

INVERSIÓN Y SEGURIDAD JURÍDICA EN LATINOAMÉRICA:

¿AVANCE O RETROCESO?⁽¹⁾

MESA REDONDA:

ROBERTO DROME

Profesor Extraordinario de las Universidades Carlos III de Madrid, Paris I-Parthéon Sorbonne y Paris X-Nanterre.
Director General de la Escuela de Postgrado Ciudad Argentina.

JOSÉ DANIEL AMADO V.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LL.M) por la Universidad de Harvard.

ALFREDO BULLARD G.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LL.M) por la Universidad de Yale.
Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MARÍA TERESA QUÍÑONES A.

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Master en Derecho (LL.M) por la Universidad de Harvard.
Profesora de Derecho Administrativo Económico en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

JORGE DANÓS O.

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Derecho Constitucional Económico en el Programa en Tributación y Política Fiscal de la Universidad de Lima.

1. La gran mayoría de los países de la región han privatizado o están en pleno proceso de privatización de servicios públicos –electricidad y telecomunicaciones principalmente–, lo cual impone la necesidad de implementar un cierto tipo de regulación en dichos sectores. Ahora bien, teniendo en cuenta que la privatización y liberalización de los mercados de servicios públicos no implica necesariamente que estos funcionen de manera competitiva, ¿cuándo y en qué medida debería el Estado intervenir en el mercado?

DROME: La intervención administrativa y reglamentaria del Estado, a través de su poder de "policía de la economía", alcanza también a los servicios públicos privatizados o semi privatizados –ya sea, vía licencias o concesiones–. Considero que el Estado, como garante de la paz social para el desarrollo económico, debe participar

con sus "entes de regulación y control" y/o con sus "institutos de administración" en la fiscalización y tutela de las "ecuaciones de los contratos", principalmente en lo relativo a las ecuaciones política (de acceso al consumo), social (de consumidores efectivos) y económica (de tarifas, inversiones y rentabilidades).

AMADO: Es cierto que en determinados sectores –como, por ejemplo, el eléctrico y el de telecomunicaciones– la privatización de las empresas públicas no tiene como consecuencia necesaria la generación de un mercado competitivo. Sin embargo, en mi opinión, ello no debe llevarnos a pretender imponer una excesiva regulación estatal. Por el contrario, el Estado debería dedicarse a fomentar la competencia en estos mercados, y solo cuando no sea posible generar un nivel aceptable de competencia en la práctica, deberá actuar mediante esquemas de regulación que, de alguna

⁽¹⁾ La presente sección estuvo a cargo de Maestro Balti Ilustreante, alumno del Décimo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y Director de la Comisión de Edición de *ADVOCATUS*. Agradecemos al doctor Mario Linares Jara por la valiosa colaboración brindada en la realización de la presente Mesa Redonda.

manera, simulan la existencia de una situación competitiva.

Un ejemplo es la distribución eléctrica. Por un lado, es importante advertir que la mayor parte de la distribución en provincias se encuentra todavía en manos del Estado, lo cual es contradictorio con su rol subsidiario. Además, la integración vertical que mantiene el Estado con la generación eléctrica da espacio para una manipulación del mercado, como ha ocurrido en el caso de las distribuidoras sin contrato. Aún así, la distribución genera inevitablemente un monopolio dentro de cada área de concesión en cuanto a los clientes regulados y ciertas barreras de entrada en los clientes no regulados. En cualquier caso, la idea de mantener un modelo de empresa eficiente, al que se denomina "sistema económicamente adaptado", es conceptualmente válida, pues las distribuidoras serán remuneradas en función a sus eficiencias en comparación con este modelo. Sin embargo, hay que anotar que esta situación de competencia exige del regulador una gran pulcritud técnica en los factores a considerarse, cosa que no siempre ha ocurrido.

BULLARD: La respuesta es sencilla en teoría, pero difícil en la práctica. Solo la existencia de una falla de mercado muy severa lo justifica, principalmente: (i) monopolio o barreras de entrada al mercado, que explica regulación tarifaria en ciertos servicios públicos; (ii) asimetría informativa, que explica regulaciones como la bancaria; o, (iii) generación de externalidades, que explica regulación como la ambiental. Pero ello debe de verse, como bien dice Coase, en relación con los costos de transacción existentes para que el mercado corrija el problema en el largo plazo. Si el mercado lo puede corregir, entonces la regulación es innecesaria.

En el caso de servicios públicos, el problema suele ser la existencia de redes o costos hundidos altos que pueden constituir barreras a la competencia y consolidar posiciones de dominio. Pero hay que tener cuidado. Como bien dice Gary Becker, la mayoría de monopolios en servicios públicos no son naturales, sino son

consecuencia de las barreras que crea la propia regulación. El análisis tiene que hacerse sobre si existe o no un monopolio natural en el que no pueda esperarse la entrada de competencia en el largo plazo. Hay que evaluar si existen barreras de entrada, es decir, si una elevación de los precios no conducirá a la existencia de más agentes en el largo plazo. Lamentablemente, este análisis no se hace con frecuencia y se presume la necesidad de regulación en situaciones en que ella no es necesaria.

