

Carta N° 134-2022/GG/COMEXPERU

Miraflores, 3 de junio de 2022

Congresista

PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS

Presidenta de la Comisión de Constitución y Reglamento

Congreso de la República

Presente. -

Ref.: Proyectos de Ley N° 1627/2021-CR,
1641/2021-CR, 1642/2021-CR, 1653/2021-
CR, 1656/2021-CR, 1657/2021-CR,
1660/2021-CR, 1675/2021-CR, 1676/2021-
CR, 1680/2021-CR, 1681/2021-CR,
1682/2021-CR, 1683/2021-CR, 1684/2021-
CR, 1685/2021-CR, 1699/2021-CR,
1705/2021-CR, 1710/2021-CR, 2046/2021-
CR, 2112/2021-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 los proyectos de ley de la referencia (en adelante, “los Proyectos”), que proponen modificar los artículos 58°, 59°, 60°, 61°, 62° y 63° de la Constitución Política del Perú, los mismos que consideramos carecen de estándares mínimos de análisis de impacto regulatorio.

Al respecto, manifestamos las siguientes consideraciones:

1. Mejora regulatoria.

El análisis de impacto regulatorio (AIR) es una metodología adoptada por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que busca que las normas y regulaciones sean efectivas y eficientes, es decir, que logren los objetivos trazados al menor costo posible y tengan efectos negativos mínimos, considerando principios como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

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 de esta mejora regulatoria 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.

Lo anterior no hace más que garantizar que las propuestas de ley sean formuladas con debido sustento y evidencia, es decir, con altos niveles de calidad, lo que finalmente mejorará su debate y, de ser viable, su eventual aprobación.

Conforme se detallará a continuación, los Proyectos no solo no cumplen con realizar un adecuado AIR, sino que adolecen de aspectos básicos en su fundamentación, como son la identificación del problema a resolver y del objetivo a alcanzar. Tal es el caso, por ejemplo, de los proyectos que proponen la modificación de un artículo específico por una presunta problemática generada por un artículo distinto.

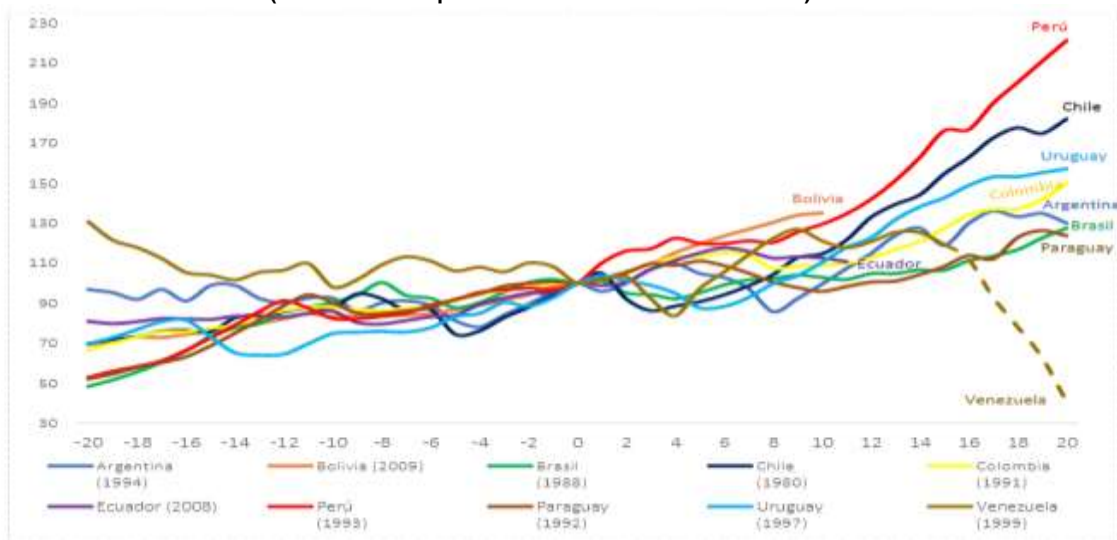
Como comentaremos más adelante en la presente Carta, esto se aprecia con las propuestas de modificación al artículo 63°, cuya Exposición de Motivos refiere a presuntos problemas generados por los contratos-ley y sus adendas, regulados en el artículo 62°. Sorprende, pues, que un Proyecto que propone una modificación constitucional de esta magnitud, como es la jurisdicción a la que deben estar sometidas las partes en materia financiera –entre ellas, el Estado Peruano– adolezca completamente de sustento y, más aún, se fundamente en un aspecto no contemplado en el artículo que pretende modificar.

Las modificaciones constitucionales, pues, no pueden ni deben ser tomadas a la ligera. Dadas sus implicancias jurídicas, políticas y económicas, cada una de estas debe ser profundamente analizada tanto en cuanto a sus consecuencias mediatas como inmediatas desde una variedad de disciplinas. Ejemplo de una evaluación satisfactoria, por ejemplo, fue la que llevó a la creación y posterior promulgación de la Constitución de 1993. Esto, pues supuso un cambio de rumbo hacia una senda de crecimiento histórico, consecuencia de alinearse a los principios económicos del Consenso de Washington.

Según indica un reciente estudio de Regulación Racional¹, asociación civil dedicada a promover la calidad regulatoria, el cambio constitucional a nivel latinoamericano supuso un cambio significativo en la tendencia de crecimiento de los distintos países.

Utilizando un índice de base 100 con el PBI per cápita real en dólares constantes de 2015, en el cual el año base es aquel en que se llevó a cabo el cambio constitucional, Regulación Racional compara los efectos que cada uno de estos trajo a 10 países de la región (Perú, Chile, Ecuador, Brasil, Argentina, Venezuela, Uruguay, Colombia, Paraguay y Bolivia).

**PBI per cápita en dólares constantes 2015
(100 - año en el que se da un cambio de constitución)**



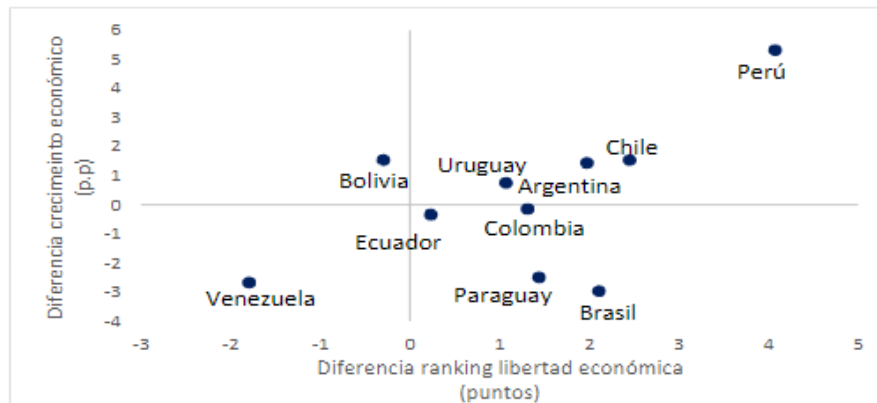
*estimado con el crecimiento del PBI total por falta de datos.
Fuente: Banco Mundial y FRED.

