



Jorge Danós Ordóñez^(*)

Los convenios de **estabilidad jurídica** o también denominados **contratos leyes** en el Perú

Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru

“LOS REFERIDOS CONTRATOS SON INSTITUTOS QUE SE FUNDAN EN LA NECESIDAD DEL ESTADO DE PROMOVER LA INVERSIÓN DE CAPITAL PRIVADO EN LOS DISTINTOS SECTORES DE LA ECONOMÍA DEL PAÍS, MEDIANTE LOS CUALES EL ESTADO OTORGA A LOS CO-CONTRATANTES DETERMINADAS SEGURIDADES JURÍDICAS QUE IMPLICAN RECONOCERLES UN ESTATUTO JURÍDICO PARTICULAR”.

Resumen: El presente artículo trae a discusión cual es el propósito que nuestras normas y tribunales le han dado, por los últimos 20 años, a los contratos-ley suscritos entre el Estado con los particulares. Se intenta introducir al lector, con la presentación de los principales aspectos de este régimen contractual, en la historia y la evolución de los convenios de estabilidad jurídica que ha desarrollado en nuestro sistema. A partir del desarrollo constitucional de esta figura contractual se intenta consolidar sus bases y proponer su uso para incentivar a los inversionistas a seguir invirtiendo en nuestro Estado. Se muestran las clases de regímenes en las que se maneja los contratos-ley, se desarrolla la naturaleza de los convenios de estabilidad y se propone un régimen de solución de conflictos para continuar con el incremento de la inversión de los particulares en el Perú consolidando el uso de los contratos-ley.

Palabras clave: Contratos-ley - Convenios de estabilidad jurídica - Fórmulas contractuales - Régimen general - Desmonopolización progresiva - Inversión privada.

Abstract: This article brings to discussion the purpose that our rules and courts have given to the contract law agreements signed between the State and individuals for the past 20 years. The aim is to introduce the reader to the history and evolution of legal stability agreements in our system, discussing the main aspects of the contractual regime. From the constitutional development of this contractual figure, the aim is to consolidate their bases and suggest its use to encourage investors to continue investing in our State. Different kind of regimes

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho, con mención en Derecho Constitucional, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú en el curso de Derecho Administrativo. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo. Miembro del Instituto Chileno de Derecho Administrativo, del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación - ASIER, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo - AIDA y de la Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Público y Administrativo.

Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú *Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru*

in which contract law agreements are dealt with are discussed, developing the nature of stability agreements and proposing a system of conflict resolution to continue with the growth of private investment in Peru, thus consolidating the use of contract law agreements.

Keywords: Contract law agreements - Legal stability agreements - Contractual formulas - General regime - Progressive de-monopolization - Private investment.

En el ordenamiento jurídico administrativo peruano los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos-ley han adquirido, sobre todo en los últimos 20 años, especial relevancia en el conjunto de los contratos que suscribe el Estado con los particulares.

Creados para promover, fomentar la inversión privada (nacional o extranjera) mediante el otorgamiento por vía contractual de seguridades jurídicas de que el régimen legal aplicable a los inversionistas y a la empresa receptora de la inversión no le será alterado a los beneficiarios por el tiempo que dure el respectivo convenio, aunque el respectivo marco legal pueda experimentar modificaciones dispuestas por el legislador, constituyen uno de los principales instrumentos que ofrece nuestro ordenamiento para atraer inversiones debido a que contractualiza garantías propias de cualquier régimen jurídico que se precie de su estabilidad, otorgando al inversionista la posibilidad de que en caso de producirse controversias pueda acudir a la vía arbitral (nacional y en muchos casos internacional) para solicitar la restitución del régimen legal estabilizado.

El propósito de este trabajo es presentar una visión panorámica de los principales aspectos del régimen de esta importante modalidad contractual estatal en el Perú.

1. Historia y evolución

Si bien la figura de los convenios de estabilidad jurídica nace en el Perú desde la mitad del pasado siglo XX contemplada en diversas leyes de promoción de actividades económicas sectoriales (industria, minería) que permitían a los inversionistas

“EL CONTRATO-LEY O TAMBIÉN DENOMINADO CONVENIO DE ESTABILIDAD JURÍDICA, TIENE POR EFECTO LA ULTRA ACTIVIDAD DEL MARCO LEGAL VIGENTE A LA FECHA DE SUSCRIPCIÓN DEL CONVENIO, SU CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL IMPIDE QUE EL ESTADO PUEDA MODIFICAR UNILATERALMENTE SUS TÉRMINOS, INCLUYENDO LA VÍA LEGISLATIVA”.

que cumplieran los requisitos establecidos en las respectivas normas legales de la materia de solicitar la suscripción de contratos con el Estado con la finalidad de asegurar por un determinado número de años la aplicación de incentivos de carácter principalmente tributario y otros⁽¹⁾, es necesario destacar que los principales hitos de su construcción jurídica y la extensión a ámbitos más amplios se producen en las dos últimas décadas del siglo pasado, principalmente a partir de la década de 1990 en la que adquieren consagración y por ende respaldo explícito en la vigente Constitución Peruana (1993), enmarcado en un contexto político-económico de un país que requería urgentemente atraer inversiones principalmente, aunque no solo, extranjeras para superar la profunda crisis económica que se vivía en esos momentos.

