

Carta N° 57-2023/GG/COMEXPERU

Miraflores, 02 de marzo de 2023

Congresista
HERNANDO GUERRA GARCÍA CAMPOS
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 4303/2022-CR

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarle y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios (libre empresa, libre comercio y promoción de la inversión privada) por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, hacemos de su conocimiento la posición de ComexPerú sobre el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone modificar los artículos 58°, 59°, 60°, 61°, 62°, 63° y 65°, de la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”). Al respecto, manifestamos nuestra profunda preocupación sobre los efectos que acarrearía una eventual aprobación del Proyecto sobre el desempeño de diversas actividades económicas en el país, por lo que supone esta ruptura de la estabilidad jurídica.

Asimismo, queremos llamar su atención sobre la falta de rigurosidad técnica respecto de las afirmaciones vertidas en el Proyecto que, lejos de sustentar un cambio en la norma de ese nivel en nuestro ordenamiento jurídico, evidencia falencias en el análisis y valoración de los supuestos que justificarían la actividad empresarial del Estado más allá del principio de subsidiariedad. En particular, advertimos un pobre análisis sobre las implicancias que una medida de esta naturaleza traería tanto para el tesoro público, la institucionalidad del Estado, así como para la eficiencia del mercado y el pleno cumplimiento de principios constitucionales.

Al respecto, ComexPerú presenta las siguientes consideraciones:

1. Sobre los cambios constitucionales.

Artículo 58° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.	La iniciativa pública , privada y mixta es libre. Se ejerce en una economía popular de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, ejerciendo actividad empresarial en sectores estratégicos y de

	seguridad nacional , y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad ciudadana , justicia , servicios públicos e infraestructura.
--	--

El Proyecto busca extender la iniciativa económica al sector público. En efecto, dispone facultar al Estado a “ejercer actividad empresarial en sectores estratégicos y de seguridad nacional”.

De igual manera, reemplaza el modelo económico de la Constitución, de una economía social de mercado a una economía popular de mercado.

Al respecto, el Proyecto no explica los efectos de una mayor intervención del Estado en la economía, ni sustenta la necesidad de modificar el modelo económico de la Constitución, por lo que las modificaciones propuestas carecen de cualquier fundamento.

Sin perjuicio de lo anterior, la propuesta colisiona directamente, más allá del texto constitucional, con el contenido mismo sobre la iniciativa privada, desarrollado por el Tribunal Constitucional (TC). Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC¹, el Tribunal señala lo siguiente:

“17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece **el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.**

*Como expone Marcial Rubio Correa, dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es “que **las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización**” (Estudio de la Constitución Política de 1993, PUCP, Fondo Editorial, 1999).*

Así, el TC zanja la discusión sobre el contenido del derecho-principio a la libre iniciativa privada. En efecto, este no solo sienta sus bases en el derecho fundamental de toda persona a participar en la vida económica del país, sino que sostiene el modelo económico de nuestra Constitución, fundamentado en la libertad.

En este orden de ideas, cualquier intromisión del Estado en estas actividades económicas vulnera directamente esta libertad.

Artículo 59° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral,	El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamento 17. Extraído de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.	estas libertades no debe ser lesivo a la moral, a la salud pública, al interés nacional, a la seguridad nacional y a la dignidad humana. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, presta apoyo a los emprendimientos en todas sus modalidades.
---	---

El Proyecto redundante en incluir ciertos límites que ya se hallan previstos en la propia Constitución, como son la salud pública, el interés nacional, la seguridad nacional y la dignidad humana. Asimismo, elimina la referencia a la promoción de la pequeña empresa, sustituyéndola por “emprendimientos”.

Así, en primer lugar, no se sustenta la razón que explicaría la inclusión de estos límites generales que ya prevé la Constitución como marco general de actuación del Estado, como el interés nacional, la seguridad nacional y la dignidad humana.

De otro lado, no se sustenta ni se cuantifica la propuesta de eliminar la promoción de la pequeña empresa, haciendo referencia a los emprendimientos en forma general, los mismos que se presentan en empresas de todo tamaño.

Al ser las pymes componente abrumadoramente mayoritario del tejido empresarial del país, es indispensable que la Constitución destaque su promoción como política de Estado. Cambiar ello debería merecer una justificación apropiada, que lamentablemente no existe en el Proyecto.

Artículo 60° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.	El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.	El Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de interés público, seguridad nacional y seguridad ciudadana.
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.	La actividad empresarial pública tiene prevalencia sobre la privada y la inversión privada nacional tiene prevalencia sobre la extranjera.

En esencia, esta propuesta de modificación pretende facultar al Estado para desarrollar actividad empresarial. Así, en lugar de condicionarse a: (i) alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, (ii) autorización expresa del Congreso y (iii) oferta privada insuficiente en el mercado en cuestión, el Estado intervendría en el mercado por “razón de interés público, seguridad nacional y seguridad ciudadana”.

Indistintamente del sector en que se trate, y la finalidad que se persiga, quebrar e invertir la regla de intervención económica a un Estado empresario, implica un detrimento claro del mercado y de la competencia en general.