Como se desprende del gráfico, Perú y Chile encabezan el listado de países en términos de crecimiento positivo. Coincidentemente, ambos fueron los dos países estudiados cuyas 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.

Naturalmente, este giro tuvo un impacto directo en el crecimiento promedio del PBI per cápita de estos países. El siguiente gráfico es particularmente ilustrativo en este extremo. Debe notarse que, en este, el eje horizontal (eje x) representa la diferencia del puntaje en libertad económica antes y después del cambio constitucional, mientras que el eje vertical (eje y) representa la diferencia del promedio del crecimiento económico antes y después del cambio constitucional en puntos porcentuales.

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

¹ Regulación Racional, 2022. Reforma Constitucional en Latam (1980-2000): Análisis Cuantitativo. Documento de Trabajo (preliminar).



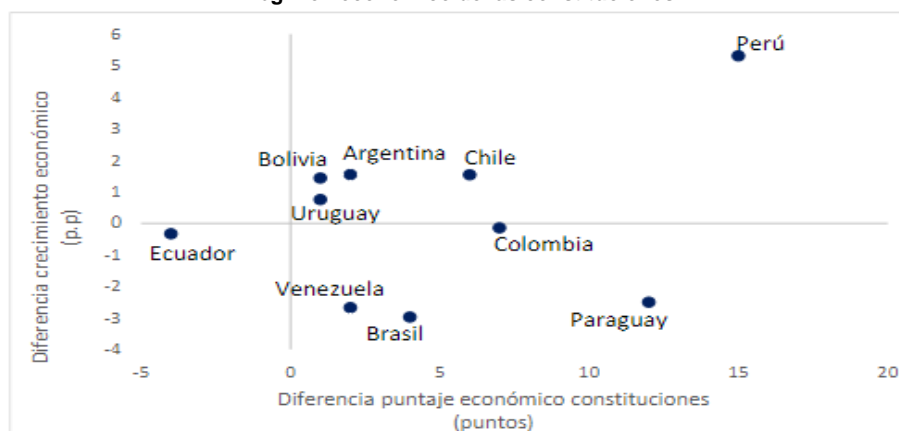
Fuente: Banco Mundial, Fraser Institute y FRED

Como se puede apreciar, tanto Chile como Perú se hallan en el primer cuadrante. En este, la coincidencia de coordenadas positivas en ambos ejes refleja un incremento de la libertad económica como un mayor crecimiento económico en ambos países desde la implementación de sus respectivas constituciones.

En contraste, sin embargo, se observa que el cambio constitucional tuvo un efecto radicalmente opuesto y pernicioso en el caso de Venezuela, quien se halla en el tercer cuadrante, con puntajes inferiores en materia de libertad y crecimiento económicos.

Lo anterior se aprecia con mayor detalle en el siguiente gráfico. Así, de manera similar al caso anterior, este ilustra la diferencia entre el crecimiento promedio del PBI per cápita (eje horizontal o eje x) y la diferencia del puntaje liberal en el régimen económico de las constituciones (eje vertical o eje y). Como se observa, este posiciona a Perú y Chile en el primer cuadrante.

Diferencia entre el crecimiento promedio del PBI per cápita y la diferencia del puntaje liberal en el régimen económico de las constituciones

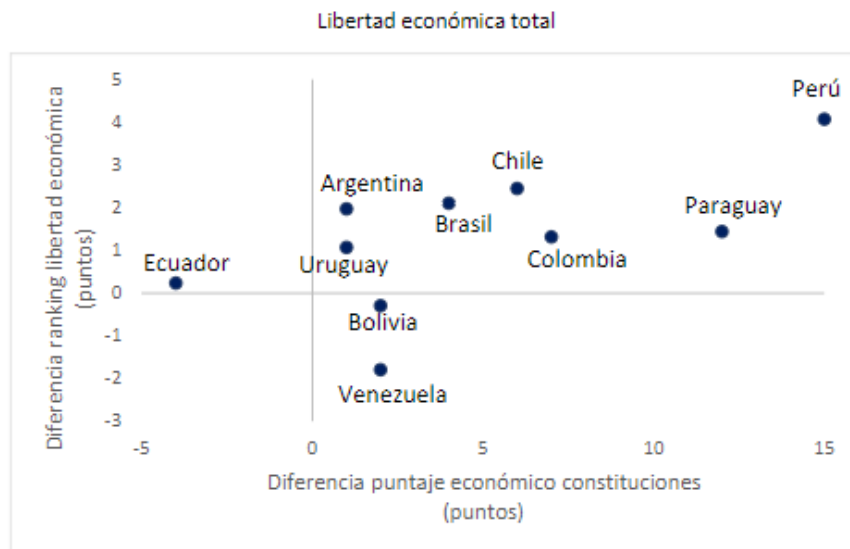


Fuente: Banco Mundial y Sumar (2016)

Ahora bien, la relación positiva entre el régimen económico de las constituciones y la libertad económica es sustentada por el siguiente gráfico. Con base en este, la

relación positiva entre ambos factores es clara, posicionando a Perú y Chile, una vez más, en el primer cuadrante del plano.

Diferencia entre el ranking de libertad económica y la diferencia del puntaje liberal en el régimen económico de las constituciones.



Fuente: Fraser Institute y Sumar (2016)

Los gráficos anteriores, complementados también por una fuerte relación positiva y directa entre la influencia del Consenso de Washington y los puntos obtenidos en el ranking de democracia 2020, demuestran que los principios recogidos por el régimen económico de las constituciones suponen un aspecto clave en la libertad económica, y, en esa medida, en el crecimiento económico. Como tal, los principios recogidos en el régimen económico de la constitución, particularmente en el Perú, son cruciales para el desarrollo económico nacional, el crecimiento, e, incluso, la vida institucional del país.

Así las cosas, un cambio o modificación constitucional, menos aún en lo relativo al régimen económico, podría tomarse con ligereza. Precisamente por su trascendencia, estos no pueden sino ser producto de un exhaustivo análisis en el que se tomen en consideración los efectos económicos, legales e institucionales mediatos e inmediatos tanto para la vida doméstica como internacional de nuestro país.