Son dos las regulaciones producidas durante la década de los ochentas que nos interesa resaltar a los efectos de este trabajo, en ambos

(1) Sobre el tema véase ZEGARRA VALDIVIA, Diego *El contrato-ley*. Lima: Gaceta Jurídica, 1997; p. 111 y de PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-Ley en la legislación peruana*. Universidad de Lima, 1999.



Jorge Danós Ordóñez

casos nos referiremos a normas que, a diferencia de las leyes que regulaban el régimen de los convenios de estabilidad jurídica para las empresas que operaban circunscritas a determinadas actividades económicas, industriales y extractivas, se aprobaron con la vocación de asignarles un marco conceptual general a dicho tipo de contratos estatales.

Nos referimos en primer lugar a la denominada *Ley General de Incentivos, Beneficios y Exoneraciones Tributarias* que fuera aprobada mediante Decreto Legislativo 259 en el año 1982 (derogada en 1990) cuyo artículo 8 transcribimos a continuación:

“Artículo 8.- Los beneficios de estabilidad jurídica o económica consistentes en garantizar la aplicación del régimen impositivo vigente o una retribución económica por un plazo determinado únicamente deben ser concedidos mediante Ley expresa requiriéndose contrato con la empresa beneficiaria.

Por Decreto Supremo, refrendado por los Ministros de Economía, Finanzas y Comercio y del Sector correspondiente, se señalarán los requisitos y condiciones a que se sujetará el contrato referido en el párrafo anterior, para cada actividad o sector económico dando cuenta inmediata al Congreso de la República”.

Aunque el dispositivo transcrito se refería únicamente a los casos en que los convenios de estabilidad otorgasen seguridades sobre materias tributarias, ya se perfilaban tres ideas básicas en la caracterización del régimen jurídico de dicho tipo de contratos: solo cabía la posibilidad de suscribir dichos acuerdos entre el Estado y los inversionistas cuando una norma con rango de ley y de carácter expreso lo contemplase; la formalización del otorgamiento de las garantías de aplicación de un marco legal estabilizado por un plazo determinado requería la suscripción de un contrato de las empresas con el Estado y; los requisitos y condiciones de los contratos así como la extensión de las materias que se podían estabilizar no serían objeto de libre negociación entre las partes, porque son predeterminadas en las respectivas normas legales que autorizan al Estado la celebración de dichos convenios.

La segunda norma que queremos destacar de este período, está contenida en el Código Civil peruano aprobado en el año

1984, vigente en la actualidad, cuyo artículo 1357 transcribimos a continuación:

“Artículo 1357.- Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

Este dispositivo del Código Civil peruano contribuyó decisivamente a otorgarles a los convenios de estabilidad jurídica una dimensión más amplia que la que hasta entonces se encontraba circunscrita a los ámbitos económicos sectoriales que hemos hecho referencia (industria, minería, hidrocarburos, etcétera.), porque a pesar de tener un carácter meramente enunciativo, la circunstancia de su ubicación en la parte que regula las disposiciones generales de los contratos del citado cuerpo legal, reafirmó el carácter contractual de la técnica utilizada por el ordenamiento jurídico nacional para que el Estado formalice el otorgamiento de “garantías y seguridades” a los agentes económicos de que el régimen legal aplicable al momento de suscribir el respectivo contrato no le será alterado durante el plazo de su vigencia, aunque el marco legal general pueda sufrir posteriormente modificaciones.

Visto desde otra perspectiva, el hecho de que el dispositivo glosado fuera desarrollado en el Código Civil peruano trajo consigo desde entonces que no pocas voces en nuestro medio defiendan la tesis (equivocada) de la naturaleza privada, no pública, de los convenios de estabilidad jurídica, postura que incluso fuera posteriormente reforzada por una equívoca norma reglamentaria, tema que será materia de análisis más adelante en este trabajo.

Durante la última década del siglo pasado se vivieron dos procesos de gran impacto en el régimen de los convenios de estabilidad jurídica

Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú *Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru*

o contratos-ley en el Perú, de un lado en el ámbito estrictamente jurídico se aprobaron nuevos dispositivos que extendieron notablemente el alcance de los citados contratos aunque lo más resaltante es que adquirieron reconocimiento directo de la Constitución Política Peruana de 1993 (vigente) reforzando su carácter garantista y de otro en el ámbito económico se experimentó un notable auge en las demandas de suscripción de dichos tipo de contratos estatales por parte de los agentes económicos privados como mecanismo para asegurar la estabilidad del régimen jurídico aplicable a sus inversiones.

