

LA INVERSIÓN PRIVADA A LA LUZ DEL DECRETO LEGISLATIVO 757*

Alfonso de los Heros Pérez Albela

Abogado. Magíster en Derecho (LL.M.) por la Universidad San Martín de Porres. Ex Presidente del Consejo de Ministros y ex Ministro de Trabajo y Promoción Social (1991-1992). Socio del Estudio Echeopar Abogados.

Beatriz Merino Lucero

Abogada. Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Senadora de la República (1990-1992). Actual coordinadora de la deuda agraria ante el Estado.

Gonzalo Zegarra Mulanovich **Ex Miembro del Consejo Directivo de THEMIS**

Magister en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Harvard. Director de Semana Económica.

* Las preguntas realizadas en la presente mesa redonda fueron elaboradas por Carolina Pérez Harm, miembro de la Comisión de Contenido de THEMIS, y Marco Zaldívar Chauca, miembro del Consejo Directivo de THEMIS. Agradecemos al doctor Luis Diez Canseco Núñez por su colaboración.

En los años ochenta el Perú se encontraba ante la presencia de un Estado altamente intervencionista, en ese contexto el Estado era propietario de la mayoría de empresas. Su participación se daba en acciones como el control de la economía mediante la regulación de precios o el control de la propiedad. Como resultado de una serie de factores que no nos compete analizar en este momento, el país entra en una gran crisis económica y producto de esta aumenta el desempleo, se reduce significativamente el poder adquisitivo de la población, aumenta la pobreza a niveles extremos y crece la informalización.

De esta forma surge la necesidad de realizar reformas estructurales a la economía y esto se realiza en parte con la expedición de una serie de normas destinadas a transferir el control económico a manos de privados. En este contexto, el Congreso de la República confiere al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, y el 15 de noviembre de 1991 se promulga el Decreto Legislativo 757 –Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada. Creemos que este decreto fue clave para el país, pues consolidó un nuevo sistema económico reduciendo la intervención estatal y fomentando la inversión privada a través de garantías y seguridades. Su importancia fue tal que muchas de las normas pasaron a formar nuestro actual texto constitucional.

1. **En cuanto al régimen económico, el Decreto Legislativo 757 es muy similar al que presenta la Constitución vigente. Sin embargo, este decreto fue dictado en 1991, bajo los alcances de la Constitución Política de 1979 que –aunque ya hacía referencia a una economía social de mercado– contempla un modelo económico diferente. En este sentido, ¿considera usted que el Decreto Legislativo 757 fue inconstitucional al momento de dictarse o se trató únicamente de una nueva interpretación de la Constitución?**

DE LOS HEROS: Para poner en contexto la pregunta, creo que debemos ponernos en la situación existente en el año 1989. La dictadura militar de los setentas al estabilizar la mayor parte de los activos productivos del país (bajo el marco de la constitución de 1933,

que no era estatista), trajo como consecuencia el debilitamiento de las principales fuentes de crecimiento y desarrollo del país, situación que heredaron los siguientes gobiernos, pero que no supieron superar y modificar, más aún con una constitución algo rígida como la del 79, que también quedó como herencia y que desafortunadamente, si bien reparaba algunos aspectos sociales, fue retrógrada en otros temas, como el de la economía y nos llevo a la hiperinflación que prácticamente quebró al país y que tuvo que resolver el régimen de los noventas con el famoso “shock económico” que no fue otra cosa que sincerar la economía y empezar a vivir la realidad, con el agravante del terrorismo que tanto daño causó y que tanto trabajo costó al país detener.

Con relación al Decreto Legislativo 757, éste fue una de las tantas normas que se expidió en dicha situación de emergencia, para encauzar el país. Si no recuerdo mal fueron alrededor de ciento veinte normas.

El Decreto Legislativo 757, estableció normas de seguridad y estabilidad jurídica para las inversiones en todos los sectores económicos, sin perjuicio de las normas sectoriales que se expidieron, tales como y a manera de ejemplo, la de hidrocarburos (Decreto Legislativo 655), la de inversión extranjera (Decreto Legislativo 662), la de inversión en las empresas de Estado a través de compra de acciones, aumentos de capital, contratos de asociación, de servicios y de concesión y de venta de activos (Decreto Legislativo 674), la de electricidad (Decreto Legislativo 693), la de servicios educativos (Decreto Ley 699), la de eliminación de las prácticas monopólicas y restrictivas de la libre competencia (Decreto Legislativo 701), la de micro y pequeña empresa (Decreto Legislativo 705), la de protección al consumidor (Decreto Legislativo 716), y la ley del mercado de valores (Decreto Legislativo 755), entre otras.