Los Proyectos que revisaremos en esta Carta, sin embargo, proponen modificaciones a diversos artículos del capítulo económico de nuestra Constitución sin sustento, evidencia ni análisis suficiente, por lo que podrían generar un impacto nocivo en términos de competitividad, productividad, libre competencia e inversión para el desarrollo del país.

2. Sobre la modificación del Artículo 58° de la Constitución.

| Artículo 58° de la Constitución | | | | | |
|---|---|---|--|---|---|
| Redacción actual | PL 1641/2021-CR | PL 1660/2021-CR | PL 1680/2021-CR | PL 1699/2021-CR | PL 2046/2021-CR |
| <p>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.</p> | <p>La iniciativa pública, privada y mixta es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta, promueve y participa en el desarrollo productivo del país, garantiza el derecho al servicio de salud y educación, y actúa principalmente en la promoción del empleo, seguridad, conservación del ambiente, prevención de desastres naturales, servicios públicos e infraestructura. Asimismo, participa en ámbito empresarial por necesidad pública.</p> | <p>La iniciativa privada, del Estado y mixta es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta, promueve y participa activamente en el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura, agricultura, energía y minas.</p> | <p>La iniciativa pública, privada y mixta es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta, promueve y participa en el desarrollo productivo del país, garantiza el derecho al servicio de salud y educación, y actúa principalmente en la promoción de empleo, seguridad, conservación del ambiente, prevención de desastres naturales, servicios públicos e infraestructura. Asimismo, participa en el ámbito empresarial por necesidad pública.</p> | <p>La iniciativa privada es libre. Bajo un régimen mixto, el Estado tiene intervenció n a través de los órganos gubernamentales, quienes ejercen un control limitado sobre las empresas privadas, autorizado por ley expresa. El Estado orienta el desarrollo del país de manera directa e indirecta, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos, infraestructura, agricultura y riego,</p> | <p>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. Además, debe industrializar al país en sus diversas y/o principales actividades, con especial interés en la industrialización de cualquiera de sus recursos naturales.</p> |



| | | | | | |
|--|--|--|--|-----------------------------------|--|
| | | | | producción y ambiente. | |
|--|--|--|--|-----------------------------------|--|

Los Proyectos de este bloque buscan restringir, acotar y, eventualmente, reemplazar la libre iniciativa privada por medio de la iniciativa pública. En efecto, estos Proyectos tienen en común no solo darle protagonismo al Estado en tanto “promotor y participante del desarrollo productivo” del país, garante de su “industrialización”, sino también de someter la libre iniciativa privada al control de los órganos gubernamentales.

Todas estas propuestas colisionan directamente, más allá del texto constitucional, con el contenido mismo de la iniciativa privada, desarrollado por el Tribunal Constitucional. Así, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC², 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).

18. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia. Empero, con el mismo énfasis debe precisarse que dicho ordenamiento protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como “privativo” de la autodeterminación de los particulares.” (Énfasis agregado)

El desarrollo anterior no hace sino zanjar 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 sienta las bases del modelo económico de nuestra Constitución, fundamentado en la libertad. Así, esta permite que cada individuo elija libremente la actividad o actividades económicas de su preferencia para la obtención de recursos para el desarrollo de su proyecto de vida.

Sin perjuicio de ello, esta libertad no es irrestricta, siendo que cuenta con dos grandes límites: uno endógeno y otro exógeno.

² Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, fundamentos 17 y 18. Extraído de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

El primer límite, por un lado, se halla en que, si bien la libre iniciativa privada puede desplegarse libremente para satisfacer las necesidades y proyectos de los individuos, esta no puede transgredir a los “intereses generales de la comunidad”, entendidos como los referidos al ordenamiento jurídico. En tanto no colisione con este, esta libertad no se verá efectivamente restringida.

El segundo límite, por otro lado, radica en el impedimento de que el poder público – es decir, del Estado– tenga injerencia en los asuntos privados. En otras palabras, la libre iniciativa privada supone un límite al Estado respecto de entrometerse en la libre autonomía y autodeterminación de los individuos, obligándolo a protegerla y respetarla. Por ello, es crucial resaltar que el ordenamiento “*protege la libre iniciativa contra la injerencia de los poderes públicos, respecto de lo que se considera como ‘privativo’ de la autodeterminación de los particulares*”.³

Esta noción de libertad también se encuentra tutelada por el artículo 2.24.a) de la Constitución, al disponer que “*nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe*”. La libre iniciativa privada, pues, deriva de la libertad, como derecho fundamental. Así las cosas, la ley, ni mucho menos el Estado, puede transgredir su contenido esencial.

Los Proyectos de este bloque, sin embargo, tienen precisamente como objeto limitar –arbitrariamente– este principio. Por tanto, debería procederse con su archivo inmediato y definitivo.

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

| Artículo 59° de la Constitución | | | |
|---|--|---|---|
| Redacción actual | PL 1675/2021-CR | PL 1681/2021-CR | PL 2046/2021-CR |
| 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, 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 | El estado estimula la creación de riqueza, garantiza 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, a la salud, ni a la seguridad jurídica. El estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, orienta, promueve y participa en la | El estado estimula la creación de riqueza, garantiza 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, a la salud, ni a la seguridad jurídica. El estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad, en tal sentido, orienta, | El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. Además, el Estado tiene como principal rol la industrialización del país, ya sea mediante la iniciativa pública y/o sus diversas formas asociativas con empresas privadas. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la |

³ Sumar, O. 2017. Economía y Constitución: Las libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Primera Edición. Themis. P. 57

| | | | |
|--|--|---|---|
| | <p>actividad productiva en los ámbitos públicos, privado y mixto y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.</p> | <p>promueve y participa en la actividad productiva en los ámbitos públicos, privado y mixto y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.</p> | <p>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> |
|--|--|---|---|

Al respecto, los Proyectos proponen dos modificaciones en específico para el artículo 59°: (i) garantizar la creación de riqueza; y (ii) la labor del Estado de orientar, promover y participar en la actividad productiva en los ámbitos públicos, privado y mixto. Así, la reforma no solo pretende que el Estado se convierta ya no en un agente promotor de la generación de riqueza, sino en uno que la garantice. De esto se desprende el deber del Estado de garantizar la igualdad de resultados, en lugar de la igualdad de oportunidades.