Podemos agrupar en tres hitos las reformas legales y constitucionales en el régimen de los contratos-leyes que se produjeron en la referida década, las que contribuyeron a otorgarle el perfil que se mantiene vigente en el ordenamiento jurídico peruano hasta el día de hoy. Utilizando un criterio cronológico señalaríamos en primer lugar que hacia el año 1991 se aprobaron dispositivos legales (los Decretos Legislativos 662 y 757) que establecieron la posibilidad de suscribir los citados contratos sin tener en cuenta un ámbito económico específico, como había sido hasta entonces la tónica tradicional, exigiendo como requisito principal la ejecución de altos niveles de inversión, en las cuantías previstas en las citadas normas legales, cualquiera fuera el sector y la actividad económica escogida para invertir. Pero el hito más importante lo constituye, como ya se adelantó y retomaremos el tema más adelante, la consagración directa en la Constitución Política Peruana de 1993 de un precepto (artículo 62), ubicado en el Capítulo dedicado a perfilar el régimen económico, que eleva al más alto rango jurídico nacional dicha modalidad contractual con el Estado, otorgándole el blindaje más potente que podría asignarle el ordenamiento jurídico a un mecanismo diseñado para formar parte de una política orientada al fomento de las inversiones privadas en la economía nacional.

Con posterioridad se aprobaron leyes que tuvieron por finalidad extender la posibilidad para los inversionistas y sus empresas de acceder a la suscripción de convenios de estabilidad jurídica en nuevos ámbitos sectoriales (actividades económicas), así como de introducir ajustes y precisiones en la operatividad de tales figuras contractuales.

De esa manera, data de las dos últimas décadas del siglo pasado el desarrollo de los principales rasgos que configuran en el ordenamiento legal peruano a los convenios de estabilidad

jurídica o contratos-leyes, como medidas de fomento del Estado para la promoción de la inversión privada orientada a fines de interés general o a satisfacer necesidades públicas, a la que se le otorga contractualmente la seguridad de que determinado régimen jurídico permanecerá inalterable durante un período de tiempo, de modo que las futuras modificaciones de la legislación con posterioridad a la suscripción del respectivo convenio no les serán aplicables.

2. Base constitucional

Como ha sido reseñado anteriormente, en el ordenamiento jurídico peruano los convenios de estabilidad jurídica se encuentran expresamente consagrados por el artículo 62 de la Constitución Política del Estado, cuyo texto transcribimos a continuación:

“Artículo 62.- (...) Mediante los Contratos-Ley, el Estado puede establecer garantías y seguridades: No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

Los referidos contratos son institutos que se fundan en la necesidad del Estado de promover la inversión de capital privado en los distintos sectores de la economía del país, mediante los cuales el Estado otorga a los co-contratantes determinadas seguridades jurídicas que implican reconocerles un estatuto jurídico particular, convirtiendo en inalterables las reglas jurídicas vigentes al momento de suscripción del contrato, de tal suerte que aún fueren modificadas o derogadas dichas reglas durante las vigencia del contrato por actos del Estado en general (especialmente los legislativos), no le serán aplicables.

En otras palabras, el contrato-ley o también denominado convenio de estabilidad jurídica, tiene por efecto la ultra actividad del marco



Jorge Danós Ordóñez

legal vigente a la fecha de suscripción del convenio, su consagración constitucional impide que el Estado pueda modificar unilateralmente sus términos, incluyendo la vía legislativa.

El Tribunal Constitucional Peruano en la sentencia que dictó con motivo del proceso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de Congresistas cuestionando la constitucionalidad del carácter de contrato-ley que tiene el contrato de concesión de Telefónica del Perú S.A. para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza y alcances de los contratos-leyes señalando que⁽²⁾.

“Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el 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. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas (...)”.

En opinión del intérprete supremo de la Constitución en el Perú: “Mediante el contrato-ley, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contractantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías”.

La consagración de los contratos-ley en la Constitución Política peruana refuerza el blindaje jurídico de tales convenios al más alto nivel normativo. Pero conviene aclarar que no se les confiere la calidad de normas jurídicas o fuentes de derecho, porque se trata de contratos con prestaciones recíprocas en los que los agentes económicos se obligan a cumplir las obligaciones de inversión y de ampliación de su capacidad productiva que les exige el marco legal para acceder a dicho

beneficio y el Estado se obliga a respetar y en consecuencia aplicar por el plazo de duración del convenio, sin alteraciones, el marco jurídico vigente a la fecha de celebración del contrato, conforme a lo previsto en la respectiva ley que establece el régimen de suscripción de tales convenios⁽³⁾.

No se afecta la potestad legislativa del Estado. El marco legal siempre podrá ser modificado por los poderes del Estado dotados de capacidad legislativa, pero la existencia de un contrato-ley impide que las modificaciones legales posteriores a la formalización del respectivo convenio puedan ser de aplicación a los inversionistas y sus empresas que pactaron con el Estado estabilizar un determinado régimen legal. Conforme hemos comentado anteriormente, los convenios de estabilidad jurídica garantizan para quienes han suscrito contratos-ley, la ultra actividad del régimen legal que ha sido estabilizado de manera expresa en dichos contratos.

El blindaje conferido a los contratos-ley en el ordenamiento constitucional peruano permite a los inversionistas en los casos que consideren vulneradas las garantías de estabilidad jurídicas convenidas con el Estado que no solo puedan reclamar en la vía jurisdiccional o arbitral correspondiente el pago de indemnizaciones por los perjuicios que le pudieron causar, sino que también puedan formular como pretensión principal el restablecimiento de la aplicación del régimen legal estabilizado por el plazo de duración del respectivo convenio.