QUINONES: Como señala Gaspar Ariño, en este tema no se puede ser dogmáticos. Recordemos que en el caso de los servicios públicos que se prestan a través de redes que constituyen monopolios naturales, el mercado fue una creación no de la "mano invisible", sino del regulador. Para ello, el Estado forzó la desagregación vertical y el acceso a instalaciones esenciales, con el fin de separar las actividades competitivas de las monopolísticas y permitir un cierto nivel de competencia que, de otra manera, nunca hubiera existido.

En segundo lugar, la intervención del Estado en los servicios públicos se justifica no sólo por la existencia de fallas de mercado, sino en aplicación de los principios de igualdad y solidaridad social. Constitucionalmente, está obligado a asegurar un mínimo vital a todos los ciudadanos, incluido el acceso universal a los servicios básicos. Para ello, el Estado debe intervenir de una manera más intensa cuando se trate de construir y explotar infraestructura de servicios públicos que no sea económicamente rentable (por ejemplo, saneamiento, electricidad y telecomunicaciones en zonas rurales). La manera de compatibilizar la intervención del Estado con el principio de subsidiariedad, en estos casos, es a través de lo que se denomina "gestión interesada" o modernamente "asociación público-privada", en donde operadores privados construyen y explotan las infraestructuras de servicios públicos, en tanto que el Estado las financia y subsidia en la medida que ello sea requerido; además, por supuesto, de regular las condiciones

de prestación del servicio respecto de aquellas actividades en las que no existen condiciones de competencia.

Evidentemente, si se trata de servicios públicos para aquellos nichos o sectores que son rentables y en los que existe competencia efectiva, la intervención del Estado debe limitarse a asegurar que se mantengan las condiciones competitivas.

DANÓS: Los procesos de privatización y liberalización de los mercados de servicios públicos realizados en el Perú durante la década pasada tuvieron por finalidad transferir al sector privado la gestión de servicios esenciales para la población (telecomunicaciones, electricidad, etc.) a los que se le aplica un régimen jurídico de servicio público y que se caracteriza porque somete a las empresas operadoras al cumplimiento de determinados principios que se desarrollan, y adoptan manifestaciones concretas en la normativa que regula cada uno de los indicados servicios: (i) generalidad o igualdad, conforme al cual no se le puede negar a ninguna persona el acceso a los servicios; (ii) continuidad en la prestación, debido al carácter indispensable de los mismos, (iii) regularidad para asegurar parámetros mínimos de calidad en las prestaciones; y, (iv) adaptabilidad a la evoluciones técnicas en las condiciones de prestación de los servicios.

El papel del Estado peruano en los servicios públicos, en virtud de lo establecido por los artículos 58 y 60 de la Constitución, que consagran la economía social de mercado y la subsidiariedad del Estado en la economía, no consiste en prestar directamente la actividad, sino generar las condiciones, es decir, establecer el marco institucional para asegurar que los servicios sean proporcionados a los ciudadanos y que puedan ser desarrollados preferentemente por operadores privados en condiciones de competencia con otros agentes.

Corresponde al Estado dictar los marcos legales para crear un sistema jurídico-institucional adecuado que permita generar la competencia entre operadores privados, con la

finalidad de que las prestaciones respondan a las necesidades de los consumidores en términos de eficiencia, calidad y seguridad. Es también tarea de los organismos reguladores la promoción de la competencia en los mercados a su cargo mediante la supresión de las barreras de acceso que impidan el ingreso de nuevos operadores, la segregación de actividades para introducir competencia entre operadores en aquellas actividades que han sido tradicionalmente desarrolladas en forma monopólica y la regulación del acceso y uso común de redes e instalaciones esenciales sobre las que la prestación de los servicios descansa.

Como señala el profesor Gaspar Ariño, el modelo de regulación para la competencia en los servicios públicos supone que el Estado introduzca una mayor competencia en aquellos aspectos o actividades en que esta sea posible y en revisar y reformar el sentido de la regulación orientándola a la re-creación del mercado. Como bien dice Ariño, la regulación para la competencia promueve el mercado, lo reconstruye donde ello es posible, lo defiende, pero no lo sustituye.

2. En el contexto de una economía social de mercado, ¿cuál es el papel que deberían desempeñar los organismos reguladores?, ¿de qué manera deberían participar los consumidores en la regulación?

DROMI: Los organismos reguladores deben desempeñarse con independencia técnica y funcional, así como con vigencia científica, en su misión de regulación y control. La ciudadanía, por su parte, debe colaborar en la fiscalización de la actividad de gestión estatal y no estatal. La participación activa en el control es fundamental para que la operación dinámica de las prestaciones públicas se ajuste a las reglas de eficacia, transparencia y economía.

AMADO: Los organismos reguladores deben tener por finalidad garantizar que las falas que se presentan en un mercado imperfecto puedan ser corregidas. Esto permite también promover la inversión privada en los respectivos

sectores, permitiendo que el mercado funcione sin trabas e impedimentos. Esto no solo se da a nivel tarifario, en los casos en que, por excepción, la libre competencia no es suficiente para la formación de un precio competitivo. También ocurre en la creación de relaciones jurídicas obligatorias como en la interconexión y el acceso a infraestructura existente, para citar dos ejemplos.