Al momento de expedirse estas normas, existía la Constitución del 79 y no la del 93. Aquella, no contemplaba en realidad un modelo económico diferente. Su artículo 110 consagraba el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y la productividad, fomentaba los diversos sectores de la producción y defendía el interés de los consumidores. Su artículo 111 regulaba la política económica del sector

público, pero era orientadora del privado. El artículo 112 era más contundente aún, pues garantizaba el pluralismo económico y ponía al Estado como promotor de la economía en el artículo 113, garantizando la libertad de la iniciativa privada y la economía social de mercado, según el artículo 115, y la libertad de comercio exterior según el artículo 117. Y ni qué decir de los artículos 130 y 131, que consagran la libertad de empresa.

Con estos antecedentes no existía incompatibilidad entre el Decreto 757 y la Constitución entonces vigente, pues este Decreto Legislativo, garantiza la iniciativa y la inversión privadas, la libre competencia en una economía social de mercado, el pluralismo económico, el libre acceso a las actividades económicas, la propiedad privada, la garantía del Estado para los servicios públicos con participación del sector privado, la seguridad jurídica en materia tributaria, la eliminación de restricciones administrativas para la inversión y la seguridad jurídica para la conservación del medio ambiente entre otros aspectos.

MERINO: No creo que el Decreto Legislativo 757 haya sido inconstitucional en ningún extremo. Por el contrario, fue parte del proceso de modernización y de reforma del Estado peruano, que buscaba insertar al Perú en el panorama mundial. Debemos tener en consideración las variables de tiempo y lugar, y ubicarnos en el contexto peruano a inicios de la década del noventa. La situación que se vivía en el país era muy crítica, tanto en el plano económico como social: la crisis económica, el conflicto armado interno, la debilidad institucional, etc. Por otro lado, en el panorama mundial, la cuestión era distinta, pues la caída del muro de Berlín en 1989 constituyó un golpe a las corrientes e ideologías que atacaban al libre mercado, al derecho a la propiedad privada y a las libertades individuales.

En esa línea, cabe señalar que el Decreto Legislativo 757 buscó eliminar todas las trabas y distorsiones legales y administrativas que entorpecen el desarrollo de las actividades económicas y restringen la libre iniciativa privada, en aras de garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas (artículo 1). Sin embargo, estableció pautas para el equilibrio racional entre el desarrollo socio-económico, la conservación del ambiente y el uso sostenido de los recursos naturales (artículo 49). En

consecuencia, podemos afirmar que en esta norma se propuso un adecuado equilibrio que incentivaba la inversión, pero no a toda costa, pues ésta debe darse respetando lo establecido en nuestra legislación en materia de protección al medio ambiente.

Asimismo, considero, personalmente, que este Decreto Legislativo fue positivo, pues con la ostensible ventaja de evaluar su impacto veinte años después, podemos señalar que permitió el ingreso de grandes inversiones y que la economía ha mejorado notablemente desde entonces. Para promover el desarrollo y bienestar de los ciudadanos es preciso que exista un proceso de crecimiento económico, pues no es posible hablar de inclusión si no existe una bonanza. No se puede (no se debe) repartir pobreza.

ZEGARRA: Enérgicamente diría que no fue inconstitucional, ni remotamente. El que la Constitución de 1979 hubiera amparado una interpretación de su régimen económico que habría sido hartamente estatista, no quiere decir que era la única interpretación que caía de ese texto. La Constitución del 79 proclamaba la economía social de mercado y yo creo que las disposiciones del Decreto Legislativo 757 son del todo compatibles con ese concepto. Si bien el texto del régimen económico de la Constitución del 79 era mucho más intervencionista, tenía una serie de principios genéricos que son propios de una ideología social demócrata que admite una serie de matices. Entre ellos, los del Decreto Legislativo 757 son claramente compatibles, porque además uno lee el texto de este decreto y ve que éste da constantes referencias a la Constitución. Tampoco tengo noticias de que haya habido una iniciativa de intentar lograr la inconstitucionalidad del decreto y si la hubo ésta no prosperó, por lo que difícilmente puede sostenerse que el decreto legislativo era inconstitucional. Mi respuesta iría más por la segunda parte de la pregunta en el sentido que más bien se trató de una interpretación válida de la constitución.