-
- (2) Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente No. 005-2003-AI/TC de 3 de octubre del 2003 interpuesta por un grupo de Congresistas de la República. Disponible en página web: <http://www.tc.gob.pe/cgi-bin/searchtout.cgi>
- (3) Véase KRESALJA, Baldo y Antonio OCHOA. *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009; pp. 287-291. NORIEGA, Jorge Santisteban. *Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú*. En: Homenaje a Jorge Avendaño. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004; p. 591 y AMADO, José Daniel y MIRANDA, Luis. *La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato - ley*. En: Themis. Segunda época. No. 33, Lima; p.20.

3. Clases: Régimen general y regímenes especiales

Existen dos regímenes legales de contratos-ley: el que podemos denominar régimen general y varios regímenes especiales. El primero, el régimen general, se caracteriza porque autoriza al Estado la suscripción de este tipo de convenios cualquier sea el sector de la actividad económica en que se realice la inversión siempre que se cumpla con ejecutar los niveles de inversión exigidos y se amplíe la respectiva capacidad productiva.

El que denominamos “régimen general” de los convenios de estabilidad jurídica se encuentra desarrollado en el Decreto Legislativo 662 “Ley de Promoción de la Inversión Extranjera” y en el Decreto Legislativo 757 “Ley Marco para el crecimiento de la inversión privada”, ambos reglamentados por el Decreto Supremo 162-92-EF “Reglamento de los Regímenes de Garantía de la Inversión Privada”. Conforme a este régimen general para acceder a la suscripción de un convenio de estabilidad jurídica los inversionistas deberán efectuar como mínimo aportes dinerarios canalizados a través del sistema financiero nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse, o formalizar inversiones de riesgo con terceros, por un monto que no sea inferior a US\$ 10 millones de dólares para los sectores de minería e hidrocarburos ni a US\$ 5 millones de dólares para los demás sectores⁽⁴⁾. El respectivo contrato-ley le garantizará al inversionista y, de ser el caso, a la empresa receptora de la inversión, la intangibilidad del marco legal de determinados regímenes que involucran materias tributarias, laborales y otros⁽⁵⁾. Los montos mínimos de inversión indicados son de aplicación también a los inversionistas participantes en los procesos de promoción de la inversión privada en proyectos y servicios públicos (privatización y concesiones) y las empresas que suscriban los respectivos contratos de concesión.

Para la suscripción de los convenios de estabilidad jurídica con las empresas receptoras de la inversión se requiere que alguno de los accionistas de la empresa receptora haya celebrado un contrato ley en calidad de inversionista y para que la estabilidad alcance al régimen del impuesto a la renta se establece como requisito especial que los aportes a recibir (nueva inversión) representen un incremento del 50% respecto del monto total de su capital y reservas y que sea destinado a la ampliación de la capacidad productiva o al mejoramiento tecnológico.

El texto de los respectivos contratos-ley está predeterminado legalmente en el anexo del citado reglamento. Tienen un plazo de vigencia de 10 años, contados desde su celebración. La ley no prevé que puedan renovarse, pero nada impide que pueda celebrarse un nuevo convenio siempre y cuando se efectúen nuevas inversiones.

Los regímenes legales especiales de los contratos-ley son relativamente numerosos, pero podemos clasificarlos en dos grupos: Los regímenes que extienden el carácter de convenio de estabilidad jurídica a otros contratos, y en segundo lugar los regímenes legales que autorizan la suscripción de contratos ley respecto de determinadas actividades económicas.

El primer grupo en verdad está integrado sólo por una norma legal: la Ley 26285 de desmonopolización progresiva de los servicios

-
- (4) Montos de inversión mínima establecidos por el artículo 2 de la Ley 27342 de 1 de septiembre del 2000 que modifica el artículo 11 del Decreto Legislativo 662 sobre requisitos de inversión.
- (5) Las seguridades y garantías que el marco legal que denominamos general de los contratos-ley expresamente establece comprende las siguientes materias: régimen tributario exclusivamente del impuesto a la renta; régimen de libre disponibilidad de divisas; derecho de libre remesa de utilidades, dividendos, capitales y otros ingresos; no discriminación; los regímenes de contratación de trabajadores; los regímenes de promoción de exportaciones y en el caso específico de los contratos de arrendamiento financiero la estabilidad total del régimen tributario.



Jorge Danós Ordóñez

públicos de telecomunicaciones que estableció en su artículo 3 que: “*Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley*”, en cuya virtud la calidad de contrato-ley es otorgado al contenido íntegro de los contratos de concesión suscritos en la materia, lo que en nuestro concepto comporta tanto la estabilización de las cláusulas que configuran dicha relación entre el Estado y el Concesionario, así como el marco normativo que resulta de aplicación de la misma. Los únicos contratos de concesión en servicios públicos de telecomunicaciones suscritos bajo este régimen que goza del carácter de contrato-ley son los contratos con la empresa Telefónica con motivo del proceso de promoción de la inversión privada en telecomunicaciones iniciado en 1994⁽⁶⁾.