En este punto, corresponde indicar que la diferencia principal entre el Estado y el privado, en términos de competencia, hace que esta sea desleal. En efecto, mientras que el privado asume el riesgo de su inversión, en el Estado empresario, el riesgo, las pérdidas y los costos los pagamos todos los contribuyentes.

El rol subsidiario del Estado en la economía se estableció para evitar que este intervenga y compita deslealmente con emprendedores y empresarios de todo nivel y rubro. De esta manera, evita que entidades como, por ejemplo, la Pollería “El Rancho”, de la Universidad Nacional del Altiplano, en Puno, tengan la posibilidad de desplazar a otros competidores del mercado².

Esto, sin embargo, no significa que el Estado no puede intervenir en el mercado. De hecho, el Estado ya interviene fuertemente en la economía a partir de las distintas regulaciones emitidas por las múltiples entidades públicas, pero también desde las empresas públicas que actualmente realizan actividad empresarial en sectores donde el privado no puede cubrir la demanda de una parte de la población o cuanto existen fallas de mercado (en la página web de FONAFE está la lista de todas las empresas estatales).

Sin perjuicio de lo anterior, es también importante señalar que el rol empresarial del Estado conduce a resultados ineficientes, ya sea en la forma de pérdidas monetarias de las propias empresas públicas, corrupción, el copamiento de cargos públicos, o la ineficiente provisión de bienes y servicios que se busca atender. En el Perú, distintas experiencias actuales y pasadas reflejan las falencias del Estado empresario:

- **Hidrocarburos:** En la refinería de Talara se ha gastado más de US\$ 6,000 millones, monto equivalente a toda la inversión pública ejecutada en proyectos de saneamiento en el periodo 2016-2020, con la cual se pudo haber construido alrededor de 83 hospitales, esto es, más de la mitad de la brecha de estos establecimientos de salud, según cifras del Ministerio de Salud.

Adicionalmente, entre los años 1986 y 1992, US\$ 3,912 millones producto de la mala gestión estatal. Desde un punto de vista productivo, en la refinería La Pampilla se producían 20,000 barriles de petróleo al día bajo el control estatal, cifra mucho menor al promedio de 117,000 barriles que se producen luego de su privatización.

- **Transporte aéreo:** Las aerolíneas de bandera, como la empresa de Transportes Aéreos Nacionales de Selva – TANS o AeroPerú, solo generaron pérdidas millonarias. En el presente siglo, Córpac acumuló pérdidas por S/ 93 millones entre 2000-2004, lo que ha perjudicado su capacidad para el desarrollo de destinos, muy distinto a lo que ocurre con los aeropuertos concesionados. Basta ver el ejemplo de Ayacucho, donde en 2007 llegaban solo 26,000 pasajeros, y después de su concesión en 2019 llegaron 280,000.

² Al respecto, revisar la Resolución N 3134-2010/SC1-INDECOPI recaída en el Expediente N° 201-2008/CCD.

- **Telecomunicaciones:** La inversión de empresas estatales era paupérrima, alrededor de US\$ 76 millones anuales, en comparación con las necesidades de inversión por US\$ 500 millones, por lo que los peruanos debían esperar años por una línea telefónica. Entre 1982 y 1992, las líneas telefónicas se mantuvieron en el nivel de 30 por cada 1,000 habitantes. Entel Perú acumuló pérdidas por más de US\$ 40 millones y una deuda externa por US\$ 198 millones. Además, 80% de los gastos eran destinados solo para salarios.

Además, existe un impacto macroeconómico que debe ser tomado en cuenta. De acuerdo con el Instituto Peruano de Economía (IPE), durante el gobierno militar de Velasco Alvarado, las pérdidas acumuladas por las empresas públicas ascendieron a US\$ 2,481 millones en 1979, un 10% del PBI, lo que obligó al Estado a endeudarse considerablemente, con una deuda pública que alcanzó un 41.3% del PBI, y a emitir más dinero, lo que implicó un crecimiento de la inflación anual del 66.7%. Esta situación inició el proceso de deterioro económico que generó la alta tasa de pobreza aún persistente en el país.

De otro lado, la propuesta de modificación de este artículo de la Constitución dispone una prevalencia de la actividad pública por sobre la privada, y de la privada nacional sobre la extranjera. Lo anterior rompe con toda la normatividad y jurisprudencia desarrollada en el ámbito internacional de inversiones y de comercio exterior, donde bajo los principios de Trato Nacional y de Trato de Nación Más Favorecida, se busca generar igualdad de trato entre las empresas, sin ningún tipo de discriminación (sea por nacionalidad, o por su naturaleza pública o privada).

Cabe destacar que estos principios forman parte de la amplia red de acuerdos internacionales de los que el Perú es parte, como pueden ser la Organización Mundial de Comercio (OMC), tratados de libre comercio o acuerdos bilaterales de inversión (ver la lista completa en www.acuerdoscomerciales.gob.pe). Así, cualquier modificación de estas obligaciones, como consecuencia de la modificación constitucional planteada, significaría la activación de los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos instrumentos internacionales, que se traducirían en sanciones económicas muy significativas para el país, al margen de la afectación de la reputación como socio comercial y plaza de inversión.