2. **Respecto a las disposiciones del decreto, en su mayoría no eran nuevas, sino que se encontraban reguladas en decretos anteriores dentro del marco de las reformas estructurales de la economía desde el año 1990. ¿Por qué reunir a todas en un solo decreto? ¿Había una necesidad específica?**

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

DE LOS HEROS: Las normas de este Decreto Legislativo, están referidas al marco de la inversión privada como normas generales aplicables a todos los casos. Es verdad que entre las más de ciento veinte normas que se expidieron las hay sobre inversión privada, pero en sectores específicos, tal como he señalado al contestar la pregunta anterior. Por ello era conveniente expedir una norma que cubriera el ámbito general de la inversión con sus respectivas garantías, lo cual iba más allá de las normas específicas o sectoriales.

MERINO: Se pretendía establecer en un solo instrumento todas las disposiciones que regulaban el marco jurídico aplicable para el crecimiento de la inversión privada. Ciertamente, como lo señaló la parte relativa a los considerandos, era preciso generar las condiciones necesarias para la inversión privada de los diferentes sectores productivos. Por ello resultaba pertinente expedir una Ley Marco que contenga todas estas disposiciones, a fin de incentivar el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía.

Si la finalidad del Decreto Legislativo 757 consistía en crear un clima de confianza para inversionistas nacionales y extranjeros, por consiguiente se debía tener presente que las percepciones son premisas fundamentales y, en efecto, que esta disposición constituyó una buena señal de que, realmente, el Estado deseaba llevar a cabo este proceso de reformas en lo que había sido el rol tradicional del Estado en las actividades económicas para motivar una apertura en el mercado.

ZEGARRA: Yo no participé de esa coyuntura así que no puedo saber si había una preocupación en particular que tuvieran los que impulsaron el decreto. Entiendo que pueda haber un interés por sistematizar las normas, y por técnica legislativa darle un orden y una coherencia legal sistemática. No sé de alguna otra posible motivación. En todo caso creo que tampoco hubiera sido indispensable esa suerte de codificación, pero sí tal vez le da una mayor funcionalidad o mayor maniobrabilidad a la norma. O tal vez el rango, pues tal vez esos decretos estaban en normas de inferior jerarquía y el decreto legislativo les da rango de ley, no lo sé.

3. Antes de la emisión del decreto en cuestión, el Estado controlaba los precios, ponía límites al derecho de propiedad y era el propietario de la mayoría de las empresas, generándose monopolios por la falta de competencia. Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 757 ingresan fuertes capitales externos y se generan inversiones más allá del umbral en que los inversionistas nacionales podían competir, permaneciendo el riesgo de generar monopolios. ¿Qué mecanismos provee el Decreto Legislativo 757 para evitar estos monopolios? ¿Puede ser que la protección se obtenía de otros decretos ya existentes?

DE LOS HEROS: Es relativo afirmar que antes del Decreto Legislativo 757 el Estado controlaba todo. No olvidemos que después de la dictadura militar hubo dos gobiernos civiles que si bien no lograron modificar totalmente los vicios heredados de aquella, desarrollaron una política económica más abierta, pero sin las garantías necesarias para fomentar la inversión y el desarrollo decididamente. En el primer gobierno del APRA no olvidemos que se expropiaron empresas petroleras con criterio mercantilista, pero no se estatizó más al país que lo que estuvo durante la dictadura militar. Respecto al riesgo de monopolio, no me voy a la Constitución del 93 que lo rechaza, porque estamos analizando una etapa anterior, pero basta contemplar el artículo 133 de la Constitución del 79 que fulminaba los monopolios y oligopolios y garantizaba el funcionamiento del mercado y también el Decreto Legislativo 701 que igualmente los fulmina y que crea el organismos de control de la libre competencia que hasta hoy viene cumpliendo un rol fundamental en el país.

MERINO: En efecto, con anterioridad al Decreto Legislativo 757, el Estado había sido empresario, dueño de diversas empresas, perjudicándose a los usuarios y a los ciudadanos. Ejemplos de lo mencionado abundan en nuestra memoria. De ahí la relevancia de esta norma, pues permitió transformar la economía peruana y, asimismo, la calidad de los servicios básicos que el Estado brindaba.

Con relación a la pregunta, el Decreto Legislativo 757 introduce una serie de

disposiciones que defienden la libertad de iniciativa privada, la igualdad de condiciones entre competidores, el respeto a la propiedad privada, la libertad de organización y producción, entre otros. Así, por ejemplo, el artículo 2 consagra el principio de libre competencia, lo cual implica que los precios de los bienes y servicios deriven de la oferta y la demanda del mercado.