Los consumidores o usuarios deberían desempeñar un papel importante en el funcionamiento del mercado; sin embargo, para que ello ocurra, es necesario que se encuentren organizados de alguna manera. Así, una manera en que los usuarios pueden intervenir de manera organizada es a través de las asociaciones de usuarios, que tengan un nivel de representatividad adecuado.

La transparencia es un elemento fundamental en la regulación del mercado. El acceso a información no debe ser un factor que otorgue mayor competitividad a una empresa frente a otra. Nuevamente en el caso del Estado, o en situaciones de posición de dominio, pueden darse situaciones anómalas que el mercado debe corregir.

Otro elemento fundamental es la solución de controversias. Esto, no solo a nivel de consumidores y prestadores de servicio, sino también cuando se trata de disputas entre operadores. Sin embargo, el arbitraje debería estar siempre disponible para las partes como una alternativa a la solución de controversias por el ente regulador, así como en el caso de las empresas.

BULLARD: Su rol principal es fomentar competencia. Ello significa regular pensando en cómo hacer más competitivo el sector. Por ejemplo, debe buscar una regulación que promueva la entrada y la eliminación de barreras. Un ejemplo es el Reglamento de Acceso a Uso de Infraestructura de OSITRAN que justo establece un procedimiento para que entren competidores a operar sobre la infraestructura y dejar que sea la competencia la que regule. La

tendencia moderna no es a regular los servicios finales (por ejemplo, la tarifa de telefonía fija), sino es regular los cuellos de botella y usualmente ello está en el uso de infraestructura o redes (por ejemplo, regular la interconexión). Así, por ejemplo, una adecuada regulación de cargos de interconexión en telecomunicaciones permite que más empresas den servicios sobre una misma red y con ello hace innecesaria la regulación de tarifas al usuario final, porque ello está regulado por la competencia misma.

Creo que los consumidores deben tener acceso al proceso y deben opinar y mostrar sus puntos de vista por medio de reglas de transparencia (como ocurre en el Perú), pero no decisión. No creo en reguladores con consumidores en sus Consejos Directivos. Los convierte en jueces y parte y el regulador debe ser un árbitro imparcial.

QUINONES: Los organismos reguladores independientes del Poder Ejecutivo son una creación de los Estados Unidos y su introducción en Europa y Latinoamérica a partir de los años ochenta obedece a un cambio de paradigma en la regulación. Hasta esa época, el fin era regular a operadores monopólicos para asegurar una adecuada distribución de rentas entre estos y los usuarios. Hoy en día se considera que su rol primordial es diseñar y aplicar un marco regulatorio que genere mercados y competencia donde sea posible; sin perjuicio de seguir cumpliendo su función tradicional respecto de aquellas actividades que constituyen monopolios naturales (operación de las redes de saneamiento y electricidad, por ejemplo).

En cuanto al papel de los usuarios, la realidad y la teoría indican que es bastante limitado: opinar o impugnar a título individual, o a través de asociaciones de usuarios. Justamente porque eso no basta para que exista simetría entre operadores y usuarios, es que los reguladores tienen entre sus funciones el normar las condiciones de prestación de los servicios públicos, fiscalizar su cumplimiento y resolver en segunda instancia administrativa las reclamaciones de los usuarios.

DANOS: Los organismos reguladores de servicios públicos deben ser, esencialmente, organismos técnicos independientes del poder político, cuya tarea principal es fiscalizar que el servicio se preste de acuerdo con el régimen legal vigente aplicable a la actividad y conforme al contrato de concesión respectivo, asegurando la mejor calidad de prestación de los servicios en beneficio de los usuarios y tratando de generar competencia entre los distintos operadores.

En una economía social de mercado, la responsabilidad del Estado, respecto de los servicios públicos, consiste en garantizar la prestación de los mismos mediante el establecimiento de los marcos legales necesarios que aseguren las condiciones para su desarrollo, preferentemente a cargo de operadores privados. El rol del Estado, respecto de los servicios públicos, se justifica en la obligación asignada al Estado por la Constitución de generar las condiciones materiales indispensables que permitan a los ciudadanos obtener el pleno ejercicio de sus derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, los servicios públicos refuerzan la legitimidad del Estado respecto de sus ciudadanos.

El régimen legal vigente asigna diversos roles a los consumidores en la regulación de los servicios públicos: opinar acerca de los proyectos de normas que se aprueban; participar en las audiencias públicas para la determinación de tarifas; participar en los consejos de usuarios de los organismos reguladores, etc. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha señalado que el consumidor o usuario es el fin de toda actividad económica, y que la satisfacción de las necesidades del consumidor y del usuario es el punto de referencia que debe tenerse en cuenta al momento de determinar el desenvolvimiento eficiente del mercado.

3. Se afirma que las renegotiaciones de los contratos de concesión constituyen medidas poco deseables, pues atentan

contra la seguridad jurídica, desalentando de esa manera la aparición de nuevas inversiones. En ese orden de ideas, ¿bajo qué supuestos se justificaría renegociar los contratos de concesión?

