



Carta No. 277-2021/GG/COMEXPERU

Miraflores, 17 de septiembre de 2021

Congresista
PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS
Presidenta
Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente. -

Ref.: Proyecto de Ley N.º 187-2021-/CR que propone derogar el segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución Política del Perú sobre el régimen económico

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarlo 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"), el mismo que consideramos carece 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.º 1448, como parte de la denominada "mejora de la calidad regulatoria" en el Poder Ejecutivo.



La contraparte parlamentaria de esta mejora regulatoria se dio recientemente, mediante la Resolución Legislativa del Congreso N.º 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.

En el caso del Proyecto, es preciso afirmar que esto no se ha cumplido. Según su exposición de motivos, *“la problemática que se presenta es que la suscripción de los contratos-ley solo ha beneficiado a los grupos empresariales y ha reducido la capacidad del Estado en materia de recaudación. Asimismo, de acuerdo con el Proyecto, en la actualidad, los contratos-ley son una forma de acentuar la corrupción, porque no permite que todos los empresarios puedan tener las mismas reglas, por lo que se genera un trato discriminatorio a la hora de establecer tributos, escudándose en los contratos-ley para que el Estado no pueda renegociar una política fiscal justa y adecuada para utilizarla en beneficio de la sociedad construyendo colegios, hospitales, comisarias, carreteras, etc.”*

Para atender esa problemática identificada previamente, se plantea la reforma constitucional con la finalidad de derogar los contratos-ley, *“debido a la necesidad de contar con instrumentos legales adecuados donde se establezcan reglas claras en la seguridad jurídica y tributaria del país en el que todos los empresarios, nacionales y extranjeros, se sujeten a un trato igualitario cuando suscriban contratos con el Estado y unos no se beneficien sobre otros con la modalidad contractual creada en la década de los años noventa.”*

A efectos de un correcto AIR, este se debe iniciar con la correcta identificación y dimensionamiento de un problema de política pública, con sustento en evidencia, para después analizar cuál sería la mejor opción para atender esa problemática, sea o no regulatoria o normativa.

En este caso en concreto, se afirma que la suscripción de los contratos-ley solo ha beneficiado a los grupos empresariales y ha reducido la capacidad del Estado en materia de recaudación, y que además estos contratos son una forma de acentuar la corrupción porque no permiten que todos los empresarios puedan tener las mismas reglas, generando un trato discriminatorio a la hora de establecer tributos.



Lo afirmado en el Proyecto, además de no basarse en evidencia suficiente que justifique la necesidad, idoneidad y razonabilidad de la modificación normativa, parte de una concepción equivocada al aludir a un trato discriminatorio a la hora de establecer tributos.

Con la figura de los contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías, otorga seguridades y somete al inversionista, sea nacional o extranjero, al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió con la finalidad de atraer inversiones privadas de capital, buscando promover aquellas actividades que el propio Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueden haber trazado en el diseño de la política económica del Estado.

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, siendo que este ha de encontrar un marco normativo estable, seguro y sólido -sobre todo países como el nuestro, que se caracteriza por la imprevisibilidad de los conflictos sociales, políticos y económicos- que propicie el cálculo presente de los rendimientos de la inversión en un periodo futuro correspondiente a la vigencia del contrato-ley; de aquí que las principales normas estabilizadas son las tributarias, en tanto gravan directamente las utilidades generadas¹.

Por tanto, 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.

Por otra parte, se advierte que la eliminación de los contratos-ley de la Constitución, conforme será desarrollado más adelante, generaría una situación de incumplimiento de muchos tratados internacionales vigentes (como los tratados de libre comercio y los tratados bilaterales de inversión) 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.

Finalmente, a pesar de la reciente modificación del Reglamento, el análisis costo beneficio del Proyecto reitera la gran falencia que se arrastra desde hace un tiempo. Ya no se puede permitir que los proyectos de ley que se vean en el Congreso sostengan afirmaciones tan superficiales como señalar que el efecto directo es que no existan

¹ Así, Kresalja y Ochoa anotan hasta tres garantías constitucionales del contrato-ley. La primera consistente en la inalterabilidad para el inversor del régimen otorgado mediante el contrato y que debe estar estipulado en una ley autoritativa. La segunda en la imposibilidad de su modificación vía acto legislativo, lo cual supone la claudicación estatal de su *ius imperium* durante la vigencia del convenio de estabilidad jurídica, por lo que cualquier modificatoria deberá efectuarse por otro contrato o cualquier otra forma extintiva regulada en el Código Civil. Y la tercera consistente en la resolución de las controversias suscitadas en la negociación, celebración, interpretación o ejecución del contrato-ley, por la vía arbitral o jurisdiccional. Claro está que, al ser un contrato de prestaciones recíprocas, el inversionista y la empresa receptora de la inversión, deberán cumplir ciertas obligaciones definidas por marco legislativo.



beneficios de un empresario sobre otro, sobre todo una propuesta de modificación constitucional 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 el Proyecto.