En este aspecto, el Proyecto obvia la evidencia empírica y económica, y ni siquiera analizar los efectos que acarrearía las modificaciones planteadas.

Artículo 61° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.	El Estado facilita y vigila la libre competencia. Las posiciones dominantes, el acaparamiento, la concertación de precios, los monopolios y oligopolios están prohibidos.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

El Proyecto ignora por completo que la conformación de monopolios u oligopolios responde a características particulares de los mercados. En función a estas características (entre las cuales podemos nombrar las barreras de entrada y salida, la capacidad instalada del capital de las empresas, diferenciación entre los productos, publicidad, la sensibilidad de los consumidores a los precios, etc.) es que los mercados están más o menos cerca al ideal de la libre competencia.

En ese sentido, existen mercados que desde su conformación inherentemente presentan niveles de concentración por encima de lo que se estipule como “nivel competitivo”. Los casos más conocidos y abordados por la teoría económica son las fallas de mercado, tales como el mercado de energía, telecomunicaciones, transporte, entre otros.

Tomando el caso particular del sector telecomunicaciones, una empresa debe necesariamente desplegar un gran nivel de inversión (en la forma de antenas, estaciones base, etc.) para poder ofrecer los servicios de telefonía fija o móvil, e internet. Sin embargo, enfrenta una restricción geográfica que limita cuánto equipo puede desplegar. Dado que todas las empresas que quisieran entrar al mercado lidian con el mismo obstáculo, es natural que solo existan un pequeño número de firmas – oligopolio – que se reparten el espacio físico disponible o lo comparten, y solo aquellas con el capital necesario para enfrentar esta barrera propia del mercado serán las que compitan.

En el caso monopolístico, en el sector transporte, la construcción y administración de los modos de transporte es usualmente tarea de una sola empresa debido a que esta es la opción más factible. Por ejemplo, la infraestructura del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez (terminales, salas de embarque, pistas) es manejada por una única empresa puesto que sería mucho más costoso e ineficiente que más de una lo haga. Las ventajas de que exista un monopolio en este caso son ampliamente conocidas en la teoría económica como las economías de escala y de ámbito³.

Por consiguiente, la prohibición de la sola conformación de monopolios u oligopolios privados que sugiere el Proyecto carece de lógica, ya que en casos como los descritos la estructura del mercado es propiamente monopolística u oligopólica. Dicho de otra forma, la propuesta del Proyecto equivaldría a prohibir la existencia misma de ciertos mercados. Evidentemente, esto no solo restringe y perjudica la actividad económica, sino además que perjudica a los consumidores, ya que se estaría reduciendo los bienes y servicios a los que pueden acceder al prohibirse mercados.

³ Una empresa cuenta con economías de escala si es que el costo por unidad del bien que produce es cada vez menor a mayores niveles de producción, lo que implica, por ejemplo, que es menos costoso que esta empresa produzca 100 unidades de este bien en comparación a que dos empresas produzcan 50 unidades cada una, o cualquier otra subdivisión. Mientras que una empresa cuenta con economías de ámbito si el costo de producir dos o más bienes distintos al mismo tiempo es menor al costo conjunto de diferentes empresas produciendo cada una un único bien.

Por otro lado, el Proyecto no muestra ningún análisis o evidencia que demuestre efectos claros y perjudiciales de los monopolios u oligopolios en el Perú como para afirmar necesaria su prohibición bajo mandato de la norma de mayor rango en nuestro ordenamiento jurídico. Así, no considera los efectos de mercados monopólicos u oligopólicos sobre los consumidores y la sociedad en su conjunto. Por ejemplo, al ser SEDAPAL una empresa monopólica en el servicio de provisión de agua en la ciudad de Lima, ¿qué pasaría si se prohíbe como consecuencia del cambio constitucional planteado?

En ese sentido, el establecimiento de una posición de dominio *per se* no se traducirá en un perjuicio para la competencia en un mercado o sus consumidores. Más bien, alcanzar una posición de dominio se relaciona con la eficiencia económica, ya que aquellas empresas que se vuelven más productivas y costo-eficientes pueden desplazar a sus competidores, y el resultado es beneficioso también para los consumidores al tener a la empresa más eficiente y que puede por ende ofrecer los menores precios. En ese sentido, prohibir la obtención de una posición de dominio ocasionaría un desincentivo a la actividad empresarial para su crecimiento, innovación y mejora productiva.

Son, en cambio, las prácticas anticompetitivas (como la colusión) y el abuso de posición de dominio lo que en el Perú sí se castiga (aspecto que sí está incluido en el artículo 61 de la Constitución). Estos son principios que sigue nuestra política de competencia, como también una de las mayores referencias a nivel mundial, la Unión Europea⁴.