Por ello, en aras de garantizar la generación de riqueza, se permitiría al Estado intervenir ilimitadamente en la economía, distorsionando su dinámica para lograr no solo una igualdad de oportunidades (que debe ser el objetivo principal y foco de sus esfuerzos), sino de resultados. En esa dinámica, medidas de todo tipo e intensidad podrían volverse tanto legítimas como constitucionales dado el rol “garantista” de creación de riqueza. Naturalmente, ninguno de los Proyectos mencionados enuncia qué significa asumir este rol ni qué medidas podrían adoptarse en caso de asumirlo. Estas propuestas, pues, no solo no abordan qué se pretende solucionar ni por qué, sino que omiten analizar cómo dichas soluciones –que no serían posibles con la redacción actual– sí serían viables y resolverían problemas reales. Como es evidente, tampoco analizan las implicancias económicas de realizar la modificación.

Esta precariedad en el análisis, evidenciada en las Exposiciones de Motivos de los Proyectos, dos de los cuales resultan idénticos, se traduce en un análisis costo-beneficio que se limita a enunciar, sin fundamento alguno, que no solo generaría un impacto positivo en la economía, sino que *“lograría reducir el impacto negativo del cambio climático y los desastres naturales”*. En esa línea, mencionan que *“resultaría beneficiosa para que el Estado promueva una política integral de industrialización del país, (...) que ayudará a mejorar la inversión en educación, a incrementar puestos de trabajo, a lograr sostenibilidad ambiental, a disminuir pobreza y mejorar la calidad de los servicios públicos ofertados”*.

Como contraparte, solo enuncian que *“no genera ningún tipo de gasto adicional al erario público”*, sin considerar siquiera el costo de oportunidad que dicha reforma significaría para el país. La carencia de fundamento es, sin más, evidente.

Además, si bien los Proyectos N° 1675 y 1681 cumplen con realizar un breve recuento de antecedentes y conceptos económicos, no identifican el problema que pretenden resolver, ni identifican el objetivo perseguido. Tampoco logran identificar

alternativas de solución, el costo que cada una de ellas supone, ni mucho menos la relación que estas tienen con respecto al objetivo y/o problema identificado.

Naturalmente, un análisis de ese tipo no satisface los estándares más básicos del AIR, demostrando así lo pernicioso que sería su aprobación para la vida económica e institucional de nuestro país.

Sin perjuicio de ello, el Proyecto N° 2046 identifica claramente el objetivo perseguido, el cual supone lo siguiente:

“(...) acentuar el deber estatal de promover la industrialización del país en diversos sectores o actividades, con especial énfasis en la industrialización de las actividades vinculadas a los recursos naturales, a efectos de generar desarrollo y bienestar personal. Para ello, el Estado podrá ejercitar directamente su rol, mediante acción pública o mediante formas asociativas con la participación de capitales privados. Por último, se exceptúa de la regla de intervención subsidiaria del Estado en actividad empresarial a aquellas acciones que adopte el Estado en el marco de políticas tendientes a industrializar el país.”

El Problema, según describe, parecería ser *“la estructura productiva desequilibrada (...) origina[da] de la inexistencia de una industria sólida en el país capaz de mejorar las condiciones de vida de las personas”*. Por ello, propone *“la necesidad estatal de instaurar una política de industrialización (...) [la cual] permitirá que los particulares, como las autoridades estatales creen el compromiso indefectible de tomar acciones reales para mejorar la industria a nivel nacional, por cuanto ello es uno de los medios más eficientes para mejorar el desarrollo en el nivel de vida de las personas (...).”*

Sin embargo, el Proyecto no fundamenta qué implica una “política de industrialización” ni en qué medida esta favorecería, en un horizonte de tiempo determinado, la economía de nuestro país. Del mismo modo, tampoco esclarece qué tipo de otras “acciones reales” podrían ser adoptadas desde el Estado para favorecer la industrialización de la economía nacional, distintas de las facultades de promoción y regulación con las que actualmente cuenta. Pese a que identifica un problema y un objetivo, este último Proyecto carece de todos los demás elementos del AIR, careciendo, por tanto, de análisis suficiente.

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

| Artículo 60° de la Constitución | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| Redacción actual | PL 1642/2021-CR | PL 1653/2021-CR | PL 1660/2021-CR | PL 1682/2021-CR | PL 2046/2021-CR |
| El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas | El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas | El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas | El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas | El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas | El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas |

| | | | | | |
|--|---|--|--|---|--|
| <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariam ente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.</p> <p>La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p> | <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>El Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de interés público.</p> <p>La actividad empresarial, pública, privada y mixta, reciben el mismo tratamiento legal.</p> | <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>El Estado, autorizado por ley expresa, puede realizar actividad empresarial directa o indirecta, por razón de alto interés público y de manifiesta conveniencia nacional, sobre sectores estratégicos de la economía del país a fin de alcanzar los objetivos de desarrollo nacional.</p> <p>La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p> | <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.</p> <p>La actividad empresarial, privada, del Estado y mixta, recibe el mismo tratamiento legal.</p> | <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>El Estado puede realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de interés público.</p> <p>La actividad empresarial, pública, privada y mixta, reciben el mismo tratamiento legal.</p> | <p>formas de propiedad y de empresa.</p> <p>Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariam ente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Se exceptúa de esta regla la industrialización del país.</p> <p>La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.</p> |
|--|---|--|--|---|--|

En esencia, lo que las propuestas de este segmento pretenden es eliminar el seguro establecido por la Constitución para que el Estado realice actividad empresarial. Así, en lugar de requerir: (i) alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; (ii) autorización expresa del Congreso; y (iii) oferta privada insuficiente en el mercado en cuestión; solo por “razón de interés público” el Estado podría intervenir en el mercado y competir deslealmente con los demás agentes del lado de la oferta.

Si bien el PL 1653 propone incluir un matiz adicional, condicionando la intervención a “sectores estratégicos de la economía del país”, los efectos sobre el seguro principal contra la indiscriminada actividad empresarial del Estado son los mismos. El mismo razonamiento aplica respecto de la propuesta contenida en el PL 2046, el cual busca crear una excepción frente a la “industrialización del país”. Indistintamente del sector en que se trate, 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, es precisamente la razón que hace que esta sea desleal. En efecto, el hecho que el Estado cuente con fondos significativamente mayores que un privado hace que, contrario a este último, este no internalice los costos ni pérdidas que pudiese generar. Independientemente de las complicaciones que el mercado particular pudiese padecer, la empresa pública jamás quebrará, en tanto será financiada vía impuestos. En contraste, el privado, que deberá adecuar sus precios a la variación de precio de sus costos y a la dinámica del mercado, será desplazado fácilmente por un competidor insensible a estas variaciones.