El segundo grupo de regímenes especiales de convenios de estabilidad jurídica está conformado por varias leyes sectoriales de diversas actividades económicas, que establecen reglas diferentes para acceder a la suscripción de dichos contratos-ley y cuyos alcances difieren en parte del régimen general. Así sucede en la actividad minera en que la ley respectiva⁽⁷⁾ en sus artículos 155 y 157 establece dos clases de convenios de estabilidad jurídica, los que se distinguen en función de los requisitos para acceder a su celebración, la extensión de los beneficios y el plazo por el que se concede la estabilidad, ya sea de 15 ó 10 años. Los citados contratos pueden ser celebrados por las empresas que recién inician actividades en la minería o por las empresas existentes que ya realizan actividades mineras. Se les exige alcanzar niveles de producción no menores a los volúmenes que se establecen en los citados preceptos y realizar inversiones

de determinada magnitud⁽⁸⁾ para acceder a la garantía de estabilidad jurídica respecto de materias mucho más amplias que las previstas en el régimen general, entre las que se cuenta: la estabilidad de todo el régimen tributario, libre disponibilidad de divisas generadas por las exportaciones, libre comercialización de productos mineros, no discriminación en lo que se refiere al tipo de cambio, posibilidad de llevar contabilidad en moneda extranjera, etcétera.

Mención especial merece la estabilidad de todo el régimen tributario que confieren los contratos-ley en materia minera, que alcanza solo al proyecto en cuestión y no a toda la persona jurídica en su conjunto, porque comprende al impuesto a la renta; el impuesto general a las ventas e impuesto de promoción municipal; impuesto selectivo al consumo; derechos arancelarios e impuestos creados a favor de las municipalidades. Respecto del impuesto a la renta se estabilizan las normas regales que componen el régimen legal del citado tributo, así como las normas específicas que sobre dicho impuesto se contienen en las leyes de minería para ser aplicadas por las empresas mineras, entre las que se cuenta la regla según la cual los titulares de la actividad minera únicamente están sujetos al Impuesto a la Renta respecto de la renta que sea objeto de distribución.

(6) Véase ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Servicio Público y regulación. Marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Palestra, 2005; pp. 93-96.

(7) Nos referimos al Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo 014-93-EM de fecha 2 de junio de 1992, reglamentado mediante Decreto Supremo 02-94-EM de fecha 3 de junio de 1993, y sus respectivas modificatorias, así como el Decreto Supremo 004-94-EM, así como la Resolución Ministerial No. 011-94-EMNMM por los que se aprueban los modelos de contratos de estabilidad.

(8) Para suscribir convenios de estabilidad que tengan vigencia por 15 años se requiere que el proyecto minero o la ampliación de la capacidad de la mina ya existente pueda alcanzar a producir volúmenes no menores a 5,000TM por día y que el respectivo programa de inversión no sea inferior a US\$ 20 millones en el caso de empresas mineras que inician actividades o de US\$ 50 millones tratándose de empresas en operaciones. En cambio para suscribir convenios de estabilidad con una vigencia de 10 años se establece como requisito realizar operaciones mayores a 350 TM por día y hasta 5,000 TM por día, o realizar inversiones por un monto no inferior a US\$ 2 Millones de dólares o su equivalente en moneda nacional. Véase ZUZUNAGA DEL PINO, Fernando. *Convenios de estabilidad aplicables a las empresas mineras*. En: Revista Estudios Privados, Lima; p.84.

Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú *Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru*

La experiencia de los últimos años pone en evidencia que la estabilidad del régimen tributario y administrativo garantizado a las empresas mineras por los contratos-ley ha servido de escudo para que desde su creación en el año 2004 hayan resistido la aplicación de un nuevo gravamen denominado “regalía minera”⁽⁹⁾ que hubiera afectado sus ingresos. El blindaje jurídico otorgado por dichos convenios es la razón por la que posteriormente, en el año 2011, para poder requerir un mayor aporte de la industria minera beneficiada por un contexto de altos precios de los productos mineros, el Estado haya tenido que recurrir a la creación de un denominado “gravamen especial a la minería”⁽¹⁰⁾ solo aplicable a las empresas mineras que no obstante tener convenios de estabilidad jurídica en vigencia, decidan acogerse de manera voluntaria al pago del citado “gravamen especial” para lo cual suscriben un convenio con el Estado peruano comprometiéndose a su abono mientras que se encuentre vigente el respectivo convenio de estabilidad.

El régimen legal de promoción de la inversión privada en obras públicas de infraestructura y servicios públicos contenido en el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo 059-96-PCM, establece en su artículo 19 que los concesionarios podrán acceder a la suscripción de contratos-leyes en garantía de su inversión, bajo el régimen general de los citados convenios de estabilidad, los que sin embargo tendrán dos diferencias: el plazo de vigencia de los convenios de estabilidad que se suscriban tendrán el mismo plazo de duración que la concesión, que en la mayor parte de casos es superior a los 10 años que contempla el régimen general y, en segundo lugar, es posible estabilizar también el régimen de recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas que permite a las empresas para que bajo ciertas condiciones puedan utilizar el crédito fiscal derivado de sus compras antes de comenzar a operar.

