

Consideraciones sobre el marco legal del Contrato de Cooperación Pesquera suscrito entre Epsep y Sevriba

Oswaldo Hundskopf Exebio.

Abogado, Experto en Comercio Exterior, profesor de Derecho Comercial y Derecho Pesquero en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y actual Vice-Presidente del Instituto Peruano de Derecho Pesquero.

Conforme a lo establecido en la cláusula 1.4 del citado contrato, éste está comprendido dentro de las estipulaciones del Convenio para la colaboración en un Proyecto de Desarrollo Pesquero de fecha 4 de setiembre de 1971 y de su Protocolo modificatorio de fecha 6 de diciembre de 1988. Se sustenta además en el Artículo 63° de la Ley General de Pesca N° 24790, en el Decreto Supremo N° 010-88-PE del 22 de marzo de 1988 y su ampliatorio el Decreto Supremo N° 059-88-EF del 9 de abril de 1988 y en el Decreto Supremo N° 005-88-PE del 27 de febrero de 1988 por el cual se modifica y amplía el Reglamento para la Operación de Buques Pesqueros de Anastro.

1. OBJETIVOS

Frente a un instrumento legal negociado y suscrito por las partes intervinientes y que además se encuentra

aprobado por Resolución Ministerial N° 431-88-PE publicada el 1° de enero de 1989, constituye objeto de la presente ponencia, demostrar a través del análisis de los dispositivos legales que constituyen su sustento legal, cómo es que a partir de la Ley General de Pesca N° 24790 se han dictado sucesivas normas que han viabilizado o facilitado la consumación del contrato y el otorgamiento inconstitucional y discriminatorio de beneficios o privilegios a la flota rusa de SEVRIBA, así como cuestionar la innecesaria e indebida modificación del convenio de 1971 formalizada a través del Protocolo del 6 de diciembre de 1988, para servir de sustento legal a un contrato de naturaleza comercial suscrito entre EPSEP y SEVRIBA que bien pudo celebrarse directamente entre las partes al haberse prácticamente modificado el Artículo 63° de la Ley 24790 con la expedición del Decreto Supremo N° 010-88-PE expedido con fuerza de ley, al amparo del inciso 20, del artículo 211° de la Constitución.

2. ANALISIS

Dentro del Régimen de la anterior Ley General de Pesquería, Decreto Ley 18810, vigente hasta la publicación de la Ley 24790 es decir hasta el 5 de enero de 1988, las embarcaciones extranjeras se podían dedicar a la extracción en aguas de jurisdicción nacional, premiadas de una matrícula y un permiso de pesca otorgado por el Ministerio de Pesquería, bajo las condiciones establecidas en su Reglamento, según lo establecía su Artículo 31°. Al respecto en los Artículos 29° al 38° del Decreto Supremo N° 011-71-PE, Reglamento de la Ley General de Pesquería, se establecieron no sólo las diversas modalidades de operación de tales embarcaciones, sino además los requisitos que debían cumplir y los derechos económicos que debían cancelar, estos últimos incrementados sucesivamente por el Decreto Supremo N° 023-78-PE del 17 de marzo de 1978 y por el Decreto Supremo 16-80 del 16 de mayo de 1980.

Es pertinente recordar que tales artículos reglamentarios, así como sus ampliatorios y modificatorios fueron expresamente derogados por el Decreto Supremo N° 013-84-PE, del 29 de setiembre de 1984, por el cual se establecieron las modalidades a las cuales debían sujetarse los barcos de bandera extranjera para su operación en aguas jurisdiccionales peruanas, estableciendo además en forma expresa en su Artículo 2° que la operación de los buques arrastres y arrastreros factoría se sujetará a las normas contenidas en su Reglamento respectivo.