DROMI: Las renegotiaciones no son deseables ni indeseables en sí mismas. Son necesarias e imprescindibles para ajustar los contratos en el tiempo, de acuerdo a las exigencias prácticas de la marcha del contrato cuando las condiciones básicas se han modificado, sea a favor o en perjuicio del Estado o del contratista, pero siempre manteniendo las condiciones de calidad y universalidad del servicio para los usuarios. Constituyen un ajuste, no un mayor costo. La pauta de reeducación se mide por los parámetros de las "ecuaciones" de los contratos públicos, que ponderan la visión política, económica, financiera, fiscal, ambiental, ética, y social de cada contrato en singular, en un momento y tiempo de su itinerario existencial.

AMADO: En principio, los contratos de concesión solo deberían estar sujetos a renegociación según sus propios términos, como ocurre por ejemplo con las cláusulas de equivalencia económica que suelen incorporarse en los contratos BOT y BOOT. Otro caso que puede preverse desde el principio es la posibilidad de renegociar en el caso en que fuera necesario obtener un financiamiento internacional. En los casos no previstos, la negociación no debería ser posible, al menos en los contratos sujetos al derecho privado, por aplicación del artículo 62 de la Constitución.

BULLARD: En mi opinión, solo en los casos que el contrato lo prevé o cuando las partes (Estado y Concesionario) lo aceptan. No quiero que se me malinterprete. Muchas veces esos contratos fueron mal negociados, principalmente porque para obtener mejores precios en las privatizaciones se entregaron monopolios. Pero lo hecho, hecho está y el Estado debe respetar su palabra empeñada.

Más importante que las reglas (que son importantes) es saber que las reglas se respetan. Ese es el punto básico de este juego. Si cambiamos eso, todo el esquema colapsa. Por eso se debe respetar estrictamente la letra del contrato.

QUINONES: La renegociación de los contratos de concesión empezó a admitirse a partir de la Primera Guerra Mundial, cuando por sus efectos los concesionarios solicitaron al concedente una modificación del régimen económico. Surge allí la teoría de la imprevisión que justifica la modificación del contrato por razones de fuerza mayor, con el objeto de restablecer el equilibrio económico. De la concepción decimonónica de concesión, ligada al "riesgo y ventura" del concesionario, se pasa a un modelo flexible, que lo que busca es garantizar el equilibrio económico de las partes.

Más allá de la anécdota, la renegociación de los contratos de concesión —a petición sea del concesionario o del Estado— ha sido la regla y no la excepción en todos los países. Y ello porque estos contratos tienen una vigencia que usualmente excede los veinte años y los cambios económicos, sociales y tecnológicos exigen su adecuación a las nuevas circunstancias. En el Perú, por ejemplo, la gran mayoría de los contratos de concesión, si no todos, han sido renegociados a petición de los concesionarios y no del Estado.

En todo caso, hay que tener presente que siempre las partes tienen el derecho a renegociar los términos pactados y acordar las modificaciones que estimen pertinentes. Pero, además, en el caso de los contratos de concesión, la doctrina considera que las partes están obligadas a renegociar cuando se produzca un desequilibrio económico por alteraciones en el riesgo inicialmente previsto. Y digo que están obligadas porque, de no llegarse a un acuerdo, tanto el concesionario como el concedente tienen el derecho de acudir a la jurisdicción pactada para que se restablezca el equilibrio económico.

DANÓS: El marco legal vigente que regula los contratos de concesión permite la renegociación sujeto a determinadas condiciones: (i) que las partes estén de acuerdo; (ii) que no se desnaturalice el contrato, sustituyéndolo por otro prácticamente distinto; (iii) que no se alteren, en lo posible, las condiciones económicas y técnicas contractualmente convenidas; (iv) que no se afecte, para ambas partes, el equilibrio económico financiero establecido en el contrato original. De otro lado, desde el punto de vista constitucional, los límites para la renegociación de los contratos de concesión están dados por el respeto del derecho a la igualdad entre los postores; que sería afectado si el contrato se renegocia otorgando injustificadamente condiciones más favorables que las conocidas durante el proceso de licitación o concurso; el respeto a la libre competencia; y la garantía de la transparencia que debe guiar la actuación de la Administración Pública.

En toda renegociación que realice el Estado de los contratos de concesión, de común acuerdo con la contraparte, está obligado a evaluar y tener certeza acerca del grado de conveniencia para los intereses públicos de acordar con el concesionario la modificación de las condiciones pactadas originalmente.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha proclamado que el artículo 62 de la Constitución consagra la estabilidad de todos los contratos suscritos por el Estado y no solo los contratos-ley; por tanto, no cabe la hipótesis que el Estado pueda imponer coercitivamente la renegociación de los contratos de concesión.

El citado alto tribunal ha proclamado a la seguridad jurídica como principio constitucional, que, aunque no está consagrado de forma expresa en la Constitución, forma parte consustancial del Estado de Derecho y constituye una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico.