Además, existen mercados que presentan características monopólicas y oligopólicas por su propia estructura. Sin embargo, la política de competencia en el Perú también interviene en estos mercados en la forma de la regulación, siendo esta un mecanismo para intentar acercarse al ideal competitivo.

Este es el rol de los entes reguladores como OSITRAN, OSIPTEL, OSINERGMIN y Sunass. Sus políticas permiten que estos mercados, a pesar de sus condiciones, puedan replicar las bondades que traen consigo la competencia, como menores precios, mayores opciones de elección para los compradores, innovación en productos y servicios, incrementos de calidad, entre otros.

Finalmente, se debe tomar en cuenta que, las prácticas de abuso de posiciones dominantes y monopólicas, así como también aquellas que limitan la competencia, son reguladas y fiscalizadas por el INDECOPI. No obstante, las propuestas de prohibir las concentraciones de mercado desconocen la relevancia de este organismo técnico, tanto es así que antiguos funcionarios de dicha institución se han pronunciado en contra de los intentos del Ejecutivo. Por ejemplo, en abril del presente año, Joselyn Olaechea, ex comisionada de libre competencia del Indecopi, se manifestó en contra de la propuesta del Ejecutivo sobre prohibir los monopolios, pues sostuvo que la única manera para combatir los elevados niveles de concentración es a través de la generación de oportunidades para el desarrollo de nuevos competidores.

En ese sentido, la única manera de garantizar el adecuado funcionamiento de los mercados, de tal manera que se permita una mayor concentración cuando esta desemboque en más eficiencia que lo alcanzado a través de una mayor competencia,

⁴ En nuestro país así se detalla en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en sus Artículos 10, 11 y 12. En el caso europeo, estos lineamientos se incluyen en los Artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

consiste en fortalecer a los organismos reguladores y al INDECOPI. Esto no implica imponer mayores restricciones en los mercados, sino en asegurarse que todas las entidades relevantes cuenten con las capacidades suficientes para supervisar y analizar adecuadamente (sin presión política, sin falta de criterios técnicos, etc.).

Artículo 62° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.	La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase cuando lesionen el interés público . Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.	

Como se observa, el Proyecto presenta dos formas distintas de desproteger los contratos y, por ende, de crear inseguridad jurídica: (i) eliminar los contratos-ley y (ii) permitir que estos puedan ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase cuando lesionen el interés público.

Cualquiera de los escenarios resulta preocupante, ya que supone un riesgo latente para la economía, especialmente en una etapa en que las proyecciones para el Perú no son las mejores, y que necesita la generación de incentivos y un clima de confianza para la inversión privada.

Pactados entre el Estado y sus contratantes en materias autorizadas por ley, los contratos ley son convenios que buscan hacer más atractivos a los sectores económicos ofreciendo a los inversionistas –nacionales o extranjeros– un marco normativo sólido y estable –inmodificable por el Estado– que les otorgue garantías y cree seguridades, tales como la estabilidad tributaria, a fin de facilitarles el cálculo de los rendimientos de la inversión durante la vigencia del contrato.

Por tanto, el objetivo de los contratos-ley dista mucho de establecer tratos diferenciados entre empresarios; más bien, buscan generar condiciones atractivas para el inversionista (nacional y extranjero), a través de un marco normativo estable, seguro y sólido, que propicie el cálculo presente de los rendimientos de la inversión en un periodo futuro correspondiente a la vigencia del contrato-ley. De aquí que las principales normas estabilizadas son las tributarias, en tanto gravan directamente las utilidades generadas⁵.

⁵ Así, Kresalja y Ochoa anotan hasta tres garantías constitucionales del contrato-ley. La primera consistente en la inalterabilidad para el inversor del régimen otorgado mediante el contrato y que debe estar estipulado en una ley autoritativa. La segunda en la imposibilidad de su modificación vía acto legislativo, lo cual supone la claudicación estatal de su *ius imperium* durante la vigencia del convenio de estabilidad jurídica, por lo que cualquier modificatoria deberá efectuarse por otro contrato o cualquier otra forma extintiva regulada en el Código Civil. Y la tercera consistente en la resolución de las controversias suscitadas en la negociación, celebración, interpretación o ejecución del contrato-ley, por la vía arbitral o jurisdiccional. Claro está que, al ser un contrato de

Constituyen una herramienta generalmente usada por Estados en vías de desarrollo, que sufren de inestabilidad política, económica y social, generando niveles de riesgo tan altos que desincentivan la inversión.

Estos contratos, llamados de estabilidad jurídica, no son nuevos en el Perú. Existen en nuestro ordenamiento jurídico desde los años 50s (Ley 9140). La figura se incorporó en el artículo 1357 del Código Civil (1984) y se consolidó posteriormente con los Decretos Legislativos 662 y 757 (1991). Es con la Constitución de 1993 que se elevan a rango constitucional, en un contexto de profunda crisis económica y una necesidad urgente por captar inversión para el desarrollo del país.

Cabe resaltar que el propio TC ha avalado la constitucionalidad de esta figura mediante numerosas sentencias, por ejemplo, la recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC. En esta, el TC afirmó, sobre el contrato-ley, lo siguiente:

“(…) Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió este.”