El rol subsidiario del Estado en la economía no es sino un seguro para evitar que este intervenga y compita deslealmente con emprendedores y empresarios de todo nivel y rubro. De esta manera, evita que entidades como la Pollería “El Rancho”, de la Universidad Nacional del Altiplano, en Puno, tengan la posibilidad de desplazar a otros competidores del mercado.⁴

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 operan en el 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. A ello se suma el costo que significa mantener dichas empresas y compensar sus pérdidas con dinero proveniente de los contribuyentes, que es utilizado en lugar de atender necesidades de la población. En el Perú existe amplia experiencia sobre la ineficacia del rol del Estado empresario en distintos sectores:

- **Hidrocarburos:** La refinería de Talara, donde ya se han utilizado más de US\$ 6,000 millones. Una suma de dinero que equivale 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, más de la mitad de la brecha de estos establecimientos de salud, según cifras del Ministerio de Salud.

Adicionalmente, en el sector hidrocarburos, el Estado empresario perdió, 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.

⁴ Al respecto, revisar la Resolución N 3134-2010/SC1-INDECOPI recaída en el Expediente N° 201-2008/CCD.

- **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.

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

| Artículo 61° de la Constitución | | | | |
|---|--|--|---|--|
| Redacción actual | PL 1656/2021-CR | PL 1683/2021-CR | PL 1705/2021-CR | PL 1710/2021-CR |
| 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. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación | El Estado facilita, garantiza y vigila la libre competencia. Combate y sanciona toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los | El Estado facilita, garantiza y vigila la libre competencia. Combate y sanciona toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los | El Estado facilita y vigila la libre competencia, según los principios y fines de la Economía Social de Mercado. Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, especulación o concertación de precios, así como el abuso de posiciones dominantes en el mercado. | El Estado garantiza , facilita y vigila la libre competencia. Combate y prohíbe toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes. Prohíbe los monopolios y oligopolios que tengan una concentración mayor al 70% en el mercado, salvo en situaciones en las que no |

| | | | | |
|--|--|--|--|---|
| 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. | 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 de empresas públicas, privadas y mixtas. | 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 de empresas públicas, privadas y mixtas. | La ley establece las sanciones correspondientes en los ámbitos civil, administrativo y penal para las personas naturales o jurídicas que incumplan dicha prohibición. 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, oligopolio, ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. Se prohíbe la propiedad cruzada de los medios de comunicación social, de acuerdo con la ley. | exista la oferta de algún bien o servicio brindado. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. 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 o mixtas. |
|--|--|--|--|---|

De la revisión de las propuestas de modificación al artículo 61° se advierte que no se presenta evidencia sólida en los Proyectos que sustente los argumentos invocados por el legislador. Únicamente se hace alusión al hecho que, con el modelo actual de la constitución económica, se advierten diversos casos de concertación entre empresas para manejar determinadas industrias, atentándose contra la libre

competencia y que únicamente se viene vigilando la creación de monopolios legales, sin prestar atención al resto de los monopolios.

Así, de la Exposición de Motivos de los Proyectos, se aprecia que el legislador se enfoca en una falta de control por parte del Estado ante la creación de monopolios y oligopolios, por lo que, a su entender, urge la necesidad de establecer obligaciones concretas desde la Constitución para que se asuma una posición más firme en la defensa de la libre competencia. De esta manera, en algunos de los Proyectos se propone prohibir i) oligopolios, ii) acaparamientos, iii) especulación de precios y iv) concertación de precios, además del abuso de las posiciones dominantes o monopólicas.

Sobre el particular, como primer punto, se debe revisar el concepto básico de monopolio, ya que el legislador sugiere que todos los monopolios son negativos y perjudican a las pequeñas empresas y al consumidor.

Así, un monopolio es un mercado donde existe un único vendedor o productor y la curva de demanda a la que se enfrenta el único productor es la demanda del mercado. Es decir, el monopolista es el mercado y controla la cantidad de producción que ofrece a la venta y el precio. Sin embargo, un monopolista no fija cualquier combinación de cantidad/precio, sino aquella que maximice su beneficio; por ello, su precio será siempre mayor al que existe en un mercado competitivo, mientras que la cantidad producida será menor. Esta capacidad del monopolista para fijar un precio mayor al costo marginal se le llama poder de monopolio⁵.

No obstante lo expuesto, debe comprenderse que el monopolio o el poder de monopolio no siempre es negativo. Así, el sueño de todo empresario siempre será ser un monopolio: *“Es la idea que impulsa toda la actividad económica porque crea los incentivos para reducir costos, innovar e invertir”*⁶. Si uno se detiene a observar a un empresario, advertirá que todas las acciones que adopte estarán orientadas a quitarle participación a sus competidores, aumentar sus ventas y eventualmente quedarse solos en el mercado o con pocos acompañantes.

Por ello, las políticas y regulación de competencia que se dicten deberán ser diseñadas de tal manera que no entren en contradicción con los fines que persigue el proceso competitivo. Si a un empresario le dicen que será perseguido por el solo hecho de ser un monopolio, entonces disminuirán sus incentivos para ser más eficiente y para captar las preferencias de los consumidores. Por ello, quienes elaboran las políticas de competencia, más aún “el gran marco constitucional”, tienen que ser capaces de entender ese fenómeno y no insistir en una regulación antimonopólica *per se*.

⁵ Regulación racional. 2021. *Mitos monopólicos en el Perú*. Extraído de <https://www.regulacionracional.org/wp-content/uploads/2021/10/Informe-Monopolios-Oct-2021-RR.pdf>

⁶ Bullard, A. 2006. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda Edición. Themis. P. 970

De ahí que el legislador debe enfocarse en el objetivo de la legislación, el cual debe ser el bienestar del consumidor a través de la eficiencia económica. Así, si el monopolio resulta siendo la manera más adecuada de producir dada las condiciones de mercado, no deberá ser una preocupación para la autoridad competente que tal monopolio exista, sino monitorear y evitar que se presenten casos de abuso de una posición de dominio.

Por ello, será siempre mejor hablar de un sistema “pro-competencia” antes que de un sistema antimonopolios. Lo importante es reforzar la soberanía del consumidor y entender que las concentraciones de poder económico en el mercado son legítimas en cuanto respondan a la habilidad de las empresas para ganarse las preferencias de los consumidores. Lo que, por el contrario, debe preocupar al legislador antes que el monopolio en sí, son los medios por los cuales se alcanza una mayor participación de mercado, de un lado, y los posibles abusos que, una vez alcanzada una posición dominante en el mercado, puedan cometerse.

