

Carta N° 81-2023/DE/COMEXPERU

Miraflores, 21 de abril 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° 4752/2022-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 la reforma del artículo 62° de la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”), con el fin de establecer garantías anticorrupción y suprimir el otorgamiento de los contratos-ley.

Al respecto, ComexPerú presenta las siguientes consideraciones:

1. Sobre las garantías anticorrupción.

El Proyecto reemplaza el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución por el siguiente texto:

Mediante cláusulas anticorrupción establecidas bajo sanción de nulidad o resolución en los contratos de inversión, concesión o cualquier otra modalidad de contratación entre Estado y privados, el Estado protege el uso adecuado de los recursos públicos; sin perjuicio de las acciones civiles, penales y/o administrativas a que hubiera lugar.

En la exposición de motivos del Proyecto se detalla información sobre los niveles de corrupción en el país, y su impacto en la economía. Sin duda, concordamos sobre que la corrupción es uno de los problemas más importantes que como país debemos enfrentar, y un aspecto que bien merece revisarse en la Constitución es la incorporación de medidas para luchar eficaz y decididamente contra ella.

Revisando nuestro marco legal e institucional, encontramos que ya existe un Sistema Nacional de Control liderado por la Contraloría General de la República, una Comisión de Alto Nivel Anticorrupción adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), y en la ley de contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1341), ya se dispone la obligación de incorporar cláusulas anticorrupción en los contratos firmados por el Estado.

Es más, de los artículos 39 al 41 de la Constitución se desprenden obligaciones y responsabilidades de los servidores públicos, por lo que otorgar rango constitucional a la lucha contra la corrupción creemos es positivo.

Lo que advertimos es que, por técnica legislativa, no creemos que el artículo 62 sea el lugar adecuado para incorporar esta disposición, sino que justamente debiera formar parte del articulado entre el 39 y 41, referido a la “función pública”.

2. Sobre la supresión de los contratos-ley.

El actual segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, que el Proyecto propone eliminar, dispone lo siguiente:

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.

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, busca 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 generadas¹.

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

¹ 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.

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”.²

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.

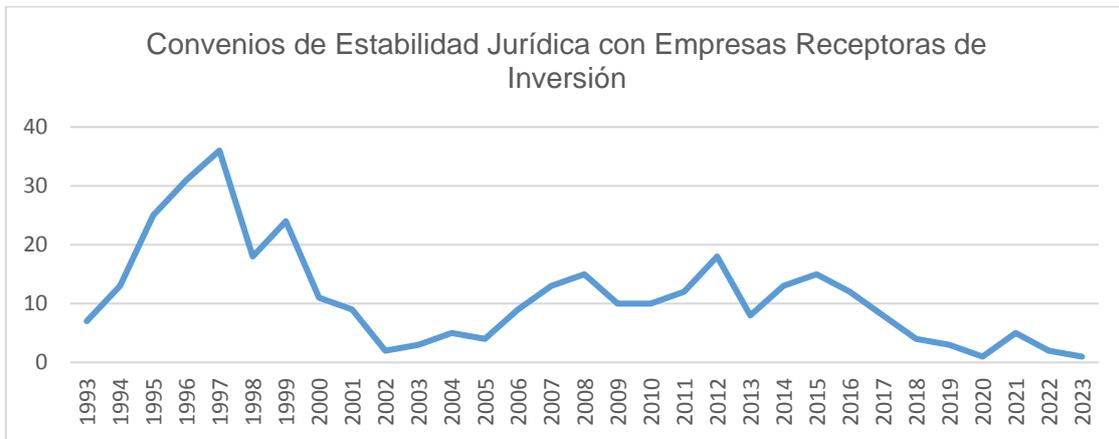
² Kresalja, B. & Ochoa, C. 2020. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 374.



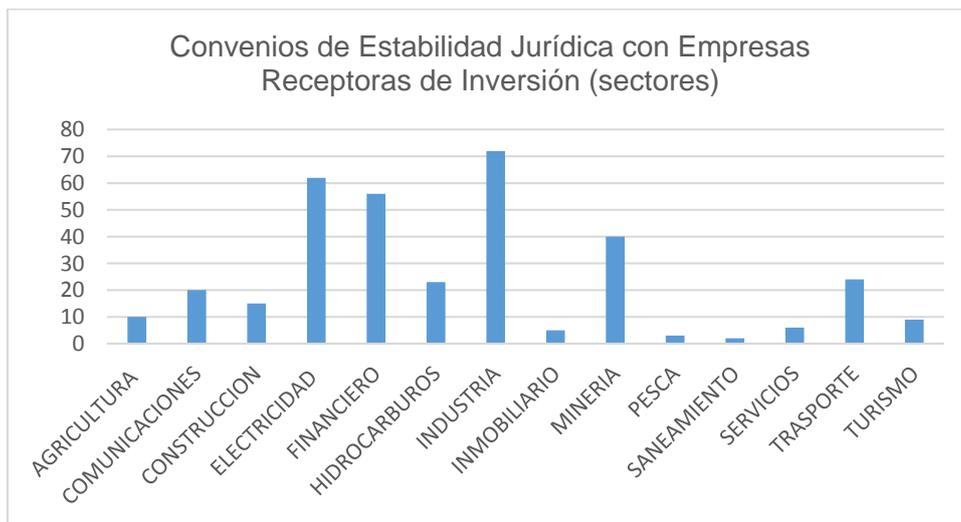
Del resto de convenios con inversionistas extranjeros, encontramos empresas de distintas partes del mundo, principalmente de Chile, España, EE.UU., Colombia, Reino Unido, etc.



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, respectivamente³.

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

³ 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>

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 país⁴.

3. Sobre el Análisis de Impacto Regulatorio.

El análisis costo beneficio del Proyecto señala que "*... no se cuenta con una estimación cuantitativa exacta del beneficio económico de la norma...*". Esta afirmación de por sí invalidaría el sustento del Proyecto por incumplir estándares mínimos de mejora regulatoria.

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Directora Ejecutiva

⁴ Gutiérrez, W. 2003. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Gaceta Jurídica. P. 81.