En consecuencia, para el caso específico de este tipo de barcos, se reconocía la plena vigencia del Decreto Supremo N° 012-84-PE del 29 de setiembre de 1984 por el cual se aprobó el Reglamento para la operación de Buques Pesqueros de Arrastre, actualmente vigente con las modificaciones introducidas por el Decreto Supremo N° 007-85 y por el Decreto Supremo N° 005-88-PE del 27 de febrero de 1988 cuyo contenido revisaremos con posterioridad al comentario que formularemos sobre la nueva Ley General de Pesquería N° 24790, vigente desde el 21 de enero del año en curso hasta la fecha.

¿Qué significó o representó la nueva Ley General de Pesquería para los barcos de bandera extranjera? Simplemente que al incluirse como norma general de la Ley, en su Artículo 63° que los armadores pesqueros con barcos de bandera extranjera podrán dedicarse a las faenas de pesca en aguas peruanas siempre que acrediten ser propietarios reales de las embarcaciones y que las concesiones de pesca sólo podrán otorgarse mediante convenios de Gobierno a Gobierno y sin intermediarios, los que no debían conferir mayores beneficios que los conferidos a sus similares nacionales, esto significó en consecuencia que una empresa pesquera, estatal o privada ya no podía contratar directamente con un armador extranjero, dejándose de lado las posibilidades de operaciones tipo arrendamiento, Joint Venture y asociación en participación, con lo cual tácitamente quedó derogado el Decreto Supremo N° 013-84-PE que como ya hemos señalado, estableció las diversas moda-

lidades de operación de los barcos de bandera extranjera. En consecuencia, en aplicación del citado Artículo 63° de la Ley 24790 una empresa como EPSEP, o una empresa privada que requiera contratar con armadores extranjeros, propietarios de barcos pesqueros, debía recurrir al Gobierno peruano para que en su nombre y representación negocie y contrate con el Gobierno del armador extranjero, lo cual sin duda tenía obvias desventajas sobre todo para las empresas privadas. Si el marco legal hubiere quedado así el contacto entre EPSEP y SEVRISA respaldado en un Protocolo de Gobierno a Gobierno hubiera sido en principio inobjetable o incuestionable, sin embargo, las condiciones cambiaron conforme señalamos a continuación.

Es el caso que al entrar en vigencia la Ley 24790, en estricta aplicación de su segunda Disposición Final por medio de la cual se derogaron todas las disposiciones legales que se opongan a la Ley tácitamente había quedado derogado el Reglamento de Operaciones de Barcos de Arrastre, aprobado por normas legales de rango inferior a la Ley. Fue dentro de este contexto que se publica el 27 de febrero de 1988, el Decreto Supremo N° 005-88-PE, expedido con fuerza de ley, al amparo del inciso 20) del Artículo 211° de la Constitución por medio del cual se ratifica la vigencia del Reglamento de operación de buques de arrastre, precisándolo, ampliándolo y modificándolo a efectos de concordarlo con la Ley 24790, pero también con el objeto de dictar medidas extraordinarias de carácter económico y financiero que permitan garantizar que los convenios a suscribirse se realicen "sobre la base de la mutua conveniencia y reciprocidad entre los gobiernos", debiendo destacarse lo siguiente:

a) Se sustituye el Artículo 22° del citado Reglamento a efectos de facultar a las empresas del Estado a colocar en el mercado externo, el excedente de los productos que obtengan del porcentaje que le corresponda del producto de la pesca, luego de atender el abastecimiento nacional. En el original Artículo 22° se contemplaba como única finalidad el abastecimiento del mercado interno.

b) Se sustituye asimismo el Artículo 22° para confirmar las exoneraciones previstas en el tercer párrafo del original Artículo 22°, es decir, la exoneración de la presentación de una carta fianza, solidaria, irrevocable, y de regalación automática por un monto igual al valor que resulte de multiplicar 100 dólares por el tonelaje de registro neto de la embarcación y la exoneración de los derechos para obtener el Permiso de Pesca equivalente a 250 dólares por tonelada de registro neto, y para incluir como nuevos beneficios, la exoneración del pago de los derechos para obtener el Permiso de Navegación a razón de 20 dólares por cada tonelada de registro bruto y la excepción de la limitación de la zona de pesca declarada de Reserva Nacional establecida en el inciso c) del Artículo 33° del Reglamento, es decir, al norte de la latitud 6°.