Esto se explica claramente en el ejemplo de la innovación: Quien inventa un nuevo producto querrá asegurar su monopolio mediante la innovación a través de una patente; sin embargo, dicha conducta obviamente no puede constituir un intento ilegal de monopolización, sino que, al contrario, debe ser fomentada por el propio Estado. Otro ejemplo se desprende en el caso de una empresa que invierte para mejorar su producción y así crear productos más baratos y seguros para los consumidores con el objeto de desplazar a su competencia. Si luego se le priva del derecho de crecer, entonces dejará de invertir, y ¿quiénes serán los perjudicados? Sin duda los consumidores, pues ya no gozarán de los beneficios de contar con mejores productos, mejor tecnología y mejores condiciones.

Por ello, bajo el sistema actual, la labor que realiza el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, como entidad encargada de aplicar las normas de protección del mercado de aquellas prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia, consiste en evaluar y determinar en cada caso si los hechos o las conductas que son puestos en su conocimiento constituyen prácticas contrarias a la libre competencia.

Es importante destacar que, a diferencia de la labor ex-ante de los organismos reguladores para el caso de los monopolios naturales, la acción del INDECOPI no regula previamente el contenido de la conducta, sino que trata de corregirla con sanciones. Así, el tratamiento no es fijación de precios, sino velar por que los mismos no sean distorsionados, por ejemplo, por un acuerdo entre competidores. Tampoco empaquetaría productos, pero fiscaliza que no se pacten cláusulas de atadura irracionalmente⁷. El resultado de esta forma de acción se dirige más a velar por el buen funcionamiento de procesos, y no a prohibir monopolios u oligopolios de manera absoluta.

⁷ Bullard, A. 2006. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Segunda Edición. Themis. P. 907

Así, uno de los Proyectos propone que en el artículo bajo comentario se disponga “sancionar las prácticas que limiten la competencia y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”, cuando conforme ha sido explicado, dicha labor ya es realizada por el INDECOPI al determinar que una empresa incurre en prácticas contrarias a la libre competencia.

Por su parte, en cuanto al oligopolio –el cual se ha dispuesto prohibir en uno de los Proyectos–, se define como un mercado donde pocas empresas producen o venden un producto similar o diferenciado.

No obstante, debido a que son pocas empresas, estas tienen dos opciones para interactuar: coordinar o competir. Cuando se coluden obtienen mayores beneficios al establecer un precio por encima del costo marginal (comportándose como un monopolio); sin embargo, es importante anotar que de acuerdo con Regulación Racional “*la colusión es inestable debido a que las empresas más eficientes tienen incentivos para romper el acuerdo reduciendo precios y así aumentar su participación en el mercado. En cambio, si buscan su propio beneficio y compiten, la cantidad producida aumenta y el precio disminuye*”⁸.

Por tanto, nuevamente la sola existencia de un oligopolio tampoco generaría necesariamente una práctica contraria a la libre competencia, sino que, a fin de determinar la ilegalidad de la práctica, la autoridad –el INDECOPI– deberá analizar las intenciones de las empresas y los efectos que se generen para el mercado, como consecuencia de las decisiones que estas adopten.

Adicionalmente, es probable que el legislador incurra en error con su propuesta, pues existen diversos casos en los que se considera que existe monopolio cuando en realidad no lo hay, y menos un abuso de posición de dominio. A modo de ejemplo, se advierte el caso de empresas que, si bien han logrado posicionarse en el mercado peruano, no son necesariamente monopolios en tanto compiten con grandes empresas internacionales, por lo que será importante también considerar su margen de rentabilidad en comparación a sus competidores que operan tanto en el mercado internacional como local.

Por ello, es importante en este punto distinguir también entre la participación de mercado, que es el tamaño de la proporción de ventas de una empresa en un determinado producto, y el poder de mercado, que es la capacidad del productor para afectar el precio del mercado⁹.

Por otro lado, tenemos el caso del mercado bancario, en el que se cree que los bancos en el Perú vienen ejerciendo su poder de mercado para incrementar precios y rentabilidad. De acuerdo con Regulación Racional¹⁰, *la rentabilidad de los bancos*

⁸ Regulación racional. 2021. *Mitos monopólicos en el Perú*. Extraído de: <https://www.regulacionracional.org/wp-content/uploads/2021/10/Informe-Monopolios-Oct-2021-RR.pdf>

⁹ De acuerdo con la teoría económica, a mayor participación de mercado de una empresa o de pocas empresas (concentración), mayor poder de mercado poseen.

¹⁰ Regulación racional. 2021. *Mitos monopólicos en el Perú*. Extraído de: <https://www.regulacionracional.org/wp-content/uploads/2021/10/Informe-Monopolios-Oct-2021-RR.pdf>

no se explica por un mayor poder de mercado, sino por la eficiencia de escala de los bancos latinoamericanos. Así, a pesar de la alta concentración que existe en el mercado bancario¹¹, las tasas de interés activas (precio al que los bancos venden sus productos y servicios) han disminuido drásticamente en los últimos años al igual que la rentabilidad del patrimonio de los bancos. Por tanto, ello significa que, si bien la concentración del mercado se mantuvo, los bancos no ejercieron su poder de mercado para incrementar precios y rentabilidad.

Otra modificación propuesta en uno de los proyectos es prohibir el acaparamiento de productos y la especulación de precios. En primer término, cabe indicar que los precios en la economía deben ser el resultado de la libre interacción entre la oferta y la demanda, ya que, como la teoría y literatura empírica económica han demostrado, ello permite la asignación eficiente de recursos, lo que se traduce en mejoras para la sociedad en forma de menores precios, acordes con la producción menos costosa, y una mayor calidad y variedad de productos. Solo en mercados que presentan distorsiones estructurales, las llamadas fallas de mercado, la regulación aparece como un mecanismo para intentar acercarse al ideal competitivo. Por ello, resultará imperativo que el legislador realice un análisis de las condiciones de competencia en el mercado a intervenir para determinar si dicha intervención resulta eficiente y sostenible, lo que no se advierte en los Proyectos.

En relación con el delito de especulación, previsto en el artículo 234° del Código Penal, se aprecia que, de acuerdo con el Proyecto, se debería establecer una lista oficial de productos "oficialmente considerados de primera necesidad", y que en todo caso se debería considerar la lista de productos, bienes o servicios considerados de primera necesidad de acuerdo con la Resolución Suprema N° 150-86-EF-15. En línea con lo señalado, y aunque basada en una lista acotada, una regulación de precios siempre acarrea una serie de ineficiencias y distorsiones en perjuicio de los consumidores.