El Reglamento de la ley general de pesca establece en su artículo 159 que las empresas que cuenten con licencia para realizar actividades pesqueras podrán acogerse al régimen general de los contratos-leyes, ampliando la garantía al régimen legal de acceso a la actividad pesquera y las materias propias del ordenamiento legal pesquero.

Un régimen de contratos-ley que no encaja en ninguno de los grupos descritos es el establecido por el artículo 63 de la Ley 26221 Orgánica de Hidrocarburos que asigna carácter de contrato-ley a los contratos de licencia o de servicios mediante los cuales el Estado otorga autorización a particulares para realizar actividades de exploración y/o explotación de hidrocarburos, estableciendo que el Estado garantiza a los suscriptores de los mencionados contratos de licencia o de servicios el carácter inalterable de los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de su celebración. Similar es el régimen aplicado a las inversiones que se realicen en plantas de procesamiento de gas natural por mandato de la Ley 28176 de promoción de la inversión en las citadas actividades, que estabiliza el régimen de aprobación, modificación y naturaleza de los contratos que los inversionistas suscriban con el Estado, el régimen del impuesto a la renta, el régimen de las exportaciones y de importación temporal, garantiza la estabilidad tributaria y cambiaria, y el libre manejo y disponibilidad de moneda extranjera así como la posibilidad de llevar contabilidad en dicha moneda, sumándose a dichas garantías la posibilidad de gozar del régimen de recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas durante la vigencia de los citados contratos.

Finalmente, es pertinente recordar que la Ley 27972 orgánica de municipalidades en su artículo 40 faculta a dichos órganos de gobierno local a suscribir contratos-leyes con los particulares que realicen inversiones en el ámbito de su jurisdicción otorgándoles seguridades exclusivamente respecto de los tributos municipales, estableciendo que los conflictos derivados de la ejecución de dichos convenios de estabilidad serán

(9) Creado mediante la Ley 28258.

(10) Creado mediante la Ley 29790 y reglamentado mediante Decreto Supremo 173-2011-EF de 28 de setiembre de 2011.



Jorge Danós Ordóñez

resueltos mediante arbitraje. Se tiene conocimiento que algunas Municipalidades han aprobado mediante Ordenanza normas que regulan el régimen de los citados convenios en sus respectivas circunscripciones⁽¹¹⁾. En alguna oportunidad el Tribunal Constitucional mediante la sentencia recaída en el expediente No. 003-2004-AI/TC de fecha 23 de setiembre de 2004 se ha pronunciado sobre una Ordenanza de la Municipalidad Distrital de Ancón que pretendía declarar la nulidad de un convenio de estabilidad jurídica suscrito por la anterior gestión municipal con una empresa privada encargada de la gestión de residuos, declarando que no puede utilizarse un dispositivo legal como lo es la ordenanza municipal para dejar sin efecto un convenio de estabilidad, porque conforme al artículo 62 de la Constitución los conflictos derivados de la relación contractual sólo pueden solucionarse en la vía arbitral o judicial, según los mecanismos de protección contemplados en el propio contrato o en la ley que los regula.

4. Naturaleza de los convenios de estabilidad: privado versus público

En la doctrina nacional se ha discutido sobre si la naturaleza de estos contratos estatales es civil o administrativa, partiendo de la pregunta si en ellos se manifiestan potestades de imperio del Estado, en cuyo caso encontraría sustento afirmar que se trata de contratos administrativos; o si por otro lado, en ellos el Estado tiene un rol solo de parte, despojado de potestades públicas, se diría entonces que estamos frente a un contrato civil⁽¹²⁾.

El problema se genera porque el artículo 39 del Decreto Legislativo 757 establece expresamente que:

“Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes”.

La caracterización legal de los contratos-ley como convenios de carácter civil y no administrativo constituye una de las pocas veces que en el ordenamiento legal peruano se ha asimilado la tesis de la existencia de dos tipos diferentes de contratos estatales, unos regidos exclusivamente por el Derecho Administrativo y otros sólo sometidos al derecho civil. En otras palabras, el precepto legal glosado se basa en un concepto negativo de los contratos administrativos, razón por la que considera indispensable caracterizar a los contratos-ley como contratos de carácter civil, a fin de supuestamente garantizar su intangibilidad y sortear el peligro de que el Estado pueda desvincularse de sus compromisos.

En verdad, planteado desde este punto de vista, resulta un debate poco trascendente para entender la lógica de estos contratos. Como bien afirma el profesor Manuel De la Puente:

(11) Es el caso de la Ordenanza Municipal No. 019-2010-MPH/A de la Municipalidad Provincial de Huamanga de fecha 26 de julio de 2010 que aprueba un modelo - tipo de convenio de estabilidad jurídica para suscribirse con inversionistas y las empresas receptoras de la inversión en el ámbito de la jurisdicción provincial de Huamanga.