Asimismo, se garantiza el pluralismo económico (artículo 5), permitiendo que las empresas gocen de la libertad para organizarse bajo cualquier forma empresarial regulada en nuestra legislación. El mismo artículo señala que no se puede limitar el acceso directo o indirecto de los inversionistas –o de las empresas en que éstos participen– a actividades económicas específicas por su forma empresarial. En esa línea, se derogan los privilegios que ostentaba el Estado (artículo 6), dando paso al principio de igualdad entre competidores, pues ahora los productores y los empresarios deberán brindar un servicio de calidad, a fin de “retener” a los consumidores.

ZEGARRA: Primero debemos matizar la información de que la mayoría de las empresas eran estatales. Era una economía muy intervencionista pero no creo que se pueda decir que la mayoría de las empresas eran estatales o que la mayoría de precios estaban controlados. Digamos, la mayoría en el sentido puramente cuantitativo, no creo que se pueda entender así. En todo caso interpreto tu pregunta más como que era una economía muy intervenida y muy estatista, eso es cierto. También matizaría el hecho de que el Decreto Legislativo 757 hace ingresar capitales externos de una manera muy rápida, eso no es así tampoco. Yo creo que este decreto fue la primera piedra para atraer esos capitales, pero los capitales, externos sobre todo, se atraen consiguiendo confianza del inversionista y eso no se hace con una sola norma sino también con la aplicación de esa norma a través del tiempo. Dicho esto, el efecto iba ser atraer más capitales externos en una economía donde el empresariado local estaba descapitalizado y creo que esa es la preocupación hacia la cual va tu pregunta.

Que yo sepa, el Decreto Legislativo 757 no contiene mecanismos para combatir los monopolios, pero en todo caso ya estaba vigente, cuando se da este decreto, otro decreto legislativo más importante para la economía política de ese momento que fue el Decreto Legislativo 701 que regulaba las prácticas anticompetitivas del abuso de posición de dominio. Entonces desde esa perspectiva más bien el Decreto Legislativo 757 lo que hace es acabar con los monopolios estatales que se habían reservado sobre algunas áreas, y además sujeta toda la actividad económica a las regulaciones antimonopólicas que estaban principalmente recogidas en el Decreto Legislativo 701 que de alguna manera protegía a todos los agentes económicos por igual. Ello porque una de las claves del Decreto Legislativo 757 es eliminar la discriminación entre extranjeros y nacionales.

Hubo que yo sepa además, otras políticas específicas sectoriales encaminadas a –de alguna manera– evitar esta monopolización por parte de la inversión extranjera. De lo que he averiguado, algunas privatizaciones, por ejemplo, incorporaron mecanismos como el de participación ciudadana que reservaba para el accionariado difundido ciertos porcentajes del capital de las sociedades que se privatizaban. Eso –entiendo yo– en algunos casos estaba motivado para ayudar a que las empresas privadas descapitalizadas y los grandes grupos peruanos descapitalizados, pudieran recurrir a una diversidad de inversionistas, personas naturales o pequeños inversionistas, para sumar a su capital limitado en sus iniciativas de adquirir algunas empresas estatales, cosa que de alguna manera impedía que todas las empresas privatizadas fueran a dar a manos de inversionistas extranjeros con grandes espaldas. Creo que ese fue un mecanismo que ayudo también a que algunos grupos nacionales pudieran participar en la adquisición de empresas privatizadas, de estos activos privatizados. Además, por supuesto que esto tenía un beneficio en sí mismo que era democratizar la propiedad empresarial en el Perú a miles de pequeños propietarios, inversionistas, personas naturales o familias y diversificar las formas de ahorro también, de esas familias y personas.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

4. **Dentro de las reformas estructurales se encontraban las privatizaciones. ¿Existían sectores específicos o “clave” que debían privatizarse? Actualmente se genera una polémica respecto a las privatizaciones de las cárceles. Se trata de un sistema aplicado ya en varios países, pero ¿considera usted que hay actividades realizadas por el Estado que no pueden ser privatizadas? ¿Es la administración de las prisiones una de ellas?**

DE LOS HEROS: Con relación a la privatización de empresas estatales, no existían sectores claves, pues se abrió ampliamente el campo para la participación privada en dichos sectores. Lo que ocurrió fue que primó la realidad y se privatizaron los sectores en que el Estado estaba quebrado o era ineficiente y competía indebidamente con los ciudadanos, porque al fin y al cabo los ciudadanos son los dueños del país y el Estado es una organización de los ciudadanos para lograr objetivos comunes.