4. La Constitución Política del Perú establece en su artículo 62¹ que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Ahora bien, ¿una disposición de esa naturaleza podría ser aplicable a los contratos regulados por el derecho público o a aquellos contratos celebrados entre los concesionarios de servicios públicos entre sí y los que vinculan a estos con sus usuarios?

DROMI: La cláusula constitucional de la inmodificabilidad absoluta de los contratos constituye un dogma utópico. En primer lugar, porque no se compadece con la parte general que tutela la propiedad, la igualdad, la equidad y el propio poder tributario. Los contratos pueden ser "alterados" por razones de orden público y renegotiados por las mismas razones.

La imprevisión y la exclusión social no son cláusulas renunciables de las partes, por lo que siempre puede imponerse una modificación por ley que debe ser reparada por el sistema de "ecuaciones". No permitir modificar es un equivalente de prohibir expropiar.

AMADO: Todo contrato puede en principio someterse al derecho privado y, en consecuencia, encontrar la protección del artículo 62 constitucional. Los casos en que el Estado puede intervenir en un contrato por su naturaleza pública deben ser la excepción, dejando a salvo el derecho de los consumidoras a reclamar cualquier incumplimiento ante un ente regulador.

El tema más complejo aquí son las llamadas facultades exorbitantes del Estado concedente. Nuevamente, la doctrina viene aceptando cada vez más que su aplicación esté restringida a aquellos casos expresamente previstos en los propios contratos, es decir,

"cláusulas" exorbitantes y no "facultades" exorbitantes. En el Perú, se ha avanzado mucho a nivel de protección de la seguridad jurídica mediante contrato. Por un lado está el sometimiento expreso al Derecho Civil, que ha sido la regla en la privatización de ciertos sectores. Por otro lado, están los contratos-ley que implican el otorgamiento de una garantía estatal de que cualquier incumplimiento de un contrato con el Estado puede convertirse, en el peor de los casos, en un reclamo monetario a favor del concesionario.

BULLARD: Sin ningún lugar a dudas, El artículo 62 es medular en el régimen económico. Me atrevería a decir que junto con el artículo 70, que consagra el derecho de propiedad, es el más importante. La seguridad de la palabra empeñada es clave para reducir los costos de transacción y generar la dinámica del mercado que genera bienestar. Y, si es importante en las relaciones entre los particulares, es aún más importante en la relación entre el Estado y los inversionistas. El riesgo que el Estado desconozca o modifique un contrato usando simultáneamente sus dos caras (contratante y titular del *ius imperium*) es inmenso y lo demuestran las experiencias históricas. La Constitución claramente le salió al frente a ello y nos protege del único contratante con capacidad de dar normas y leyes que le permiten desconocer su palabra. Afortunadamente, ello no es posible en nuestro modelo constitucional.

QUINONES: Creo que lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución es aplicable a todos los contratos, se rijan por el derecho público o privado, ya que no cabe distinguir donde la ley no lo hace. Por esta razón, en el Perú el concedente no tiene un *ius vanandi* implícito, sino que éste únicamente existe cuando la ley o el contrato así lo establezcan.

¹ Artículo 62 de la Constitución Política del Perú: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar libremente según sus propias volidades 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 las mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Además, contrato-ley, el Estado puede establecer garantías y otras seguridades, no pueden ser modificadas legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente".

Ese es el caso, por ejemplo, de las concesiones sectoriales, en donde usualmente existe una cláusula que estipula la adecuación automática del contrato a las normas legales que se emitan con posterioridad a su suscripción. Lo mismo sucede con los contratos entre usuarios y gestores, y los de interconexión entre los operadores, que se encuentran sujetos a normas legales y cláusulas generales que obligan a su adecuación automática.

Un aspecto adicional a considerar es que el Tribunal Constitucional ha enfatizado que debe hacerse una lectura sistemática de la Constitución, por lo que el artículo 62 debe concordarse con lo dispuesto en artículos tales como el 61 –defensa de la libre competencia–, 65 –defensa de los intereses de los consumidores y usuarios–, 66 al 68 –protección del medio ambiente, recursos naturales y diversidad biológica– y 119 –dirección y gestión de los servicios públicos–.

DANÓS: Los regímenes legales que regulan los contratos estatales en el Perú no realizan distinciones entre contratos administrativos o los contratos de derecho privado que suscriba el Estado.

A diferencia de otros países en nuestro medio, no exista una norma que atribuya, con carácter general, potestades exorbitantes al Estado en la contratación administrativa. Las únicas potestades para modificar unilateralmente los contratos pactados por el Estado alegando razones de interés público son las previstas en los propios contratos o, algunas veces, en forma muy restringida, en las leyes que sirvieron de marco legal de base para celebrar el respectivo contrato.

Como se ha comentado en la anterior respuesta, el Tribunal Constitucional peruano ha sido muy claro al establecer que la garantía de la estabilidad contractual prevista en el artículo 62 de la Constitución no está limitada únicamente a los contratos-ley, sino que se extiende a todos los contratos de los que forme parte el Estado. Obviamente, con mayor razón, la misma garantía es aplicable a los contratos

que suscriban los particulares, los cuales no pueden ser modificados por intervención del Estado.

