

Carta N° 223-2022/GG/COMEXPERU

Miraflores, 29 de setiembre de 2022

Señora Congresista

ROSANGELLA BARBARÁN REYES

Presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera
Congreso de la República

Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 2861/2022-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°, 64° y 65°, de la Constitución Política del Perú. Manifestamos nuestra profunda preocupación sobre los efectos que acarrearía una eventual aprobación del Proyecto sobre el desempeño de diversas actividades económicas en el país 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 al 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 del Artículo 58° de la Constitución.

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.	El sistema económico responde a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad, calidad, y no vulnera los derechos fundamentales reconocidos en el capítulo I de la presente Constitución.



	El Estado orienta sus acciones económicas hacia el desarrollo del país y actúa en todas las áreas que este considere estratégica su intervención.
--	---

Al respecto, el Proyecto busca restringir, acotar y, eventualmente, reemplazar la libre iniciativa privada por medio de la iniciativa pública. En efecto, no solo le da protagonismo al Estado, al permitirle “orientar sus acciones económicas hacia el desarrollo del país”, sino también al facultarlo a “actuar en todas las áreas que este considere estratégica su intervención”.

No obstante, el documento no explica los efectos de una intervención discrecional del Estado en la economía, por lo que someter la libre iniciativa privada al control de los órganos gubernamentales, así como eliminar la economía social de mercado como régimen económico, 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.

2. Sobre la modificación del Artículo 59° de la Constitución.

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	El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad 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>

<p>empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, 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.</p>	<p>empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni al medio ambiente, ni a la seguridad pública ni a las comunidades nativas y campesinas. El Estado formula, en forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios para la inversión pública y referenciales para la privada. Promueve la creación y expansión de pequeñas y microempresas.</p>
---	--

Al respecto, el Proyecto redundante en incluir un límite que ya se halla en la propia Constitución, relacionado al cuidado del medioambiente y al cuidado de las comunidades nativas y campesinas. Sin perjuicio de ello, este también agrega el deber del Estado de formular, de forma descentralizada y participativa, planes y programas obligatorios de inversión pública, que sean referenciales para la inversión privada.

Al respecto, si bien el diseño constitucional esboza la descentralización como forma de administración del Estado, esta requiere ser ejecutada por el Poder Ejecutivo, quien es el único encargado de formular y llevar a cabo políticas públicas en ese sentido.

Por otro lado, el Proyecto dedica cuatro oraciones a justificar el rol planificador del Estado, el cual, en términos de la Exposición de Motivos, alude al trabajo realizado por el CEPLAN, el Sistema Nacional de Planeamiento Estratégico y el Sistema Nacional de Programación Multianual y Gestión de Inversiones. Este recuento, sin embargo, no sustenta la inclusión de la nueva redacción propuesta por el Proyecto.

Como se evidencia tanto de la propuesta, como de la falta de argumentos en la exposición de motivos, la modificación del artículo 59° busca corregir constitucionalmente los errores y omisiones del Ejecutivo. Esto, sin reparar que, independientemente de la redacción de la Constitución, el problema radica en el Ejecutivo.

3. Sobre la modificación del Artículo 60° de la Constitución.

Artículo 60° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
<p>El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p>	<p>El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.</p>
<p>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.</p>	<p>El Estado, por interés general, puede desarrollar actividad empresarial, directa o indirecta, con el fin de promover la economía del país por razón de alto interés público o para alcanzar objetivos estratégicos de desarrollo.</p>



La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.	La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.
--	--

En esencia, la propuesta de este segmento 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 alto interés público...”.

Indistintamente del sector en que se trate, y la finalidad que se persiga, quebrar e invertir la regla de intervención empresarial estatal 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, 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, lo hace frecuentemente 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 la una parte de la población o cuanto existen fallas de mercado.

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

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

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.
- **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.

En tanto, el Proyecto, en las dos hojas dedicadas a la sustentación de esta modificación, obvia la evidencia empírica y económica y, sin mayor estudio, propone otorgar carta abierta a la intervención del Estado en la economía.

4. Sobre la modificación del Artículo 61° de la Constitución.

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 monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.	El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate, sanciona y corrige toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.
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,	Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios u oligopolios . La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las

<p>directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.</p>	<p>empresas los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, de no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. El Estado corrige estas distorsiones.</p>
--	---

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 monopólico, 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 monopólica 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

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.

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.

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.

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 y Osinergmin. 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, excomisionada 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.

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.

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, 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.).

5. Sobre la modificación del Artículo 62° de la Constitución.

Artículo 62° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
<p>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.</p> <p>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.</p>	<p>La libertad de contratar garantiza que las partes pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales, entre privados, no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstas en el contrato o contemplados en la ley.</p>

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) facultar al Estado para modificar unilateralmente los contratos que lo involucren como parte.