Su pregunta sobre la privatización de las cárceles no es fácil, ya que esta es una función de seguridad, propia del Estado. Es necesario estudiar este tema y ver si no se trata de que los organismos del Estado no han sabido responder históricamente a estas necesidades y si no ha llegado el tiempo de reorganizarlos, antes que privatizar. Ahora bien, habría que ver, comparando con los países que lo hacen, qué aspectos de la seguridad se pueden privatizar sin perder el control y la fuerza del Estado, por ejemplo, el mantenimiento de los recintos penitenciarios, los servicios de alimentación u otros, pero no necesariamente la custodia y seguridad de los presos.

MERINO: Ciertamente, existen actividades en sectores cuya administración corresponde al Estado y, en razón de ello, no pueden ser privatizadas. Sin embargo, las experiencias comparadas en otros Estados nos permiten descubrir que, en principio, los privados suelen administrar eficientemente ciertos servicios usualmente atribuidos al Estado. Esto ha sido demostrado en el caso de las telecomunicaciones. En nuestro país, hasta hace unas décadas, adquirir un teléfono constituía toda una odisea, que duraba muchos años. En nuestros días, al privatizarse este servicio, los usuarios

podieron satisfacer sus demandas de comunicación telefónica.

Ahora bien, aunque no sucede en todos los casos, siempre es positiva la concesión de servicios públicos. En lo que respecta a la privatización de las cárceles, es probable que surjan algunos problemas: por ejemplo, que los administradores de justicia propendan a incrementar las penas, a fin de que exista una mayor ganancia; que se incremente el uso de la fuerza por parte del personal privado; que el ahorro que realiza el Estado al privatizar las cárceles no resulte significativo; o que se creen condiciones peligrosas e inhumanas en los centros de reclusión en razón del incentivo de recabar mayores utilidades.

Si bien las cárceles en el Perú se encuentran en una situación crítica, en la actualidad, es necesario considerar el monto del presupuesto que el Estado está asignando para su gestión. De esta manera, quizás no sea óptimo privatizar las cárceles, sino, por el contrario, aumentar su presupuesto.

Por otro lado, debemos considerar que existen temas particularmente sensibles en nuestro país. Por ello, al abordarse estos temas, las autoridades deben proponer un debate de ideas, que no atienda a posiciones ideológicas radicales que polaricen nuestro país, sino que se sustente en datos objetivos y cuestiones fácticas, de manera que se pueda evaluar las diversas propuestas de manera concreta y realista.

ZEGARRA: Todo este tema de la privatización siempre lleva esta retórica de los sectores estratégicos. Yo particularmente, soy muy escéptico a los sectores estratégicos, creo que no existe sector estratégico. ¿Para “quién” o para “qué”? Cualquier actividad que pueda ser privadamente administrada es privatizable. Esto no quiere decir que el Estado no pueda hacer nada, creo que el Estado debe limitarse a administrar bienes públicos. De hecho, en este momento estoy trabajando en una especie de teoría sobre qué es lo que debe hacer el Estado, y en esa línea yo sí soy partidario de la disposición constitucional que reserva la actividad empresarial del Estado bajo el concepto de subsidiariedad, es decir, que la limita a aquellos ámbitos donde el sector privado no está interviniendo. En ello hay una lógica de que el privado puede realizar con mayor

idoneidad la actividad empresarial que el Estado. Y si se va más allá de esto, eso tiene que ver con la naturaleza misma del Estado, yo creo que éste existe porque se le confía, se le delega, se le da casi en fideicomiso la administración de ciertos bienes públicos, y eso no sucede porque sí, eso sucede porque hay una necesidad de dárselo en fideicomiso y esa necesidad típicamente surge de la imposibilidad de los privados de administrar privadamente esos activos o bienes públicos. Entonces, yo creo que el Estado existe sólo para hacer lo mejor que se pueda esa tarea y que aquello que es privadamente administrable debe ser administrado privadamente.

En esa línea, para contestar específicamente tu pregunta, yo creo que el agua no sólo puede sino que debería ser privatizada. De hecho se ha dicho que el hecho de mantenerla bajo el régimen actual genera una serie de incentivos perversos que impiden que una cantidad enorme de ciudadanos peruanos accedan al servicio del agua porque no hay incentivos para la inversión en la expansión de redes tal como está ahora la propiedad de las empresas al momento diseñadas. Entonces, yo creo que es una urgencia que se privatice el agua bajo alguna modalidad justamente para que no sigan siendo subsidiadas las tarifas de agua de las clases pudientes. Me da la oportunidad además, esto es totalmente espontáneo, de mencionarte mi recibo de agua de mi casa de playa. Son diez soles, ¿por qué yo tengo que pagar diez soles de agua cuando la gente que vive en Lima en los pueblos jóvenes tiene que pagar bastante más que eso por unas cilindradas de agua poco salubre? Está claro para mí que el sistema de propiedad estatal de SEDAPAL es un fracaso y hay que privatizarlo.