Hoy en día, con cargo a compromisos concretos de inversión, pueden celebrar convenios de estabilidad jurídica tanto los inversionistas (nacionales o extranjeros), como las empresas receptoras de las inversiones (todas constituidas en el Perú, por tanto, nacionales). La estabilidad otorgada se refiere al régimen del impuesto a la renta, al derecho a la no discriminación, a la libre disponibilidad de divisas y a la libre remesa de utilidades, dividendos y regalías.

Cabe resaltar que la estabilidad tributaria en modo alguno implica condonación o exoneración tributaria. La estabilidad quiere decir que se mantiene el régimen vigente al momento de la suscripción del convenio. Las empresas que suscriben los convenios no solo pagan impuestos, sino que asumen el compromiso de invertir en el país. No hacerlo implicaría perder la estabilidad otorgada.

Asimismo, la calidad de contrato-ley asegura que no puedan ser modificados por ley, pero nada impide que ambas partes de común acuerdo acuerden modificaciones. El plazo de estos convenios es de 10 años, salvo para el caso de concesiones, en cuyo caso el plazo de vigencia se sujeta al plazo de vigencia de la concesión.

Así, más allá de las diversas tesis existentes sobre la naturaleza de los contratos-ley, lo importante es que, como expresan Kresalja y Ochoa:

“El reconocimiento y protección constitucional de los contratos-ley supone la imposibilidad jurídica de su modificación por acto legislativo. No se trata de que al Estado se le cercene su capacidad de innovar el ordenamiento jurídico. Se trata de la técnica de la inoponibilidad, según la cual resultan inaplicables aquellas leyes dictadas por el Estado destinadas a modificar los términos de un contrato-ley”.⁶

prestaciones recíprocas, el inversionista y la empresa receptora de la inversión, deberán cumplir ciertas obligaciones definidas por marco legislativo.

⁶ Kresalja, B. & Ochoa, C. 2020. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 374.

Sin ello, se generaría un clima de desconfianza e inestabilidad que retraería el clima de inversiones que hoy más que nunca el Perú necesita.

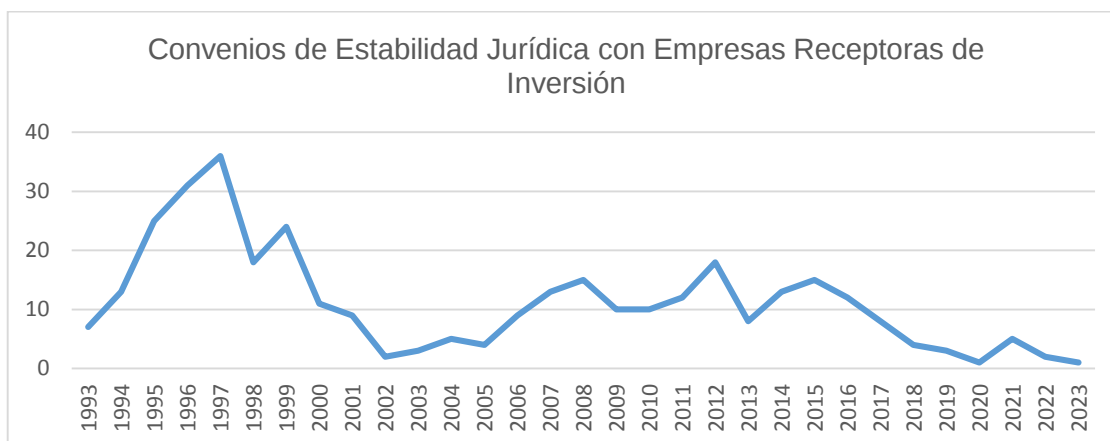
Todos los convenios de estabilidad jurídica están colgados en la web de Proinversión. Desde 1993, la cantidad de convenios se han venido reduciendo considerablemente. Hasta la fecha, son 716 los convenios suscritos con inversionistas, de los cuales un 17% son nacionales.



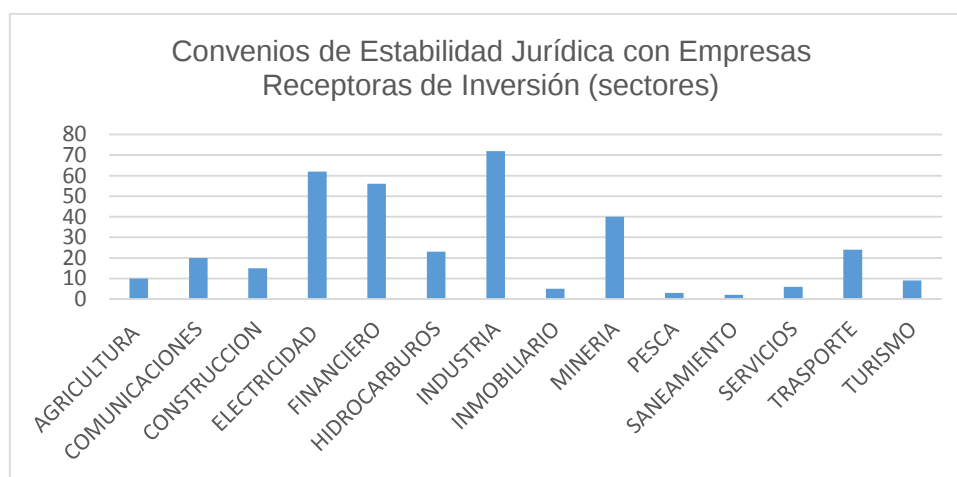
Del resto de convenios con inversionistas extranjeros, encontramos empresas de distintas partes del mundo, principalmente de Chile, España, EE.UU., Colombia, Reino Unido, etc.