Así, los precios reflejan información sobre la disponibilidad y las condiciones de oferta y demanda de los productos. Por ejemplo, en el caso de los productores, al contar con una menor cantidad a la usual que pueden ofrecer, buscarán obtener un mayor retorno por cada unidad para conseguir al menos ingresos similares a los que obtendrían en circunstancias normales; mientras que los consumidores, al observar una menor disponibilidad de bienes que pueden comprar, asignarán a cada unidad un valor subjetivo mayor al usual, con lo cual se encuentran dispuestos a pagar también montos mayores. Por ello, la interacción de ambos fenómenos resulta en un precio de equilibrio por encima de lo normal, ya que los incentivos de los consumidores y productores están alineados a dicho resultado. Por lo que es un resultado lógico que aquellos bienes más escasos posean precios mayores.

Un ejemplo actual se genera con el precio del pollo que está aumentando debido a la subida de los insumos y sobre todo del precio del maíz -insumo utilizado para la alimentación de los pollos. Ante ello el Gobierno anunció un precio tope para el pollo para frenar el aumento del precio. Supongamos que dados los precios de los

¹¹ Según el Índice de Herfindahl e Hirschman (IHH).

insumos el precio del pollo está en S/ 12/kg., pero el gobierno fija el precio en S/ 5/kg. A este nuevo precio, a los que crían pollos ya no les conviene hacerlo, pues no les es rentable realizar esta actividad dado el bajo precio y no podrán cubrir los altos costos que tienen para criar las aves. Como consecuencia de ello, cae la producción de carne de pollo y comienza la escasez. Así, cuando el consumidor acuda a los mercados, no encontrará pollo al precio fijado por el Estado. Adicionalmente, surgirá la aparición de mercado negro. Algunos venderán pollo, pero a un precio mucho más elevado, incluso mayor al precio de S/ 12 por kg dado que es difícil conseguir el producto. ¿Resultado final? El control de precios terminó siendo perjudicial para todos. Así el control de precios no beneficia a los consumidores; por el contrario, los pone en peor situación.

La experiencia nos enseña el resultado fallido de una intervención del Estado. En 1985, se establecieron controles al tipo de cambio, las tasas de interés y los precios de bienes de primera necesidad. Esto provocó un grave desabastecimiento de bienes básicos en las tiendas, así como la generación de largas colas para conseguirlos. Además, sumado a otras medidas populistas como la emisión descontrolada del dinero, el resultado fue que entre 1987 y 1990, el PBI real registró una caída acumulada de 25%, la tasa de desempleo pasó de 4.8% a 8.3% y fuimos el país con la mayor hiperinflación de la historia en la región que alcanzó 7,649% en 1990.

Por el contrario, la competencia, permite que el consumidor se beneficie y los precios de bienes y servicios bajen. Un ejemplo es el mercado de internet fijo. La empresa con mayor participación en el mercado pasó de concentrar el 84% en el primer trimestre de 2015 al 64% en el cuarto trimestre de 2020 y con la mayor competencia los precios se han ido reduciendo significativamente, además de introducir mejoras en la calidad. Así, por ejemplo, el gasto mensual en telecomunicaciones de hogares con al menos 1 servicio pasó de S/ 137 en 2016 a S/ 77 en 2019, una caída del 43.8%. Asimismo, la tarifa promedio por Mbps de internet fijo pasó de S/ 24.5 en el cuarto trimestre de 2015 a S/ 1.3 en el cuarto trimestre de 2020. Esto significa una reducción tarifaria del 95% en el periodo de análisis.

Sin perjuicio de lo expuesto, la propuesta de control de precios planteada en el Proyecto implicaría que alguna entidad existente incorpore dicha función a las que ya ejerce. Esto involucraría el despliegue de recursos adicionales a los asignados y una mayor carga administrativa, tanto para la determinación de una lista de bienes y sus precios, así como para la fiscalización.

Así, la regulación propuesta requeriría evaluar el precio de varios productos y/o servicios, como los alimentos –a diferencia de los sectores hoy regulados donde este número es mucho más limitado–, por lo que se debería considerar un presupuesto para desarrollar metodologías objetivas que sustenten los valores de estos (en base a costos o márgenes estimados) y la contratación y entrenamiento de personal cualificado, entre otros costos directos. Es decir, sería falso que la propuesta no involucra costos para el Gobierno.

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

| Artículo 62° de la Constitución | | | | |
|---|--|--|--|--|
| Redacción actual | PL 1627/2021-CR | PL 1676/2021-CR | PL 1684/2021-CR | PL 2112/2021-CR |
| <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 puedan 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, salvo mutuo acuerdo entre las partes. Los conflictos derivados de la relación contractual solo 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>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 se solucionan en la vía de conciliación, 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. 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 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 se solucionan en la vía de conciliación, 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. 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 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 solo 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>El Estado puede, a través de las leyes, establecer garantías y otorgar seguridades destinadas a proteger la inversión pública o privada, y a los capitales nacionales o extranjeros.</p> |

Como se puede observar del cuadro anterior, los Proyectos de este segmento proponen, en esencia, dos formas distintas de desproteger a los contratos, y, por ende, de crear inseguridad jurídica. Así, los Proyectos proponen la posibilidad de (i) eliminar los contratos-ley y (ii) modificar los contratos por “lesiones” al interés público.

Cualquiera de los escenarios resulta preocupante, ya que supone un perjuicio latente para la economía, especialmente en una etapa en que las proyecciones para el Perú no son las mejores, necesitándose 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. Así, de lo que se trata es de generar condiciones atractivas para el inversionista (nacional y extranjero), siendo que este ha de encontrar 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 generadas¹².

Estos contratos, que existen desde la mitad del siglo pasado¹³, 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:

¹² 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.

¹³ 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.

“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”.¹⁴

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.

Además, la aprobación de los Proyectos vulneraría otras disposiciones constitucionales, como el artículo 59°, el cual dispone que el Estado debe estimular la creación de riqueza.

Una posible contracción de las inversiones privadas se traduciría necesariamente en menores beneficios para la población, encontrándonos en un escenario con menos empleo, menores ingresos, reducción del comercio, incapacidad para cerrar brechas de acceso a servicios, un alto a mejoras en productividad, menor capacidad para reducir la pobreza, entre otros. Así pues, es importante anotar que la inversión total del país se compone principalmente por capitales privados, los cuales en el 2021 equivalieron a un 20.6% del PBI, superando ampliamente a la inversión pública que apenas lo hizo en 4.6%, según estimaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP).¹⁵

Por lo mismo, la aprobación de los Proyectos también impactaría en la recuperación económica. En efecto, la inversión privada en 2020 se contrajo un 16.5% por la pandemia y, si bien creció un 37.6% en 2021, ello atendió a un rebote estadístico frente a la gran caída del año anterior. No obstante, en 2022, en un contexto de bajas expectativas empresariales, el BCRP estima que la inversión privada tendría un crecimiento igual a 0%¹⁶.