c) Se precisa en su Artículo 2° que las concesiones o contratos de pesca que se suscriban con armadores extranjeros, en aplicación de los convenios de Gobierno

a Gobierno no deberán conceder mayores beneficios, incluidas las exoneraciones tributarias, que los conferidos a armadores nacionales.

d) Se señala que mediante Decreto Supremo se establecerá la participación que le corresponde al Ministerio de Defensa en el valor de la pesca que los armadores extranjeros están obligados a entregar al país.

Si bien el Decreto Supremo N° 005-88-PE, fue expedido en concordancia con el régimen restrictivo de contratación establecido por el Artículo 63° de la Ley 24790, posteriormente, el 23 de marzo de 1988 se publicó el Decreto Supremo N° 010-88-PE dictado con fuerza de ley al amparo del inciso 20 del Artículo 211 de la Constitución en cuyos considerandos se señala expresamente que se trata de medidas extraordinarias y complementarias de la Ley General de Pesquería. En opinión del suscrito, dicho dispositivo legal importa una modificación del régimen restrictivo de contratación de flota extranjera previsto en el Artículo 63° de la Ley General de Pesquería, por los siguientes fundamentos:

a) Su tercer considerando señala que "es necesario adoptar diversas opciones de participación transitoria de embarcaciones extranjeras pesqueras especializadas para lograr los objetivos nacionales de atender adecuadamente las necesidades alimentarias de la población".

b) Su cuarto considerando se refiere a "los acuerdos bilaterales de pesca, y otras modalidades de acceso a embarcaciones de bandera extranjera, como una fase transitoria, constituyen vehículos adecuados de cooperación".

c) Su propio Artículo 1° señala que los contratos o acuerdos comerciales que se celebren para la operación de las embarcaciones pesqueras de bandera extranjera en aguas jurisdiccionales así como los comprendidos en el marco de los convenios de Gobierno o Gobierno podrán ser de las siguientes modalidades: operación conjunta de pesca, de abastecimiento, con pago de derechos por concesión de pesca, sistemas mixtos, atendimiento, atendimiento financiero, asociación en participación, por empresas públicas y privadas.

En consideración a lo expuesto, y con sujeción al D.S. N° 010-88-PE, EPSEP tenía dos posibilidades, la primera, contratar directamente con SEVIRBA en una cualquiera de las modalidades anteriormente señaladas, y la segunda, tomando una mayor seguridad, pidiéndole al Ministerio de Pesquería que en representación del Gobierno Peruano en coordinación con la Cancillería, negociara con sus pares rusos. No obstante tales opciones, innecesaria y curiosamente, por decirlo menos, se recurrió al Convenio para la colaboración en un Proyecto de Desarrollo Pesquero del 4 de setiembre de 1971, vigente hasta la fecha, el cual se venía regulando bajo sus propias reglas y condiciones, limitado y restringido a la prestación de servicios a la flota rusa y no a la pesca bajo ninguna modalidad, y se lo modificó a través de un Protocolo firmado el 6 de diciembre de 1988. Hasta la

fecha, y no obstante haberse reclamado en diferentes foros, no se ha escuchado ninguna explicación satisfactoria que justifique la modificación del Convenio del 4 de setiembre de 1971 y la suscripción de dicho Protocolo, decisión que considero es inconveniente y desventajosa para el Perú, ya que a través de ello, se ha mejorado ostensiblemente en beneficio de la Unión Soviética, el Convenio de 1971. Sobre este punto me remito a lo expresado en el pronunciamiento del Instituto Peruano de Derecho Pesquero de fecha 4 de enero de 1989 en que el suscrito en su condición de Vice-Presidente colaboró en su preparación, y que de manera resumida expresa lo siguiente:

1. Con el Protocolo se ha ampliado los alcances del Convenio de 1971, de forma tal que se ha transformado o convertido de un convenio de servicios, en un convenio de pesca y de procesamiento de todo, tipo de especies y para todo tipo de barcos, dentro de las 200 millas peruanas, ya que en el Protocolo no se restringe o especifica las especies o modalidades de pesca.