En cuanto a las empresas receptoras de la inversión, desde 1993 se han firmado 347 convenios. La tendencia también viene a la baja.



Todas empresas nacionales que se desenvuelven en distintos ámbitos de la economía, destacando los sectores de industria, electricidad, financiero y minería.



En ese contexto, la eliminación de contratos-ley, al propiciar inseguridad jurídica, contraería la inversión privada, generando menos empleo, reducción del comercio, incapacidad para cerrar brechas de acceso a servicios, un alto a mejoras en productividad y menor capacidad para reducir la pobreza, entre otros. En la práctica, se estaría generando un menor crecimiento económico del país, pues la participación de la inversión privada en la inversión bruta fija (es decir, aquella destinada a la creación de capital físico o su reposición) fue cuatro veces superior a la pública, alcanzando el 20.6% del PBI frente a un 4.6% en 2021, respectivamente⁷.

Además, la aprobación del Proyecto vulneraría otras disposiciones constitucionales, como el artículo 59°, el cual dispone que el Estado debe estimular la creación de riqueza. En particular, se debe recordar que los mercados privados son altamente susceptibles a una ruptura en la estabilidad jurídica, situación que se estaría facilitando al otorgarse al Estado la facultad de imponer nuevas reglas o establecer limitaciones a los contratos existentes siempre que, bajo su propia interpretación, consista en proteger el interés público.

⁷ BCRP. 2022. Reporte de inflación marzo 2022. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2022/marzo/reporte-de-inflacion-marzo-2022.pdf>

De la misma manera, se vería afectada la competitividad del país, al limitar su capacidad para atraer inversiones, sobre todo aquellas destinadas a proyectos de interés social, como ocurre en el caso de las APP. Como se sabe, el Perú se posicionó como uno de los mejores en este rubro tras alcanzar el segundo puesto en el Infrascopio 2019⁸, reporte que evalúa las capacidades de las economías de América Latina y el Caribe para implementar APP sostenibles y eficientes, superado únicamente por Chile. El desempeño de nuestro país ha sido suficiente para sobresalir en la categoría que mide la capacidad de financiamiento de las inversiones en estos últimos años.

Por otro lado, la implementación de la modificación propuesta en el Proyecto podría también significar pérdidas para el erario público, al amenazar con vulnerar los convenios de estabilidad jurídica.

Modificar de manera unilateral estos convenios, desconociendo las garantías acordadas por los inversionistas, costaría aproximadamente US\$ 3,000 millones, considerando que estos convenios poseen una duración no menor a 10 años, monto no menor si lo comparamos con el total de la inversión pública de 2021, que ascendió a los S/ 38,800 millones. Dicha situación no solo significaría una pérdida considerable en cuanto a las inversiones, sino que también se incurriría en altos costos generados por demandas arbitrales contra el Estado peruano por incumplir con las garantías acordadas.

Por otra parte, la eliminación de estos contratos-ley generaría graves consecuencias, producto del incumplimiento de múltiples tratados internacionales vigentes (como los tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio) con nuestros principales socios comerciales (China, EE. UU., Unión Europea, Corea del Sur, Canadá, México, entre muchos otros), que incluyen a los contratos entre el Estado y los inversionistas, como parte de una definición de inversión que es promovida y protegida por estos tratados, y que, por tanto, no pueden ser materia de modificación o resolución unilateral. Con ello, el Perú enfrentaría implicancias en el frente internacional, así como la posible aplicación de medidas de retaliación comercial por parte de otros Gobiernos y/o sanciones por acciones iniciadas por los propios inversionistas afectados.

Por consiguiente, la eliminación de los contratos-ley se presenta como un desincentivo a la inversión privada generando un clima de inestabilidad empresarial que resulta preocupante ante el contexto actual con la necesidad urgente de impulsar el desarrollo económico. Con ello, se limitará el aumento de los bienes de capital duradero, así como las posibilidades de un incremento de producción y consumo futuro para el país⁹.

Artículo 63° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.	La inversión nacional tiene prevalencia frente a la extranjera . La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado está obligado , en defensa de éste, a adoptar medidas análogas.