(12) La mayor parte de los autores peruanos que han tratado el tema de los contratos-ley y que citamos en este trabajo se refieren a esta discusión sobre el carácter administrativo o civil de dicha figura contractual, predominando la tesis de que se trata de contratos administrativos o preponderantemente de derecho público. Así, entre otros, podemos referir a: TRELLES DE BELAÜNDE, Oscar. *El contrato administrativo, el contrato ley y los contratos de concesión de servicios públicos*. En: *Themis*. Segunda Época. No. 44, Lima, p. 249; VIVANCO DEL CASTILLO, Tabata y VILLANUEVA LLAQUE, Augusto. *Los contratos-ley y su relación con las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos*. En: *Revista de Regulación Económica*. No. 1. Lima: Universidad ESAN, 2009; p.148; y GUTIERREZ CAMACHO, Walter en sus comentarios al artículo 62 de la Constitución en el libro colectivo: *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005; p. 871.

Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú
Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru

“No interesa que el contrato sea civil o administrativo. Basta que sea contrato, por cuanto, como se ha visto, tanto en derecho privado como en el derecho público el contrato crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatorio para ellas (...) En ambos derechos es una fuente de obligaciones. Y también en ambos la obligación contractual es lo mismo: un deber jurídico que ata a las partes. No debe olvidarse que es de la esencia del contrato su irrevocabilidad”⁽¹³⁾.

Sin perjuicio de lo indicado con anterioridad, debe advertirse que se trata de una figura excepcional en el derecho público: el sometimiento del Estado a una modalidad contractual para brindar seguridades y garantías al particular.

No cabe duda que jurídicamente todo contrato, sea civil, laboral, público, internacional o agrario, es una fuente de obligaciones, tanto para los particulares como para el Estado y sus dependencias que lo suscriben, y además, ha de tenerse en cuenta que a ello se agrega el carácter de la irrevocabilidad unilateral, por lo que sólo por mutuo disenso se puede dejar sin efecto lo pactado, “implicando ello la regla de la inhabilidad de la voluntad unilateral para poner fin al contrato”. En lo civil y en lo administrativo el Estado como cualquier contratante se encuentra obligado a cumplirlo.

En la jurisprudencia el Tribunal Constitucional emitida con motivo del proceso de inconstitucionalidad contra los contratos-ley de Telefónica del Perú el citado alto tribunal dijo que:

“(...) el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales

a cuyo amparo se suscribió éste” (FFJJ No. 33).

Respecto de la polémica acerca generada acerca del carácter privado o preponderantemente público de los contratos-ley, el Tribunal Constitucional señaló que:

“En la doctrina nacional se discute sobre su naturaleza jurídica. Para unos, se trataría de un contrato civil. Para otros, de un contrato administrativo. Autores hay también que sostienen que el régimen jurídico de los contratos en los que participa el Estado no puede fijarse en abstracto, sino que depende de las reglas específicas que cada uno de ellos contenga. Evidentemente, la naturaleza que se le pueda atribuir al contrato ley, contrato civil o contrato administrativo, depende del contenido que éste pueda tener en cada caso concreto que se suscriba, de manera que, en abstracto, no cabe que se le fije. En cualquier caso, de una interpretación a rima obligada del artículo 62 de la Constitución con el artículo 1357 del Código Civil, se desprende que el contenido de los contratos-ley puede y debe sustentarse en razones de interés social, nacional o público (...)”. (FFJJ No. 34).

En otra sentencia más reciente el Tribunal Constitucional ha enfatizado el carácter garantista de los contratos-leyes⁽¹⁴⁾ :

“Así, a manera de ejemplo de intervenciones de similar naturaleza en materia contractual, tenemos los denominados contratos de estabilidad jurídica[11] regulados por el

(13) DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Volumen XI; p.367.

(14) Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente No. 00009-2007-AI y 00010-2007-AI (acumulados), de fecha 29 de agosto de 2007 , interpuesta por un grupo de ciudadanos contra una ley que hacía más intenso el control administrativo sobre las organizaciones no gubernamentales.



Jorge Danós Ordóñez

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; en los cuales, el otorgamiento con carácter de intangible por parte del Estado de determinadas garantías y seguridades a sus co-contratantes, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada, compromete y legitima un interés público en su supervisión, a fin de asegurar que dicha actuación privada se desenvuelva de acuerdo con los planes y objetivos trazados en el diseño de la política económica del Estado; sin embargo, el ejercicio de dicho control se realiza dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen (verbi gracia queda excluida la posibilidad que fuera de dicho marco el Estado invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados)". (FFJJ No. 22)

5. Régimen de solución de controversias

Los dispositivos legales que desarrollan el régimen de los contratos-ley establecen como regla general que las posibles controversias que se presenten entre inversionistas y el Estado peruano con relación al cumplimiento de los citados contratos, o su interpretación, ejecución o invalidez, serán resueltas mediante arbitraje de derecho. Se trata de un mecanismo de solución de controversias que tiene pleno respaldo constitucional en el propio artículo 62 de la Constitución en la parte final del primer párrafo cuando dispone que "*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*" y que en el ordenamiento jurídico peruano adquiere especial relevancia porque la Constitución Política le confiere expresamente carácter jurisdiccional al ejercicio de la función arbitral. De allí que se considere que la facultad que nuestro ordenamiento constitucional, legal y los propios contratos en forma expresa le confieren al inversionista nacional o extranjero para poder tramitar las controversias que pueda tener con el Estado peruano en la vía arbitral nacional y en algunos casos extranjera (CIADI), sobre el respeto del régimen legal estabilizado, constituye

una de las principales garantías que junto con la constitucionalización de dicha figura, respaldan la eficacia de los contratos-ley como formas que permite contractualizar la obligación que asume el Estado de no alterar el régimen jurídico pactado al inversionista durante el plazo de duración del respectivo convenio.