5. Las llamadas Asociaciones Público-Privadas (más conocidas como PPP, por sus siglas en inglés) representan un concepto que engloba una diversidad de esquemas de inversión donde participan los sectores público y privado, desde las concesiones que se otorgan a particulares hasta los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo. Teniendo en cuenta que la mayoría de los países latinoamericanos enfrentan brechas en inversión de infraestructura calculables en miles de millones de dólares, ¿cuáles serían, a grandes rasgos, las principales ventajas y desventajas de esta nueva alternativa de financiamiento de proyectos en nuestra región?

DROMI: Las PPP son una forma de parceria por la que concurren capitales públicos y privados en un modelo de economía mixta para desarrollar proyectos de inversión.

No existen parámetros cuantitativos para admitirlos. Son una idea conveniente y pragmática que genera confianza por el compromiso público que reflejan y por la rehabilitación de los procesos de crecimiento cuando las inversiones a riesgo mayor disminuyen sensiblemente. En tanto herramientas de concertación económica mixta posible y conveniente, después de agotada la instancia de las privatizaciones “per se” del modelo liberal, son una nueva fuente de recursos destinada a la inversión en infraestructura estratégica que propenda al desarrollo económico de los países de la región.

AMADO: La principal ventaja de una estructura de PPP consiste en que permite financiar proyectos de infraestructura que por sí mismos no serían rentables para el sector privado, pero con las ventajas de una gerencia privada que es por definición más eficiente. La participación del sector privado aporta una mayor eficiencia gerencial, acceso a mejores fuentes de financiamiento y experiencia técnica

y tecnológica especializada en la construcción y operación de proyectos.

Pero no es menos importante el incremento exponencial de la capacidad de cubrir la brecha de infraestructura antes referida, que se ha calculado en 24 mil millones de dólares. Si el Estado participa de un proyecto y le otorga las mayores seguridades, pero no depende de la caja fiscal o de su capacidad de endeudamiento, las posibilidades de invertir en infraestructura serán obviamente mucho mayores, dependiendo del esquema que se utilice.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que una estructura de PPP involucra determinados costos importantes. Por un lado, deben priorizarse aquellos proyectos que tengan una mayor rentabilidad social distribuyendo todavía los recursos financieros escasos en los mejores proyectos, pasando no solo la prueba de un adecuado estudio de factibilidad, sino también comparando los proyectos no solo por su retorno a la inversión en términos monetarios, sino que debe mirarse el impacto social como un todo. La experiencia internacional comprueba que no cualquier proyecto es compatible con esta estructura de financiamiento y gerencia. Hay países en los que se priorizó la infraestructura como tal, mientras que en otro se priorizó la necesidad de cumplir un servicio público o social. Así, caso por caso, puede pensarse en esquemas PPP desde una carretera hasta un hospital.

Lo que debe entenderse es que el solo uso de este esquema no es una panacea. Hay que evaluar cada proyecto y –además de priorizarlo adecuadamente–, debe compatibilizarse con las políticas públicas en materia de la competitividad del país.

BULLARD: En el fondo las PPP son un eufemismo para superar los problemas políticos de privatizar. Son mecanismos en los que el Estado “suelta” la actividad, pero no la suelta completamente y mantiene algún nivel de titularidad. Con ello se dice que propiamente “no se ha privatizado” cuando en realidad se ha efectuado una privatización “temporal” o

limitada. Ello por el temor de decir abiertamente que se está transfiriendo la propiedad de los activos. El problema es que los incentivos no son los adecuados. Cuando se acerca el fin del plazo de la concesión, por ejemplo, los incentivos para invertir caen drásticamente y la gestión se deteriora. Además, significan una suerte de doble candado ante la desconfianza del regulador. Se teme que el regulador no pueda controlar la actividad económica y se crea una doble sanción, usualmente la pérdida de la concesión, por que no se confía en otros mecanismos para controlar a la empresa privada.

QUINONES: El problema del término “asociación público-privada” es que es demasiado amplio y comprende la realización de inversiones de toda naturaleza.

Sin perjuicio de ello, la gran ventaja de las PPP, correctamente utilizadas, es que son una alternativa a la ejecución y explotación directa por el Estado de infraestructura y servicios no rentables. De esta manera, el Estado cumple con su rol subsidiario de una forma más eficiente, permitiendo que empresas privadas participen en el financiamiento, construcción y operación de infraestructuras no rentables. En este caso, la subsidiariedad del Estado se materializa a través del subsidio, crédito o garantía que otorga al operador. Los contratos de concesión suscritos por el Estado peruano para la construcción de la red de transporte y distribución de gas natural, así como la carretera interoceánica, pertenecen a esta categoría de asociaciones público-privadas.

DANÓS: Las PPP hacen referencia a diversas modalidades de cooperación entre el Estado y los agentes privados con el objeto de obtener la financiación, construcción, gestión o mantenimiento de un proyecto público, ya se trate de una infraestructura o un servicio público. Operan bajo el ropaje de figuras análogas a la concesión de obras o servicios públicos, pero comprende, también, otras formulas contractuales, como la asociación en participación, los contratos de gerencia, el contrato de riesgo compartido, etc.