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. Además 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.

Estos contratos, que existen desde la mitad del siglo pasado⁶, han sido reconocidos en la Constitución de 1993, debido a la seguridad jurídica que otorgan a los inversionistas, la cual es muy relevante en un país como el nuestro, que se caracteriza por la imprevisibilidad de los conflictos sociales, políticos y económicos. Consecuencia de ello es que se hayan venido incrementando los inversionistas nacionales y extranjeros involucrados en procesos privatizadores o en proyectos de desarrollo, generando, cada vez más, una mayor contratación con el Estado. De esta forma, no debe confundirse —ni desconocerse— que el Estado está dotado de capacidad jurídico-privada y poder público; no siendo inconstitucional que, al amparo de su capacidad privada, pueda ponerse de acuerdo con otros sujetos para crearse y atribuirse recíprocas consecuencias jurídicas.

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”.*⁷

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

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

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

⁶ Si bien en un primer momento no tenían reconocimiento constitucional, y se encontraban limitados a otorgar beneficios principalmente tributarios en los sectores industriales y extractivos, posteriormente, desde el Código Civil de 1984, se amplió su alcance a otros sectores económicos.

⁷ Kresalja, B. & Ochoa, C. 2020. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 374.

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, respectivamente⁸.

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 social o responda a una necesidad pública.

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 2019⁹, 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.

⁸ 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>

⁹ 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

Finalmente, es importante mencionar que –en la práctica– existen diversas formas de contratación con el Estado que ya proveen garantías para situaciones excepcionales, como es el caso de la modalidad de Asociaciones Público-Privadas (APP), mediante las cuales se han implementado proyectos para la provisión de diversos servicios públicos y para la creación de infraestructura del sector salud, educación, entre otros¹⁰. Dicha modalidad limita la intervención gubernamental, sino que, por el contrario, reporta mayor eficiencia y eficacia para atender las distintas necesidades públicas. En las APP se reconocen determinados principios rectores dentro de los cuales destaca la adecuada distribución de riesgos.

Esto último resulta bastante relevante, pues dentro de los *Lineamientos para la asignación de riesgos en los contratos de APP* se contempla la categoría de “Riesgos derivados de eventos de fuerza mayor”, los cuales, por su naturaleza imprevisible, no resultan imputables a ninguna de ambas partes; sin embargo, al reconocerse esta categoría, se asigna un riesgo compartido en caso ocurran situaciones excepcionales.

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 país¹¹.

6. Sobre la modificación del Artículo 63° de la Constitución.

Artículo 63° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
<p>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.</p>	<p>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.</p>
<p>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.</p>	<p>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.</p> <p>El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a</p>

¹⁰ MEF. 2020. Guía metodológica de asociaciones público-privadas. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/capacitaciones-app/guia-metodologica>

¹¹ Gutiérrez, W. 2003. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Gaceta Jurídica. P. 81.

<p>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.</p>	<p>tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.</p>
--	--

El Proyecto busca, en este extremo, eliminar dos elementos medulares del artículo 63° de la Constitución. Ambos, sin ningún sustento.

En primer lugar, propone eliminar la última oración del segundo párrafo de dicho artículo, el cual hace referencia a la excepción de la jurisdicción nacional para los contratos financieros que suscriba el Estado: *“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 subrayado es nuestro)

La propuesta, aunque tajante, ni siquiera ha considerado el impacto que esta 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.

Es 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.

En segundo lugar, el Proyecto propone eliminar la posibilidad de someter una controversia a arbitraje nacional o internacional, alegando que el arbitraje está diseñado para favorecer a las empresas privadas en perjuicio del Estado. Lo anterior, acompañado de la falta de evidencia que da lugar a la propuesta, demuestra un completo desconocimiento del sistema arbitral, así como de las implicancias que su reconocimiento constitucional supone de cara a generar un ecosistema de predictibilidad y seguridad jurídica para las inversiones.

Al respecto, la Nueva Ley Peruana de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071, e incluso la propia Ley Modelo UNCITRAL (que se toma como base para nuestra ley) dispone una estructura prototípica sencilla para la designación del tribunal arbitral, usualmente compuesto por 3 árbitros: ambas partes designan a un árbitro, y ambos árbitros designan al presidente del tribunal. Las decisiones, naturalmente, serán adoptadas por mayorías.

Teniendo lo anterior en cuenta, y solo de una perspectiva estructural, el diseño del sistema arbitral impide que el tribunal sea, por default, parcializado. En cualquier caso, ambas partes cuentan con herramientas legales para apartar a los árbitros que se muestren parcializados, recusándolos. Cabe señalar que estos cuentan también con la posibilidad de abstenerse.