También soy partidario de la privatización de las cárceles o por lo menos de su concesión. Si bien, evidentemente en este caso, con la exigencia de mayores mecanismos de *accountability*, de rendimiento de cuentas, porque al fin de cuentas se trata de la potestad punitiva del Estado que es mucho más consustancial al aparato estatal y mucho más abusable. Pero en la medida que no hay ninguna dificultad para administrar una prisión privadamente, sino solamente ciertos requisitos que deben ser cumplidos para que no se abuse de esa administración privada, yo

también sería partidario de la privatización de las cárceles, siempre y cuando hayan mecanismos de rendimiento de cuentas que permitan que no se desligue el poder porque además las cárceles son por definición un sitio donde es muy fácil incurrir en actos de corrupción. Entonces, sí hay que ser muy vigilantes con eso, pero probablemente su privatización tendría por efecto una mejora en los estándares de calidad de vida de los presos, pues como sabemos en el Perú hay un déficit de establecimientos penitenciarios, hay muchos más presos de lo que la infraestructura aguanta. Entonces la concesión, que este gobierno ha frustrado en un caso particular, es una excelente salida para ampliar la oferta de infraestructura carcelaria en el país.

5. **Con las privatizaciones se vendieron las empresas estatales, prácticamente, se remataron. Pero, en nuestra opinión, surgen dos problemas: ¿qué se hace con el dinero y qué hace el Estado luego de vender las empresas? ¿Cuál cree que debe ser el rol del Estado luego de llevarse a cabo las privatizaciones?**

DE LOS HEROS: No es verdad que prácticamente se remataron las empresas. El proceso que yo conocí fue meticuloso. No hay que olvidar que las empresas eran en su mayor parte una catástrofe. Voy a dar tres ejemplos: (i) telefonía; (ii) electricidad; y, (iii) agua. Para obtener un teléfono había que esperar más de un año y medio en el mejor de los casos y mejor era comprarlo aunque fuese caro a alguien que lo pudiera ceder. Ni siquiera había celulares que ya estaban siendo utilizados en todo el mundo. Hoy el servicio telefónico, prestado por varias empresas, es eficiente, una línea fija se instala en tres días y hay más celulares que habitantes en el país. Ni qué decir de la electricidad, que hoy incluso la exportamos y que en mi niñez era un tesoro y nada garantizaba que no hubiera apagones. Finalmente el agua, único sector no privatizado en esos años, vemos que no satisface las necesidades y expectativas de los usuarios. Qué ha pasado con el dinero, se pregunta. Parecería que se quiere implicar que el Estado se queda sin nada pero no es así. El dinero fruto de las privatizaciones producen dinero que mueve el mercado y da empleo y producen impuestos que el Estado recibe para destinarlos a la sociedad en general.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

MERINO: Es muy importante recordar que la labor del Estado no se acaba una vez que ocurre la privatización. Al Estado le corresponde fiscalizar que ese servicio brindado cumpla con lo establecido en la ley, es decir, que éste sea de calidad, que se brinde sin discriminación, que no exista abuso por parte de la empresa, entre otras ineludibles obligaciones. Si bien las reglas han cambiado –pues el Estado no va a prestar ese servicio al privatizarse–, no puede abdicar de su finalidad, que es el bien común. En consecuencia, debe redefinir sus funciones en aras de alcanzar este objetivo.

Como ha ocurrido en diversos casos al momento de privatizarse un servicio, el Estado crea los organismos reguladores, a fin de obtener un equilibrio entre los usuarios y las empresas que brinden los servicios, así como una adecuada provisión de los servicios y la satisfacción de las necesidades del usuario. Entonces, corresponde al Estado adoptar un rol de “tercero” que fiscalice la prestación del servicio y resuelva las controversias surgidas entre los particulares con las empresas, o las que se produzcan entre ellas mismas. El Estado ya no es más “planificador”; por el contrario, debe asumir un rol promotor o regulador.

Un claro ejemplo del éxito de este nuevo rol del Estado es perceptible en los organismos reguladores. Por ejemplo, véase el caso de OSIPTEL, cuya finalidad consiste en regular y supervisar el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, independientemente de las empresas operadoras. Esta entidad cumple un rol fundamental para los usuarios, pues, mediante su intervención, el Estado garantiza y vela por su bienestar.

