturales corresponde a los particulares. (Fd 87 STC 0048-2004-PI/TC)

STC No. 01043-2013-AA/TC

¿Qué ha dicho el Tribunal Constitucional?

Regalías Mineras: STC 01043-2013-AA/TC y 0048-2004-PI/TC

1. La regalía es una **contraprestación económica no tributaria que se paga al Estado por el uso o aprovechamiento de un recurso natural.**
2. **No se respeta la naturaleza** contraprestativa propia de la regalía cuando las normas establecen un método de valoración basado en las ventas de productos sometidos procesos industriales o de manufactura.
3. Una base de cálculo de la regalía minera que considere conceptos distintos al de un recurso natural como son los productos industriales, **vulnera el derecho a la propiedad.** Gravar a las empresas en función del valor de productos industrializados desnaturaliza el concepto de contraprestación económica que se debe pagar al Estado por la explotación de recursos minerales **vulnerando el principio de proporcionalidad.**

Base de cálculo del derecho de pesca debería ser el valor de los recursos naturales

El Proyecto de Decreto Supremo calcula el monto del derecho de pesca a cancelar en función al Valor FOB de la Harina de Pescado. Ello implica que se está utilizando como base de cálculo el precio de un **producto industrial**, cuando de acuerdo a lo establecido por el artículo 20° de la Ley No. 26821 y lo señalado por el Tribunal Constitucional, la **base de cálculo debería estar en función al valor del recurso natural** (anchoveta) que está siendo aprovechado económicamente por el particular.

No usar costos reales y aumentar pago cuando no hay renta económica sería inconstitucional

- Para determinar la renta económica se deberían considerar los **costos reales** de cada armador pesquero, y no los **costos ideales** de empresas que operan bajo márgenes eficientes.
- **No se puede realizar un análisis de costos similar al realizado por la prestación de servicios públicos** (p.e. telecomunicaciones), pues en estos casos los operadores tienen obligaciones de calidad con sus usuarios. Esto no se presenta en el sector pesca.
- **No resulta razonable establecer un incremento del derecho** de pesca cuando la renta económica sea negativa, pues el objetivo del derecho de pesca es gravar el valor generado por el recurso natural que sería aprovechado económicamente.
- Si actualmente ya se hace un pago derecho de pesca (0.25% del Valor FOB de Harina de Pescado), el **incremento** de dicho porcentaje debería recién aplicarse cuando la **renta económica pasa a ser positiva**.

Aplicar tasa diferenciada para los recursos pesqueros es discriminatorio, y por tanto inconstitucional

- En primera propuesta prepublicada, y propuestas para otras pesquerías, se establece un pago equivalente a 30% de renta económica.
- Sin embargo, en la segunda prepublicación de la anchoveta CHI establecen un pago equivalente a 50% de renta económica.
- Aplicar tasas diferenciadas para las pesquerías sería discriminatorio y por tanto inconstitucional.

Conclusiones

1. Calcular el **Derecho de Pesca en función al Valor FOB de la Harina de Pescado** implica desconocer su carácter de **contraprestación económica no tributaria que se paga al Estado** por el uso o aprovechamiento de un recurso natural hidrobiológico, conforme lo dispone el artículo 20° de la Ley No. 26821. Y es que al tomar en cuenta como base de cálculo el valor de la “*harina de pescado*” que constituye un producto procesado e industrializado y no la tonelada métrica extraída de anchoveta se desnaturaliza el alcance legal establecido por el citado dispositivo.
2. El Proyecto de Decreto Supremo **vulneraría el derecho de propiedad** pues la base de cálculo de los derechos de pesca de los recursos hidrobiológicos destinados al consumo humano indirecto se estarían determinando tomando en cuenta conceptos que no corresponden directamente al de recurso natural hidrobiológico (la anchoveta) pues la harina de pescado es un producto procesado e industrializado.

Conclusiones

3. La **regulación propuesta no respeta el test de proporcionalidad** pues no supera el subprincipio de necesidad dado que tomar en cuenta el valor de un producto procesado, como es la harina de pescado, no es la única alternativa que existe y que resulte menos gravosa, por ejemplo el precio de la anchoveta desembarcada en puerto, entre otros. Sería una medida **inconstitucional**.
4. Aplicar tasa diferenciada para los recursos pesqueros es discriminatorio, y por tanto **inconstitucional**.

Gracias

www.bakermckenzie.com

Estudio Echecopar asociado a Baker & McKenzie International, una Swiss Verein, de la que forman parte firmas de abogados en todo el mundo. De acuerdo con la terminología comúnmente usada en organizaciones de prestación de servicios profesionales, el término "Socio" se refiere a aquellas personas que son socios o equivalentes a socios de dichas organizaciones. Asimismo, el término "oficina" se refiere a cualquier oficina de dichas firmas de abogados.