Dicho lo anterior, sin embargo, la lógica del Proyecto apunta a eliminar el reconocimiento constitucional del arbitraje –y, por lo tanto, abrir la posibilidad de que el Estado pueda prohibirlo legalmente- dado que, en un periodo de tiempo sumamente corto, en una sola cámara de arbitraje, de las tantas que existen, el Estado perdió algunas controversias. Haciendo a un lado el pronunciado sesgo de confirmación y lo obtusa de la afirmación, la propuesta carece de fundamento empírico y económico.

Lo anterior, naturalmente, supone también obviar el impacto internacional que tendría otorgarle al Estado la posibilidad de decidir qué controversias gusta dirimir ante un tribunal neutral, es decir, fuera de sus cortes judiciales. Evidentemente, hacerlo supone no solo un quiebre a la predictibilidad y seguridad jurídica necesaria para atraer inversión, sino que generaría, en línea con eso, un incremento significativo del riesgo de mantener una inversión en nuestro país. Esto, sin perjuicio de las pérdidas en términos de competitividad, empleabilidad, e incluso, de tributación, que podría percibir nuestro país ante dicha modificación.

Sin dudas, las escasas tres hojas de análisis dedicadas a enunciar razones para realizar la modificación resultan insuficientes ante los nefastos efectos que esta generaría en nuestro país a nivel nacional e internacional.

7. Sobre la modificación del Artículo 64° de la Constitución.

Artículo 64° de la Constitución	
Redacción actual	Redacción propuesta
El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.	El Estado incentiva el pleno empleo y el mejoramiento de los salarios reales, teniendo en cuenta el aumento de la productividad, y otorgar, de darse el caso, subsidios específicos a quienes lo necesiten.

En términos del Proyecto, como el derecho de propiedad engloba la tenencia de moneda extranjera, es innecesario que esta cuente con protección constitucional. En apenas tres párrafos, el Proyecto sostiene que esta protección ya no es necesaria, pues ya está reconocida en la Ley, por lo que bien puede ser

intercambiada por otra redacción que, cabe señalar, no cuenta con ninguna oración de sustento.

Contrario a lo que indica el Proyecto, esta garantía se hace aún necesaria, más todavía en un escenario donde las bajas expectativas empresariales apuntan a un crecimiento proyectado de la inversión privada del 0%, según el BCRP. Precisamente, la razón para constitucionalizar la garantía de la libre tenencia y disposición de moneda extranjera es generar un marco jurídico favorable para la inversión privada, doméstica y extranjera. La sola protección legal –y no constitucional- resulta insuficiente para este fin, al ser políticamente maleable y, por consiguiente, fácilmente removible.

Lo anterior, sin mencionar que el propio artículo 72° de la Constitución ya faculta a que, por ley, pueda establecerse restricciones y prohibiciones temporales a la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes por razones de “seguridad nacional”. Es evidente que la moneda extranjera podría estar comprendida entre los “bienes” determinados a los que refiere el artículo siempre que se halle alguna justificación para argumentar que esta afectaría la seguridad nacional¹².

En ese contexto, la eliminación de esta protección, que es entendida por el propio PROINVERSIÓN como un “derecho básico del inversionista extranjero”¹³ tendría, naturalmente, un impacto directo en la inversión extranjera y, en consecuencia, en la competitividad de nuestro país. En efecto, un control cambiario como el propuesto no solo perjudicaría a los exportadores y empresas de turismo (grandes y pequeñas), sino también a las empresas, trabajadores, ahorristas y familias en general. Como se sabe, restringir la oferta (o eliminarla) gatilla un exceso de demanda, el cual, al no poder ser satisfecho legalmente, buscará mecanismos alternativos y significativamente más riesgos, tales como son los ofrecidos por el mercado negro.

8. Sobre la modificación del Artículo 65° de la Constitución.

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 y sanciona a los que vulneren los derechos establecidos.

Como se desprende de lo anterior, el Proyecto pretende otorgarle al Estado la facultad de sancionar a quienes vulneren los derechos establecidos. Sin perjuicio de que, en los tres párrafos dedicados a la reforma, no exista referencia alguna a qué

¹² Guzmán, N. (2004). *Algunos comentarios respecto de los principios generales del régimen económico consagrado por la Constitución peruana de 1993*. Foro Jurídico (03), 125. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18344>

¹³ <https://www.investinperu.pe/print/marco-legal-para-la-inversion/regimen-general>

comprenden estos “derechos establecidos”, la propuesta resulta cuanto menos preocupante.