2. A través del Protocolo se han fijado nuevas condiciones para la operación de la flota soviética y en general, para la permanencia de los barcos dentro de las 200 millas. En términos generales el Protocolo mejora ostensiblemente las condiciones establecidas en el Convenio de 1971.

3. El Protocolo abre las puertas para la celebración de contratos entre empresas y organizaciones de la Unión Soviética y Perú para la pesca de barcos rusos en las 200 millas y es por ello que se ha suscrito el contrato entre EPSEP y SEVIRBA y entre esta última empresa y Pesquera Industrial Plutón S.A.

4. En el Protocolo en su Artículo 6° se establece que la determinación de la parte de la producción pesquera destinada para ser entregada al Perú, constituye la compensación por el permiso de pesca en la zona.

5. En el Protocolo en su Artículo 7° se establece que los barcos rusos que realicen operaciones de pesca en las 200 millas, al amparo de contratos, pueden abastecerse de combustible de los barcos tanqueros soviéticos y transbordar la producción pesquera en los transportes refrigerados soviéticos.

6. El Artículo 8° del Protocolo en su primera parte prácticamente reproduce el Artículo 1° del Decreto Supremo N° 059-88-EF al que nos referiremos más adelante al tratar los aspectos tributarios del Protocolo y del Contrato, a efectos de infectar la operación económica-pesquera de la flota rusa de la tributación nacional aplicable a las rentas de fuente peruana. En su segunda parte, el Artículo 8° establece que la parte peruana asumirá todos los gastos relacionados con las operaciones pesqueras de la flota soviética, lo cual reducirá el beneficio económico para la parte peruana.

7. En el Artículo 9° se establece que en caso de divergencias entre las partes en la valoración de los resultados económicos del cumplimiento de los contratos, los barcos rusos, sus cargas y tripulaciones no podrán ser

objeto de arresto, embargo o garantía alguna por la parte peruana. Tal estipulación debe interpretarse como una velada forma de evadir la jurisdicción y competencia de los tribunales y jueces peruanos en aquello que resultaría primordial del contrato, es decir su ejecución económica y la evaluación del cumplimiento de las obligaciones contraídas. Tal derecho es soberano del acreedor, sin perjuicio de las garantías existentes.

8. En el Artículo 10° se introducen los lineamientos generales para que la parte de la producción que corresponde al Perú y que exceda las necesidades de consumo interno, se exporten finalmente a la propia Unión Soviética, y a terceros países, en condición y precios que se desconocen.

Pero el Decreto Supremo N° 010-88-PE anteriormente citado no solamente amplió las alternativas de contratación de barcos de bandera extranjera sino que además consagró para los futuros suscriptores de los contratos o acuerdos comerciales (Cuba, la Unión Soviética y Polonia en ese orden) un régimen tributario de excepción, insólito e inconstitucional. En efecto, en su Artículo 3° establece que "los pagos o aportes en especie o por derecho de concesiones de pesca y otras formas de compensación que se realicen por la suscripción de los contratos o acuerdos comerciales que se celebren bajo las modalidades permitidas por su Artículo 1°, con excepción de las operaciones conjuntas de pesca (Joint Ventures, arrendamiento, arrendamiento financiero y asociación en participación), darán por satisfecha la ejecución de las obligaciones tributarias que pudieran derivarse de las actividades pesqueras correspondientes".

Sucedó sin embargo que al pretender incluir dentro de los alcances del Artículo 3° un régimen de exoneración de impuestos, la forma como se redactó el artículo resultaba en la práctica inútil toda vez que, para que una exoneración sea válida se requiere de una mención expresa y específica del impuesto del cual se trata. Concretamente en el caso del impuesto a la renta, de conformidad con el Artículo 106° del Texto Único Ordenado del impuesto a la Renta se exige expresamente tal requisito.