La experiencia comparada demuestra que constituyen mecanismos que, por la duración relativamente larga de la relación, descansan en gran parte en la solidez de los contratos que ligan a las partes, en la presencia de empresas solventes, una economía estable y un Estado solvente.

El reparto preciso de los riesgos entre el socio público y el socio privado debe realizarse caso por caso, en función de las respectivas capacidades de las partes involucradas para evaluarlos, controlarlos y gestionarlos.

6. Durante los últimos años han surgido corrientes de opinión que sugieren a los Estados latinoamericanos desconocer los laudos arbitrales del CIADI¹, instancia a la cual recurrieron inversionistas extranjeros en el marco de Tratados Bilaterales de Protección de la Inversión (o BITs por sus siglas en inglés). Dichos Tratados –se afirma– consagrarían una desigualdad radical entre inversionistas nacionales y extranjeros, ya que estos gozarían de una serie de privilegios tales como abstenerse “legalmente” de cumplir con la legislación nacional vigente o de dirimir sus controversias con el Estado anfitrión en el exterior, liberándose de las restricciones jurisdiccionales o legales que rigen para sus competidores locales. ¿Estas afirmaciones tienen algún sustento?

DROMI: A mi criterio, el CIADI puede constituirse en juez arbitral siempre que las partes hayan agotado la instancia administrativa contractual, legal o renegocial a la que están obligados si se trata de concesionarios públicos. Si no quedan pendientes instancias administrativas obligatorias por ley local consentida por el propio inversor, el tribunal puede ser excepcionado por falta de jurisdicción por no haber agotado la instancia previa que habilita la acción reparatoria.

AMADO: En Latinoamérica siempre han existido corrientes de opinión que –bajo un discurso nacionalista– esconden la intención de no

reconocer los compromisos asumidos por el Estado a nivel internacional. La experiencia histórica nos ha demostrado, en repetidas oportunidades, que esa posición es insostenible en el largo plazo, más aún en un contexto de globalización como el actual. Además, la inseguridad jurídica que el desconocimiento de los laudos del CIADI generaría en Latinoamérica contribuiría a ahuyentar a los potenciales inversionistas quienes, con seguridad, dirigirán su mirada (y sus inversiones) a otros mercados en desarrollo.

El tema de la protección internacional del capital extranjero tiene toda la razonabilidad del mundo, si se considera que es capital que de otra manera no se radicaría en un país como el nuestro. Cualquier derecho que se otorgue al extranjero nos hace más competitivos, siempre que se enmarque dentro de una política de inversión que vea en el capital multinacional una manera de cubrir necesidades reales de inversión, por ejemplo en infraestructura.

BULLARD: Es exactamente al revés. Estos mecanismos son una respuesta al problema de los abusos del Estado al expropiar derechos de los inversionistas o desconocer los contratos. La falta de “accountability” interno nos fuerza a recurrir a una institucionalidad “prestada” más efectiva y confiable, la del arbitraje, para cubrir las deficiencias de un Poder Judicial y un sistema legal que no protege derechos individuales. Si nuestros jueces protegieran los derechos de manera efectiva, el CIADI sería innecesario. En el fondo, la discusión no se diferencia mucho de desconocer los fallos de Tribunales del Derechos Humanos. Somos “free riders” de sistemas más confiables que los que podemos ofrecer. Igualito a cuando Fujimori denunció la Convención de San José. Los llaman afectaciones de soberanía y evasión de la normatividad interna, pero en el fondo son respuestas a nuestra propia inmadurez como país de crear un marco confiable. Lo curioso es que es la competencia por inversión la que ha permitido abrir esta alternativa que hoy hace que los gobiernos sean “accountable” ante alguien. Antes no eran “accountable” ante nadie.

¹ Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

QUIÑONES: Creo que esas afirmaciones no tienen ningún sustento ético ni jurídico. Usualmente, los enarbolan representantes de gobiernos populistas que pretenden evitar que por el incumplimiento de sus obligaciones se vean obligados a indemnizar a sus contrapartes afectadas. No es casualidad que justamente este tipo de gobiernos se cuide de tener un control sobre su Poder Judicial para garantizar que obedezca a sus directivas políticas.

DANÓS: El establecimiento de mecanismos como el CIADI pone en evidencia la necesidad de países como el nuestro de garantizar la estabilidad y seguridad de las inversiones realizadas en el Perú.

Se trata de un mecanismo adicional a los establecidos en el derecho interno, que, lamentablemente, por regla general, no han funcionado, generando desconfianza entre los agentes privados.

No hay forma alguna como un Estado pueda desconocer los laudos arbitrales del CIADI; apartarse de esa instancia significaría colocarse al margen del ordenamiento internacional en una situación de paria que espantaría a cualquier potencial inversionista.

La respuesta para que no se produzca la sensación de desigualdad con los inversionistas locales que no tienen acceso a mecanismos internacionales como el CIADI es que se implementen las reformas institucionales indispensables en el Poder Judicial para que los mecanismos internos de solución de controversias operen con las mismas garantías que los internacionales.