En particular, elimina el rol del Estado como garante del derecho a la información de los consumidores sobre los bienes y servicios puestos a disposición en el mercado, para facultarlo, en su lugar, a defender el interés de los consumidores y sancionar a quienes los vulneren. Así, en lugar de cerciorarse de reducir la asimetría informativa para lograr una mayor eficiencia en el mercado, este pasaría a ser un defensor de los consumidores y sancionador de proveedores con base, no en la información que brinden, sino por cualquier “derecho” que pueda ser incluido en la ley.

Si bien el Estado debe ser un árbitro imparcial entre las relaciones de consumo, como en cualquier relación contractual, interviniendo siempre que exista una controversia y cerciorándose de que exista información correcta, una propuesta como la contenida en el Proyecto inclinaría fuertemente la balanza, desprotegiendo a los propios proveedores.

9. Desempeño de la Constitución vigente 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 Racional¹⁴, 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, acarreado 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 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), la cual es reconocida 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.

¹⁴ Regulación Racional, 2022. Reforma Constitucional en Latam (1980-2000): Análisis Cuantitativo. Documento de Trabajo (preliminar).

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.

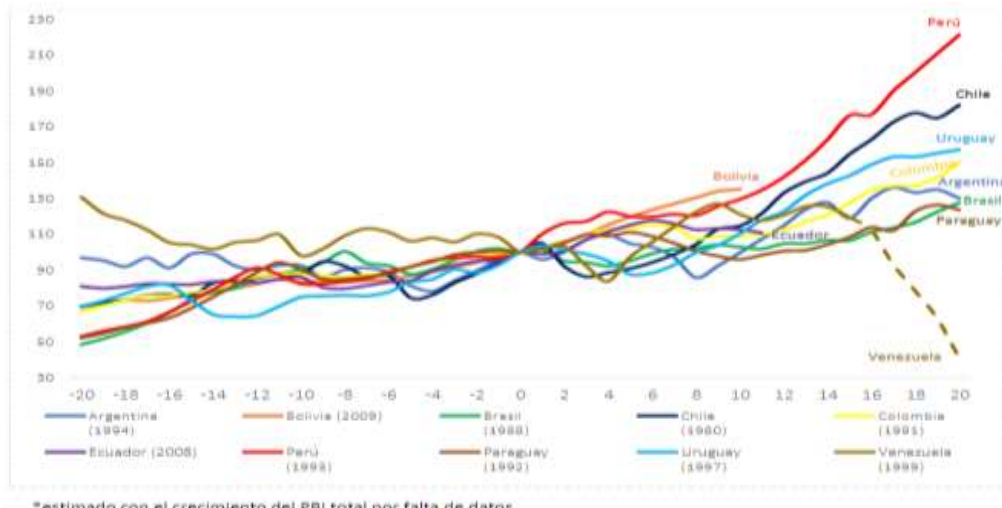
Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

ANEXOS

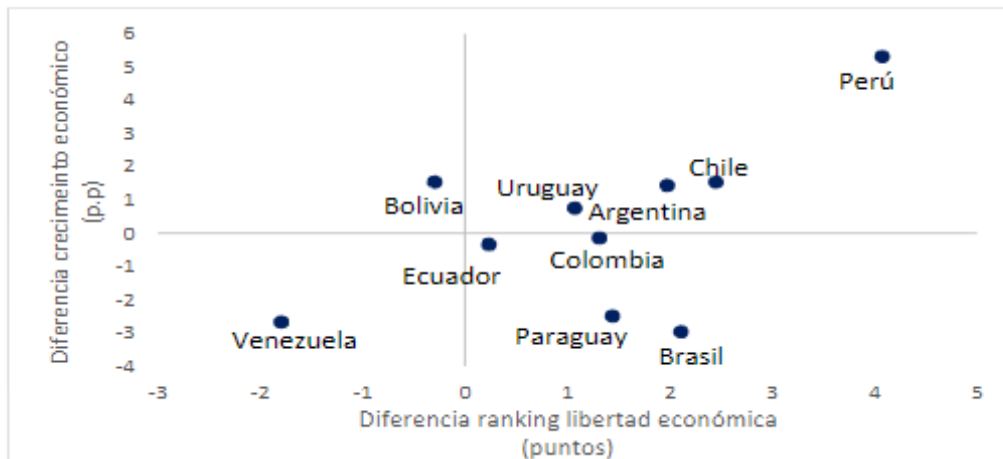
Anexo 1: PBI per cápita en dólares constantes 2015. (Base= 100, valor del año en el que se cambia la constitución)



*estimado con el crecimiento del PBI total por falta de datos.

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