2. Propuesta de modificación constitucional.

El Proyecto propone la eliminación del siguiente texto en el artículo 62° de la Constitución:

“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”

Al respecto, la eliminación de los contratos-ley del texto constitucional genera una grave 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 país².

En el Perú, se han venido incrementando los inversionistas naciones y extranjeros involucrados en procesos privatizadores o en proyectos de desarrollo, por lo que cada vez hay 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”*.³ Sin ello, se generaría un clima de desconfianza e inestabilidad que retraería el clima de inversiones que hoy más que nunca el Perú necesita.

Por otro lado, 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 otros⁴. 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

² Walter Gutiérrez Camacho. El Contrato ley - artículo 1357 en *Código Civil Comentado*. Tomo VII – Contratos en general. Lima, Gaceta Jurídica p. 81.

³ Baldo Kresalja y César Ochoa. *Derecho Constitucional Económico*. Tomo I. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2020. Pág. 374.

⁴ MEF (2020). Guía metodológica de asociaciones público-privadas. Disponible en: <https://www.mef.gob.pe/es/capacitaciones-app/guia-metodologica>



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.

Adicionalmente, tal como ha sido señalado, resulta trascendental tomar en cuenta las graves implicancias que el pretendido cambio constitucional podría generar frente a los numerosos acuerdos internacionales con los que actualmente cuenta el Perú, como [tratados bilaterales de inversión](#) y [tratados de libre comercio](#), en los que, expresamente, se incluyen los convenios de estabilidad jurídica, por lo que su modificación unilateral o incumplimiento generaría incumplimiento de los mismos acuerdos, con las implicancias que ello acarrea para el país en el frente internacional y la posible aplicación de medidas de retaliación comercial por parte de otros Gobiernos y/o sanciones por acciones iniciadas por los propios inversionistas afectados.

En línea con lo señalado, la aprobación del Proyecto vulneraría otras disposiciones constitucionales, como el artículo 59° de la carta política, 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, la inversión total del país se compone principalmente por la inversión privada, la cual el año pasado equivalió a un 14.7% del PBI, superando ampliamente a la inversión pública que apenas lo hizo en 4.2%, según estimaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCRP)⁵.

Por otro lado, la aprobación del Proyecto también significaría un retroceso en la recuperación económica del país, pues el crecimiento estimado para el presente año por el BCRP se encuentra condicionado a la reanudación de proyectos de inversión. Con la contracción de la inversión privada en 20% durante el año 2020 como consecuencia de la interrupción de actividades decretada por el Gobierno, se espera que este año crezca en un 17.5%, mientras que la inversión pública apenas lo haría en 14%. Asimismo, el mismo reporte incide también en la cartera de proyectos de Proinversión, valorizada en más de US\$ 7.5 mil millones para el periodo de 2020-2022, el cual se encuentra pendiente por adjudicar y se vería indudablemente afectado con la aprobación de la medida en cuestión.

De la misma manera, se ve 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. En particular, el Perú se posiciona como uno de los

⁵ BCRP. (2020). Reporte de inflación diciembre 2020. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Reporte-Inflacion/2020/diciembre/reporte-de-inflacion-diciembre-2020.pdf>



mejores en este rubro tras alcanzar el segundo puesto en el Infrascopio 2019⁶, 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 el Proyecto podría significar pérdidas para el erario 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 año pasado que, de acuerdo con el MEF, apenas ascendió a los S/ 28 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 lo expuesto en la presente carta, el Proyecto no cumple con un adecuado AIR ni posee sustento basado en evidencia que justifique beneficios efectivos para la sociedad y la economía, sino que, por el contrario, afectaría significativamente 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. Por ello, consideramos que no debería ser aprobado y enviado al archivo.

Sin otro particular, quedamos de usted.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General

⁶ 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