7. Actualmente algunos gobiernos latinoamericanos han retomado la peligrosa tendencia de crear nuevas empresas públicas sin que medie interés público alguno, expropiando márgenes de acción que, de acuerdo a la Constitución, le corresponden al sector privado. ¿Que medidas deberían tomarse para evitar se produzcan distorsiones a la competencia y se desplace la iniciativa privada del mercado?

DROMI: La recreación de empresas públicas no es ilegítima ni perjudicial per se. Es una instancia del poder público que el Estado puede necesitar en un determinado momento para intervenir más activamente en la regulación y control de algún sector estratégico de la economía, como puede ser hoy el tema de los hidrocarburos. Es el caso, en la Argentina, de la creación de ENARSA ("Energía Argentina S.A.", ley 25.943 de 2004 y su Decreto reglamentario 1692/04), empresa que tiene por objeto llevar a cabo el estudio, exploración y explotación de los Yacimientos de Hidrocarburos sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales que no se encontraban sujetas a permisos o concesiones a la fecha de entrada en vigencia de la ley.

La razón de Estado tiene siempre sus tiempos y razones.

AMADO: Felizmente, nuestra Constitución es clara al referirse al rol subsidiario que tiene el Estado en la actividad empresarial. Sin embargo, es importante que esta norma constitucional se haga efectiva a través de normas que obliguen al Estado a desinvertir en las actividades en las que todavía tienen una presencia determinante, como es el caso del agua potable y saneamiento, los puertos y aun en el caso en que compiten con la inversión privada como en el sector eléctrico y el de refinación de hidrocarburos. Por definición, las iniciativas empresariales deben quedar en manos de los empresarios privados. Solo cuando el capital privado no puede ser atraído a invertir en un sector indispensable puede el Estado plantearse la necesidad de participar como empresario.

Sin embargo, entre uno y otro caso hay una gran cantidad de acciones que el Estado puede tomar para hacer posible que el capital privado y la gestión privada beneficien a la economía como un todo. Hemos mencionado las PPP, por ejemplo, como también otros puntos intermedios que incluyen a los contratos de gerencia y operación, los contratos de concesión o sujetos a regulación, entre otros.

BULLARD: Lo único es hacer el rol subsidiario establecido en el artículo 60 de la Constitución. La actividad de empresas públicas no es solo antieconómica. Es una vulneración de los derechos de propiedad y de libre empresa. Se permite que decisiones públicas afecten mi propiedad por medios distintos a la leal y legítima competencia en el mercado. Para hacerlo usan nuestros propios impuestos. El robo es doble: por un lado, sube la carga tributaria para cubrir las pérdidas de estas empresas y por el otro, estos recursos se usan para tomar mercados y competir con las propias empresas que pagaron sus impuestos sin estar sujetos a las presiones competitivas a las que se sujeta la empresa privada. El resultado es que siguen tomando recursos de la actividad privada. Durante el Gobierno de Paniagua se dieron varias normas para controlar eso, pero últimamente se han relajado en su aplicación.

QUINONES: Desde la Edad Media, la primera medida para limitar el poder del Rey (sustituido hoy en día por el Poder Ejecutivo) ha sido la de aprobar una Constitución que delimite sus atribuciones, lo que puede y no puede hacer, así como que garantice los derechos de los ciudadanos.

Ahora bien, en materia económica, existen Constituciones que responden a modelos más rígidos (como la de 1993, que únicamente faculta al Estado a realizar actividad empresarial de manera subsidiaria) y Constituciones que se adscriben a un modelo más flexible (la Constitución de 1979, por ejemplo). Estas últimas se limitan a consagrar ciertos principios económicos fundamentales (como el derecho de propiedad), pero otorgan al Poder Ejecutivo un mayor margen de acción

en función de su signo político; lo cual le permitiría realizar actividad empresarial de considerarlo conveniente al interés público. Ambos modelos son jurídicamente válidos y es el Poder Constituyente el llamado a decidir qué tan flexible debe ser su constitución económica.

Personalmente, me alegro que nuestra Constitución Económica responda a un modelo más bien rígido, que nos blinde de repetir la historia de empresas públicas signadas por la ineficiencia y corrupción, que ha sido tradición en nuestro país.

DANÓS: En nuestro ordenamiento legal existen dispositivos que establecen mecanismos para prevenir la creación de empresas estatales que vulneren el principio constitucional de subsidiariedad del Estado en la economía.

La única garantía jurídica posible para evitar se creen nuevas empresas estatales que no respondan realmente a las razones de interés público y respeten las garantías formales a que se refiere la Constitución es que los afectados recurran a los procesos constitucionales en tutela de los derechos a la libre iniciativa privada, de libre empresa y libre competencia, entre otros.

En nuestro ordenamiento constitucional solo se justifica la actuación directa del Estado en la economía en caso de inacción o insuficiencia de la iniciativa privada para satisfacer una necesidad real de la sociedad. Sin embargo, el Estado, en lugar de crear empresas utilizando los siempre escasos recursos públicos, puede desarrollar otras medidas alternativas, como es el caso de las políticas de fomento mediante el establecimiento de estímulos o beneficios para atraer la inversión privada.