Al respecto, cabe recordar que hacia el año 2002 se produjeron sonados casos que involucraron importantes procesos arbitrales promovidos por tres empresas del sector eléctrico quienes alegaron la violación de sus respectivos convenios de estabilidad jurídica suscritos con el Estado al amparo de lo que hemos denominado "régimen general" de los contratos-ley, debido a que la administración tributaria del Gobierno Nacional (la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - SUNAT) consideró que no formaba parte del régimen estabilizado del impuesto a la renta una determinada ley (Ley 26283) y su reglamento que permitían deducir como gasto de la base imponible del citado impuesto, el monto de la depreciación correspondiente al mayor valor atribuido como consecuencia de reevaluaciones voluntarias de los activos con motivos de reorganizaciones societarias. Los tribunales arbitrales que resolvieron las citadas controversias entendieron que no estaban facultados para disponer sobre las competencias o potestades de una entidad administrativa (SUNAT) y lo que más bien les correspondía era pronunciarse sobre la interpretación de las cláusulas pertinentes de los respectivos convenios de estabilidad con la finalidad de determinar cuáles eran las normas legales objeto de la garantía de estabilización.

(15) En su trabajo: *¿Son arbitrables los actos dictados en ejecución de la legislación congelado en virtud de un convenio de estabilidad? Un ensayo de respuesta general a partir del análisis de un caso concreto*. En: AAVV Desafíos del derecho administrativo contemporáneo. Conmemoración Internacional de la Cátedra de derecho administrativo en Venezuela. HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor. Coordinador. Venezuela: Ediciones Paredes, 2009; p. 1201.

Los convenios de estabilidad jurídica o también denominados contratos leyes en el Perú *Legal stability agreements or also known as contract law agreements in Peru*

En tal sentido coincidimos con el profesor Víctor Baca⁽¹⁶⁾ cuando señala que en las controversias arbitrales que se produzcan con motivo de la posible vulneración de las garantías otorgadas por un convenio de estabilidad lo que se debe discutir es si se está aplicando o no la normativa correcta (el marco legal blindado por el contrato-ley), pero no si es que ésta normativa está siendo aplicada correctamente por la administración pública o no, porque esta última controversia debe ser resuelta no por la vía arbitral sino acudiendo a los medios de solución de controversias ordinarios en sede administrativa (recursos) y/o jurisdiccional (proceso contencioso administrativo).

El citado autor refiere en su trabajo el proceso arbitral No. ARB/03/28 tramitado ante el CIADI y que involucró al Estado peruano y a la empresa Duke Energy International Investments sobre una controversia cuyo fondo era sumamente parecido al de las empresas también eléctricas que acabamos de reseñar, en el que también se discutía si el Estado estaba cumpliendo o no con aplicar la normativa contractualmente estabilizada. Al respecto en esta parte final del presente trabajo nos interesa resaltar las dos declaraciones del Tribunal Arbitral del CIADI sobre las que llama la atención el profesor Baca: (i) la violación de los convenios de estabilidad jurídica se genera

no solo por el incumplimiento por parte del Estado cuando pretenda aplicar un régimen legal distinto al estabilizado alterando unilateralmente las normas que fueran materia de las garantías de estabilidad, porque también constituye transgresión del respectivo contrato-ley el cambio de la forma con que la norma estabilizada es interpretada, siempre y cuando existiera una interpretación consistente por los órganos encargados de aplicarla, y (ii) la competencia del tribunal arbitral se limita a determinar si las decisiones de los órganos de la administración tributaria han cumplido o no con aplicar el régimen tributario estabilizado para la empresa.

Recapitulando, los convenios de estabilidad jurídica o contratos-ley como les llama la Constitución peruana constituyen mecanismos de fomento para poder atraer inversionistas que inyecten capitales a la economía nacional mediante los cuales el Estado se obliga contractualmente a respetar durante el plazo de duración del respectivo convenio el régimen legal que las normas sobre la materia le autorizan pactar su estabilización.

Cifras oficiales señalan que desde el año 1993 hasta el año 2001 se suscribieron 600 convenios de estabilidad con el Estado peruano con inversionistas y empresas receptoras de la respectiva inversión⁽¹⁶⁾. No se conoce de datos posteriores pero a tenor de la página institucional de PROINVERSION, entidad encargada de tramitar y suscribir los convenios que denominamos del régimen general, son numerosas las solicitudes de suscripción que se reciben cada año, por lo que el recurso frecuente por los inversionistas a tales convenios demuestra que constituyen una preciada garantía a la estabilidad jurídica de las inversiones. 

(16) Sobre el tema puede leerse el Trabajo: *Impacto económico de la inversión asociada a los convenios de estabilidad jurídica en el Perú*. Informe elaborado por encargo de ADEPSEP. Lima: Grupo Macroconsult, Mayo del 2003.