Bajo el contexto de necesidad de desarrollo económico en los distintos sectores del país, el contrato-ley es de suma utilidad para el cumplimiento de las finalidades públicas del Estado Constitucional de Derecho, mediante el otorgamiento de garantías de estabilidad jurídica a favor de los inversores y empresas receptoras de inversiones, y erradicando de esta forma el riesgo de mutabilidad del marco normativo aplicable al sector económico en el que se pretende invertir.

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.

¹⁴ Kresalja, B. & Ochoa, C. 2020. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. P. 374.

¹⁵ 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>

¹⁶ Ídem.

En particular, el Perú se posiciona como uno de los mejores en este rubro tras alcanzar el segundo puesto en el Infrascopio 2019¹⁷, reporte que evalúa las capacidades de las economías de América Latina y el Caribe para implementar APP sostenibles y eficientes, superado únicamente por Chile. Asimismo, 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.

La implementación de la modificación propuesta en los Proyectos 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 mil millones, considerando que estos convenios poseen una duración no menor a 10 años, monto que representa una cifra considerable al compararse con el total de la inversión gubernamental del 2021 que ascendió a los S/ 38.8 mil 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, su eliminación 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.

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 otros¹⁸. Dicha modalidad no genera una limitación para 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

¹⁷ 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

¹⁸ MEF. 2020. Guía metodológica de asociaciones público-privadas. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/capacitaciones-app/guia-metodologica>

“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.

Así las cosas, la eliminación de los contratos-ley del texto constitucional genera una grave y clara afectación para la economía del país, dado que los desincentivos para la inversión privada y la generación de un clima de inestabilidad para las empresas impedirán el aumento de los bienes de capital duradero, así como las posibilidades de un incremento de producción y consumo futuro para el país¹⁹. No obstante, los Proyectos que buscan su derogación se sustentan sin basarse en evidencia, ni en una evaluación objetiva y rigurosa que responda a estándares mínimos de análisis de impacto regulatorio. En efecto, parten de una concepción equivocada, al aludir a una ausencia de necesidad del uso de los contratos- ley en la actualidad.

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

| Artículo 63° de la Constitución | | |
|--|--|---|
| Redacción actual | PL 1657/2021-CR | PL 1685/2021-CR |
| <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>El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las</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 este, adoptar medidas análogas.</p> <p>En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos 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 tribunal</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 este, adoptar medidas análogas.</p> <p>En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos 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 tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor.</p> |

¹⁹ Gutiérrez, W. 2003. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Gaceta Jurídica. P. 81.



| | | |
|--|---|--|
| 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. | constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. | Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. |
|--|---|--|

De la Exposición de Motivos de los Proyectos, se aprecia que se hace referencia a los problemas generados por los contratos-ley y a sus adendas en tanto de acuerdo con el legislador, violan la transparencia, pues son negociadas únicamente entre los funcionarios del gobierno de turno y los contratistas. Así, según lo expresado, se firmaron adendas que elevaron sustancialmente el monto original pactado en los contratos-ley, por lo que estos temas deberían ser investigados. Asimismo, señalan en los Proyectos que, en el Perú ni siquiera existe un análisis de los impactos fiscales ocasionados por estas adendas; motivo por el cual los artículos 62° y 63° de la Constitución deben ser modificados.

En primer término, sorprende que un Proyecto que propone una modificación constitucional adolezca de sustento para tratar un tema de esta magnitud, haciendo referencia a un aspecto no contemplado en el artículo que se pretende modificar. Así, se aprecia que se hace referencia a los contratos-ley, los cuales están regulados en el artículo 62° y no en el artículo 63° de la Constitución. De igual manera, en el acápite anterior se ha sustentado la importancia de no erradicar los contratos-ley de la norma constitucional, considerando que ello podría propiciar inseguridad jurídica para el país y contraería la inversión privada, generando menos empleo, reducción del comercio, incapacidad para cerrar brechas de acceso a servicios y un alto a mejoras en la productividad, así como una menor capacidad para reducir la pobreza, entre otros aspectos, en atención a las razones expuestas en el comentario correspondiente al artículo precedente.

No obstante, sin perjuicio de la absoluta falta de sustento de los Proyectos, se aprecia que en el siguiente párrafo del artículo bajo comentario, se propone eliminar la última oración que 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)

Al respecto, consideramos inadmisibles la propuesta de eliminar esta última oración sin siquiera haber reparado –ni menos aun evaluado– el impacto que esta modificación constitucional puede generar para el propio Estado, lo cual resulta sumamente peligroso en lo que respecta a transacciones financieras y provisión de fondos para el Estado peruano.

Así, esta excepción que se propone eliminar se encuentra relacionada al caso en que el Estado peruano actúa como privado para obtener ventajas crediticias, por ejemplo, cuando emite bonos y se beneficia con tasas más bajas. Así, por lo general, estos bonos son emitidos en mercados internacionales, ya que el mercado peruano



no cuenta con la profundidad necesaria 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. Así, al tratarse de un Estado –el cual puede acceder a préstamos por parte de inversionistas internacionales–, ciertamente estos últimos no van a invertir altos montos en compra de deuda si advierten que, en caso surjan problemas, la *litis* solo podrá discutirse en el Perú, esto es, en una jurisdicción que no es neutral.

Por ello, 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, y en caso de eliminarla, sin duda se generaría la incapacidad para el Estado peruano de participar de estas transacciones financieras internacionales, por lo que, en consecuencia, dejaríamos de contar con una de las principales y mayores fuentes de provisión de fondos para el Estado peruano.

Finalmente, no se puede permitir que las iniciativas legislativas que se vean en el Congreso sostengan afirmaciones tan superficiales como las que sirven de base para los Proyectos comentados. Menos aún que estas sustenten modificaciones constitucionales de esta magnitud.

Como dijimos previamente, el vigente artículo 75° del Reglamento exige que las propuestas deban contener un análisis costo-beneficio 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. Nada de eso se encuentra en los Proyectos.

Por lo expuesto en la presente carta, los Proyectos no cumplen con un adecuado AIR ni poseen sustento basado en evidencia que acredite beneficios efectivos para la sociedad y la economía, sino que, por el contrario, afectarían 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