ZEGARRA: ¿Qué hacer con el dinero? Bueno, los ingresos de una privatización son ingresos extraordinarios por tanto lo financieramente sensato es dedicar esos ingresos a gastos o inversión extraordinaria. Con los ingresos de la privatización no puedes financiar gastos corrientes, no puede ir a planilla por ejemplo, ni al pago de servicios, tiene que ir a una inversión extraordinaria, llámese infraestructura. En fin, eso creo que hay que juzgarlo en el momento que se produce el ingreso, según las necesidades del fisco en ese momento. No me atrevería a dar ninguna regla mas específica que esa, que ingreso extraordinario debe ir a gasto extraordinario o inversión extraordinaria

Finalmente el estado debe concentrarse en su rol, en aquellas actividades que son consustanciales a su existencia, aquellas que en principio se administran mejor desde una plataforma pública que desde una plataforma privada, es decir, probablemente justicia, seguridad, y las otras cosas que son consustanciales al estado. Que las pocas cosas que tenga que hacer, las haga mejor.

6. Existe una gran diferencia entre crecimiento y desarrollo. Con las reformas estructurales empieza un gran crecimiento, el Producto Bruto Interno aumenta considerablemente, pero, ¿el Decreto Legislativo 757 contempla mecanismos para alcanzar el desarrollo o tan solo el crecimiento económico?

DE LOS HEROS: El Decreto bajo comentario presta condiciones para que haya inversión y esta traiga crecimiento y desarrollo. El desarrollo implica el sentido social del crecimiento, lo que hoy llaman inclusión. Como complemento de cualquier norma que establezca condiciones para ejercer una actividad o regir un sector, y que esta actividad o recurso genere ingresos públicos, el Estado debe orientar sus recursos a resolver los problemas de inclusión que llevan al desarrollo, tales como educación, salud, seguridad, vialidad y todo aquello que permita lograr el ansiado desarrollo. El Decreto comentado da las condiciones para la inversión y el crecimiento, da reglas de juego seguras para que todos los peruanos se sientan seguros de emprender sin temor ni sufrir arbitrariedades. Pero el desarrollo es una consecuencia de todo esto que debe ser orientada por el Estado y también aplicada por los privados, cada uno en su ámbito de acción, desde el hogar y el trato con los hijos y familiares hasta la responsabilidad social empresarial.

MERINO: El Decreto Legislativo 757 constituyó un mecanismo para atraer grandes inversiones debido al contexto en que el Perú se encontraba al iniciarse la década del noventa. Como bien se señala en la pregunta, crecimiento no equivale a desarrollo. Más complejo aún es definir el tipo de “desarrollo” al que aludimos. Considero que al hablar de “desarrollo” estamos refiriéndonos al

desarrollo humano integral, que incluye innegablemente al crecimiento económico, pero, con igual importancia, a la libertad del individuo, así como a todo lo que supone la inclusión de los sectores tradicionalmente marginados y excluidos de los servicios públicos y de la economía moderna, sana y responsable, a fin de garantizar el ejercicio de sus derechos y su ciudadanía.

Ciertamente, la historia nos ha demostrado que el crecimiento económico por sí solo no concluye necesariamente en la inclusión de peruanas y peruanos, ni en el ejercicio pleno de sus derechos. Es más, en muchos casos, un crecimiento económico ciego podría acarrear consecuencias negativas para el medio ambiente o los derechos humanos (por ejemplo, los derechos laborales). Sin embargo, también es cierto que no puede existir bienestar social en la pobreza, pues no se puede brindar bienestar a la población si no hay creación de riqueza ni mecanismos para promoverla. En un escenario semejante, ¿cómo se van a brindar los servicios públicos? Por ello, el crecimiento económico constituye un requisito indispensable para la inclusión social y el bienestar de la población, pero no es suficiente. Debe estar complementado con otros componentes como políticas públicas inclusivas de largo plazo, fiscalización por parte del Estado, acciones afirmativas, entre otras.