⁸ Banco Interamericano de Desarrollo. 2019. Infrascopio 2019. Disponible en: https://infrascopio.eiu.com/wp-content/uploads/2019/04/EIU_2019-IDB-Infrascopio-Report_FINAL_ESP.pdf

⁹ Gutiérrez, W. 2003. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Gaceta Jurídica. P. 81.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.	En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.
---	---

El Proyecto busca, en este extremo, darle prevalencia a la inversión nacional sobre la extranjera, así como eliminar un elemento medular del artículo 63° de la Constitución. Ambos, sin ningún sustento.

En cuanto a la prevalencia, tal como ya hemos advertido más arriba, ello rompe con toda la normatividad y jurisprudencia desarrollada en el ámbito internacional de inversiones y de comercio exterior, donde bajo los principios de Trato Nacional y de Trato de Nación Más Favorecida, se busca generar igualdad de trato entre las empresas, sin ningún de tipo de discriminación (sea por nacionalidad, o por su naturaleza pública o privada).

Cabe destacar que estos principios forman parte de la amplia red de acuerdos internacionales de los que el Perú es parte, como pueden ser la Organización Mundial de Comercio (OMC), tratados de libre comercio o acuerdos bilaterales de inversión (ver la lista completa en www.acuerdoscomerciales.gob.pe). Así, cualquier modificación de estas obligaciones, como consecuencia de la modificación constitucional planteada, significaría la activación de los mecanismos de solución de controversias previstos en dichos instrumentos internacionales, que se traducirían en sanciones económicas muy significativas para el país, al margen de la afectación de la reputación como socio comercial y plaza de inversión.

Respecto de la eliminación de la última oración del segundo párrafo, el cual hace referencia a la excepción de la jurisdicción nacional para los contratos financieros que suscriba el Estado, el Proyecto ni siquiera ha considerado el impacto que puede generar para el propio Estado peruano, precisamente en términos de transacciones financieras y provisión de fondos. En efecto, esta excepción -que se propone eliminar- se encuentra relacionada al caso en que el Estado peruano actúe como privado para obtener ventajas crediticias, como cuando emite bonos en mercados internacionales y se beneficia con tasas más bajas. Esto, dado que el mercado peruano no cuenta con la profundidad necesaria como para absorber la oferta de deudas por cientos de millones de dólares.

Evidentemente, estas emisiones de bonos están sujetas a mercados internacionales en las que el Estado peruano se somete a una jurisdicción internacional, precisamente porque está actuando como un privado en una transacción financiera internacional. Forzar la

resolución de controversias a la jurisdicción nacional, con la falta de neutralidad que esta acarrea, es un claro desincentivo para los inversionistas internacionales. Dada la falta de neutralidad y el consiguiente incremento del riesgo, o condicionarán la inversión de montos en compra de deuda a altas tasas de interés o, por el contrario, se rehusarán a realizar la inversión en primer lugar.

Por lo anterior, es frecuente que, en los contratos financieros, se pacte un sometimiento a la jurisdicción del mercado internacional donde ocurre la transacción. Ese es el sentido de la excepción que se propone eliminar. De eliminarla, el Estado peruano dejaría de poder participar de dichas transacciones, mutilando una de sus principales y mayores fuentes de provisión de fondos.

Artículo 65° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.	El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población. Los ofertantes están obligados a consignar las características de los productos e informar de ello a los consumidores.

El Proyecto redunda en incluir este segundo párrafo, cuando el primero ya contempla una disposición general de protección al consumidor y de deber de información.

2. Sobre el desempeño de la Constitución y Análisis de Impacto Regulatorio.

Es importante reconocer que el actual capítulo económico de la Constitución permitió que el Perú mantenga un crecimiento considerable desde su entrada en vigor. Esto se aprecia en el estudio de Regulación Racional¹⁰, asociación civil dedicada a promover la calidad regulatoria, el cual demuestra que la Constitución vigente conllevó a uno de los mayores crecimientos registrados en la región Latinoamérica y el Caribe.

En detalle, considerando el crecimiento económico en base a los niveles de PBI per cápita previo a la entrada en vigor de las nuevas constituciones en 10 países de la región, sobresale el desempeño peruano (ver anexo 1). Más aún, es importante precisar que los mejores desempeños pertenecieron al Perú y Chile, y ambos fueron los países cuyas nuevas constituciones se alinearon más hacia las disposiciones del Consenso de Washington, acarreando un giro a la libertad económica y, por lo mismo, una mejora en el ranking de libertad económica.

Cabe resaltar que la mayor libertad económica es el principal motivo del mayor crecimiento económico. Es decir, el mayor crecimiento ocurrió no solo por la entrada en vigor de una nueva Constitución, sino de las facilidades para el desempeño económico que estas permitían. Esto

¹⁰ Regulación Racional, 2022. Reforma Constitucional en Latam (1980-2000): Análisis Cuantitativo. Documento de Trabajo (preliminar).

se aprecia en la relación positiva entre la mayor libertad económica y el mayor crecimiento entre los países evaluados (ver anexo 2).

Debido a lo anteriormente expuesto, es importante enfatizar la relevancia de adoptar el análisis de impacto regulatorio (AIR), el cual es reconocido como un estándar de calidad por los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y limita los efectos negativos de modificaciones como las propuestas en el Proyecto.

