

Carta N° 58-2023/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° 4336/2022-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 declarar la nulidad del artículo 62° 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 la modificación constitucional.

El artículo 62 de la Constitución, cuya nulidad pretende declarar el Proyecto, dispone lo siguiente:

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.

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.

Así, este artículo contiene un primer párrafo que dispone la libertad de contratación entre las partes contratantes. Es decir, la primacía de la voluntad de las partes contratantes. Lo que Enrique Chirinos Soto denomina la “santidad del contrato”¹.

Según menciona Chirinos Soto, “Con un dispositivo de esta clase, la nefasta intromisión del Estado en los contratos de alquileres, para congelar, los arriendos, hubiera sido constitucionalmente imposible. Tal intromisión del Estado ha sido, como digo, nefasta, puesto que a ella se debe que no se hayan construido viviendas en número suficiente, con grave perjuicio, precisamente, para quienes no son dueños de casa-habitación, y aspiran a tomar una en alquiler, y no hay oferta.”

Proponer la nulidad del artículo 62 eliminaría esta prerrogativa, pilar fundamental del régimen económico de la Constitución.

El segundo párrafo del artículo 62 se refiere a los contratos-ley. Pactados entre el Estado y sus contratantes en materias autorizadas por ley, estos contratos 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 generadas².

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

¹ Chirinos Soto, Enrique. La Constitución: Lectura y comentario. Editorial Rodhas, 2006. P. 155.

² 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 prestaciones recíprocas, el inversionista y la empresa receptora de la inversión, deberán cumplir ciertas obligaciones definidas por marco legislativo.

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 Tribunal Constitucional (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.

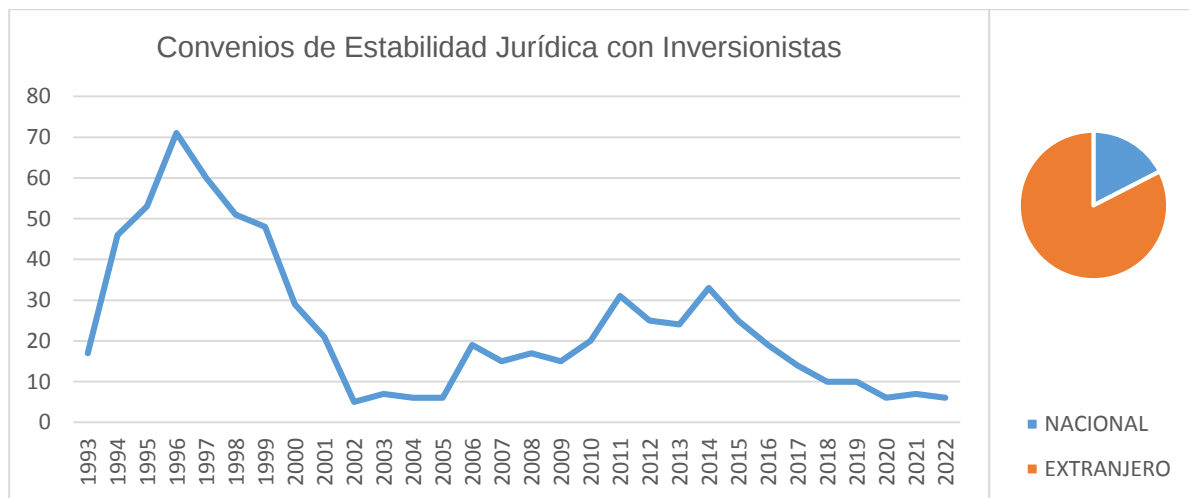
Así, más allá de las diversas tesis existentes sobre la naturaleza de los contratos-ley, lo importante es que, como expresan Kresalja y Ochoa:

“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”.³

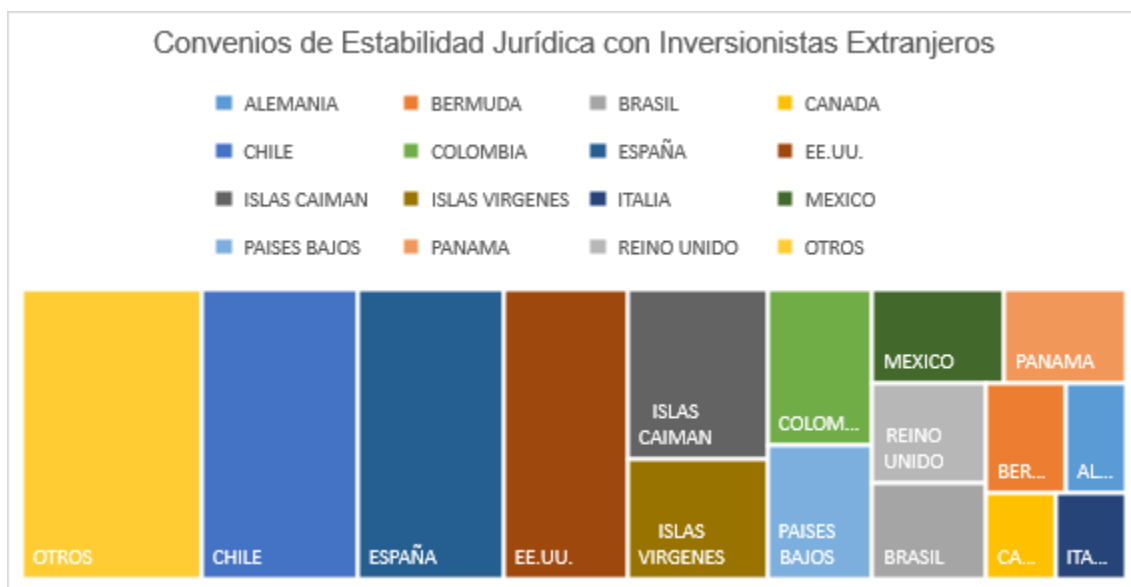
Sin ello, se generaría un clima de desconfianza e inestabilidad que retraería el clima de inversiones que hoy más que nunca el Perú necesita.