Advertidos de la omisión incurrida y conscientes de la inutilidad de la norma expedida, días después, exactamente el 10 de abril de 1988 se dictó también al amparo del inciso 20 del Artículo 211° de la Constitución con fuerza de ley, el Decreto Supremo N° 059-88-EF mediante el cual se amplió el texto del Artículo 3° del D.S. N° 010-88-PE y puntualizando no solamente los impuestos materia de la inefectación sino que además incluyendo todo tipo de obligaciones económicas y financieras. A este efecto, los pagos o aportes en especie o por derechos de concesiones de pesca y otras formas de compensación, según el citado dispositivo legal darán por satisfecho el cumplimiento de las obligaciones económicas, financieras y tributarias que pudieran derivarse en favor del Estado por el ejercicio de las actividades pesqueras correspondientes incluyendo los impuestos a la renta, al patrimonio empresarial, el impuesto general a los ven-

tas, así como cualquier otro tributo que pueda gravar dichas operaciones.

Trasladando los dispositivos legales anteriormente mencionados al contrato entre EPSEP y SEVRIBA, teniendo en cuenta además que según su cláusula 1.4 éstos le sirven de sustento legal, el propósito ha sido que dentro de la contraprestación ascendente al 17.5% que corresponde a EPSEP según la distribución de la producción total de los barcos rusos, en ella se incluyan todo tipo de obligaciones económicas, financieras y tributarias como pago único y además, los conceptos relacionados con la operación y avituallamiento de las naves rusas que conforme a la cláusula 4.4 del contrato corresponden a EPSEP. En ese sentido esta última empresa debe proveer las autorizaciones y permisos o concesiones necesarios para la operación de los barcos incluyendo a los buques madrina frigoríficos y los de apoyo logístico tales como permiso de navegación, permiso de pesca, registro de matrícula, derechos de inspección, etc., pagar la totalidad de las remuneraciones del personal, asumir los gastos de entrada y salida de los barcos que transporten la cuota de EPSEP a puerto peruano, gastos de estadía y descarga, gastos de agenciamiento marino y aduanero.

El argumento por el cual se sostiene que el 17.5% corresponde a un pago de impuestos en especie carece de sustento legal por cuanto habría que determinar previamente la cuantía de los impuestos para luego proceder a su pago correspondiente con la entrega de especies. Como se sabe la tributación en el Perú se rige por los principios constitucionales de legalidad, publicidad y certeza, debiéndose en consecuencia determinarse con precisión la materia imponible, el sujeto pasivo de lo impuesto, la tasa del mismo, la oportunidad del pago, nada de lo cual se cumple con el sistema previsto en el contrato.

Asimismo es pertinente señalar que la Ley 24971, Ley de Financiamiento para la República para 1989 dispone en su Artículo 21° que a fin de preservar el financiamiento de los gastos previstos en la Ley General de Presupuesto y dentro de la política tributaria establecida durante el año 1989 no se permitirá que se destinen impuestos del Gobierno central para financiar empresas con participación del Estado. En el caso concreto se estaría incumpliendo con dicha disposición ya que los hipotéticos impuestos serían recaudados por EPSEP.

Por último, respecto de la vigencia del Protocolo, según su Artículo 16° se requiere de la aprobación por los órganos competentes de ambos países en conformidad con la legislación nacional de cada país. La Resolución Suprema N° 465-RE de fecha 9 de diciembre de 1988 publicada el 30 de diciembre ha pretendido iniciar la vigencia del Protocolo, sin embargo tratándose de un convenio de Gobierno a Gobierno, el Protocolo requiere de la aprobación del Congreso de la República, no habiendo entrado en vigencia aún. Siguiendo el principio general del Derecho por el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal, en igual situación se encuentran los contratos celebrados entre EPSEP y SEVRIBA y entre esta última compañía y Pesquera Industrial Pluton.