En el caso peruano, este estándar se introdujo en nuestro sistema jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 1448, como parte de la denominada "mejora de la calidad regulatoria" en el Poder Ejecutivo. La contraparte parlamentaria se dio mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispone la modificación de diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República (en adelante, "el Reglamento"), incluyendo en la práctica parlamentaria determinadas disposiciones que obedecen a los estándares del AIR.

Entre estas, resaltamos lo referido a la presentación de las propuestas legislativas. El artículo 75 del Reglamento dispone expresamente que las propuestas deben contener una exposición de motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta, los antecedentes legislativos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar, así como el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

Por lo expuesto en la presente carta, el Proyecto no cumple con un adecuado AIR ni posee sustento basado en evidencia que acredite beneficios efectivos para la sociedad y la economía, sino que, por el contrario, afectaría significativamente a la ciudadanía, al sector privado y al consumidor, al impactar negativamente en la generación de empleo, la productividad y la competitividad del país por limitar, entre otros aspectos, su capacidad para atraer inversiones.

Destaca que un proyecto que proponga modificar el capítulo económico de la Constitución contenga una Exposición de Motivos de solo 10 páginas, y un análisis costo beneficio que disponga que el Proyecto *"no generará gastos al Estado Peruano"*. Por todo lo antes expuesto, el Proyecto debería archivar.

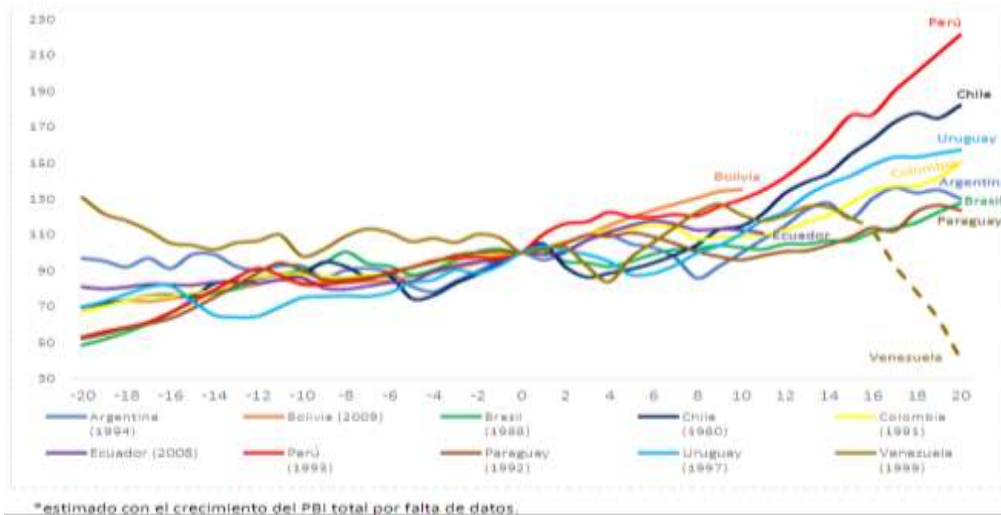
Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

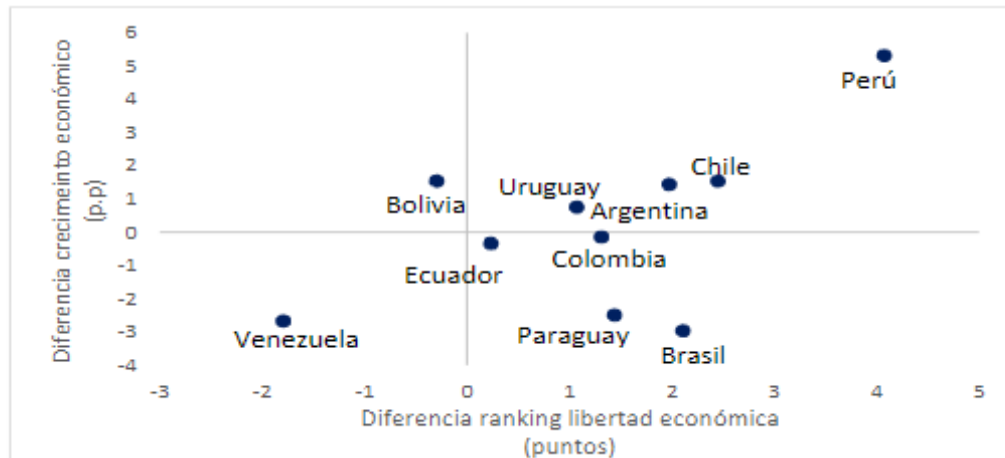
ANEXOS

Anexo 1: PBI per cápita en dólares constantes 2015. (Base= 100, valor del año en el que se cambia la constitución)



Fuente: Banco Mundial y FRED.

Anexo 2: Diferencia entre el crecimiento promedio del PBI per cápita y el puntaje promedio de libertad económica de los países antes y después del cambio de constitución.



Fuente: Banco Mundial, Fraser Institute y FRED