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.

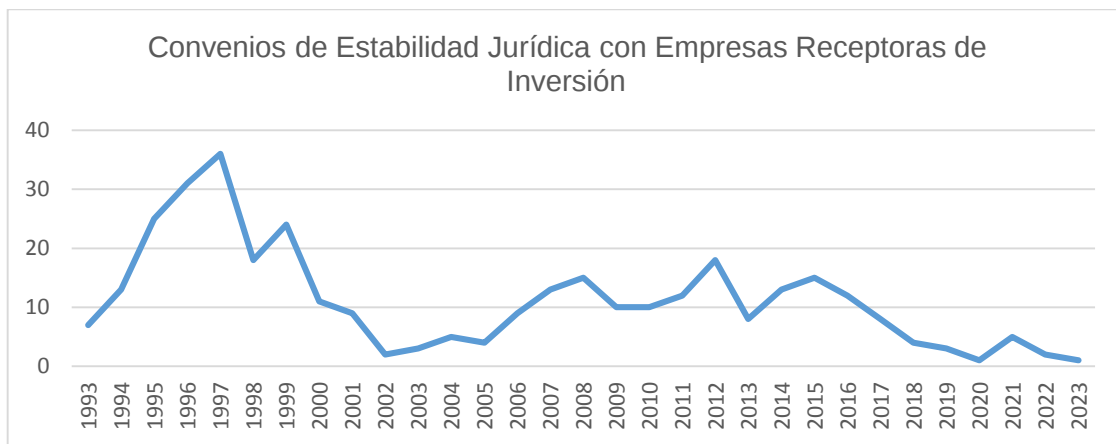
³ Kresalja, B. & Ochoa, C. 2020. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 374.



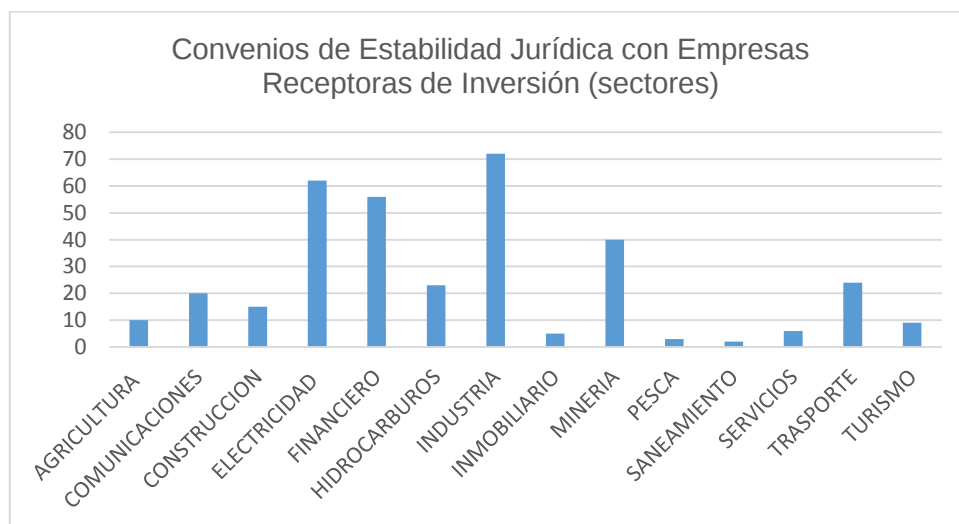
Del resto de convenios con inversionistas extranjeros, encontramos empresas de distintas partes del mundo, principalmente de Chile, España, EE.UU., Colombia, Reino Unido, etc.



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, respectivamente⁴.

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

⁴ 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>

imponer nuevas reglas o establecer limitaciones a los contratos existentes siempre que, bajo su propia interpretación, consista en proteger el interés público.

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 2019⁵, 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 en 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 país⁶.

2. Análisis de Impacto Regulatorio.

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

⁵ 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

⁶ Gutiérrez, W. 2003. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Gaceta Jurídica. P. 81.

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 un artículo tan importante del capítulo económico de la Constitución contenga una Exposición de Motivos de solo 8 páginas, y un análisis costo beneficio que no disponga cuantificación alguna del Proyecto. Por todo lo expuesto, este Proyecto debería archivers

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General