ZEGARRA: Sin duda hay una diferencia entre crecimiento y desarrollo. El crecimiento es una condición indispensable para el desarrollo, entonces, es necesaria pero tal vez no suficiente. En la medida que el Decreto Legislativo 757 es un gran propulsor del crecimiento económico, contribuye también al desarrollo, es decir, indirectamente. Sin el mencionado decreto probablemente sería muy difícil hablar de crecimiento y por tanto sería imposible hablar de desarrollo. Sin perjuicio de ello, creo también que sí hay una preocupación sistémica, integral, en el texto del Decreto Legislativo 757; se deja ver, a mi parecer, que no es una norma que esté obsesionada con el corto plazo y el crecimiento desordenado y destructivo. Por lo pronto hay normas que se refieren al medio ambiente, entonces parece que sí hay un espíritu equilibrado de lograr el crecimiento, pero también una mejora en la calidad de vida de la gente, que creo que es a lo que se están refiriendo ustedes con desarrollo. Casi que los objetivos del milenio

agrupan esas preocupaciones. Yo creo que el Decreto Legislativo 757 tiene una inspiración desarrollista en el buen sentido de la palabra.

7. Es bien sabido que durante la primera etapa del Gobierno del ex-presidente Alberto Fujimori se buscaban créditos internacionales y el refinanciamiento de la deuda externa. En este sentido, ¿el Decreto Legislativo 757 se encontraba dentro de los condicionamientos del Banco Mundial?

DE LOS HEROS: Las políticas relativas a la deuda externa no pasaron durante mi participación en el Estado por un criterio de aceptar condicionamientos del Banco Mundial sino al revés. En primer lugar, tal como lo he relatado al responder la primera pregunta, el Perú estaba virtualmente quebrado en 1990 y no estábamos para otra cosa que para poner la casa en orden. Y eso fue lo que se hizo con todas las normas que he mencionado. Ahora bien, todos los organismos financieros internacionales tienen estándares de comportamiento de las economías para calificar a diversas fuentes de financiamiento y a los niveles de seguridad para las inversiones. El Perú no estaba en el mejor pie en ese aspecto, así que no hay duda que todas las normas que se dieron fueron poco a poco ayudando a mejorar la imagen crediticia del país, pero no se trata de darle gusto a ningún organismo, sino de sacar al Perú del entrampamiento en que se encontraba.

MERINO: El Decreto Legislativo 757 fue un hito importante en la reforma del rol del Estado en la economía y en la concepción del régimen económico de nuestro país. Esta norma fue un primer paso para los cambios posteriores: el Régimen Económico de la Constitución Política de 1993, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley General de Minería, la Ley de Promoción del Sector Agropecuario, el Convenio del CIADI, etc.

En ese sentido, el Estado peruano decidió adoptar un nuevo régimen económico. Por ello, el Congreso ratificó la adhesión del Perú a la Convención con que se estableció el Organismo Multilateral de Garantías de Inversiones (OMGI) del Banco Mundial, en aras de brindar una mayor seguridad y garantía a los inversionistas. Desde entonces,

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

los inversionistas extranjeros, en suma, sienten protegidos sus derechos e intereses con este nuevo marco jurídico, lo que permite movilizar sus capitales hacia nuestro país.

ZEGARRA: Nuevamente, yo no participe del debate de esta norma, así que no puedo saber a ciencia cierta hasta qué punto tuvo una motivación o una influencia en el sentido que tu dices relativa a las exigencias de los organismos multilaterales como el Banco Mundial (BM) o el Fondo Monetario Internacional (FMI) y no me consta. Lo que me queda claro es que se da en un contexto general en el que eso es así, es decir, hay una voluntad política en ese momento de reinsertar al Perú en los mercados financieros internacionales, en los mercados internacionales más que financieros, y es cierto que el FMI y el BM esperaban del Perú una serie de reformas que permitieran que fuera viable esa inserción. En ese contexto es en el que se promulga esta norma, entonces yo te diría que como cuestión genérica el Decreto Legislativo 757 sí es parte de las normas y de las reformas mediante las cuales el Perú se inserta en los mercados internacionales siguiendo las recomendaciones de los organismos multilaterales. En términos específicos no he encontrado ninguna referencia histórica ni normativamente explícita que permita deducir que la norma específicamente o en su texto (en su literalidad) pueda ser exigencia de estos organismos.

8. **Creemos que una democracia es el mejor mecanismo para dar seguridad jurídica a los inversionistas. El Decreto Legislativo 757 se dictó en el marco de una democracia, pero meses más tarde se generó una ruptura en el modelo democrático. ¿Qué mecanismos prevé el decreto para dar estabilidad y seguridad jurídica a las inversiones en dicho contexto?**

DE LOS HEROS: La ruptura del modelo democrático creó problemas internos y externos de gobernabilidad, tan es así que a los tres meses del 5 de abril de 1992, el Perú estaba en la OEA (Organización de Estados Americanos) reunión Bahamas, manifestando su voluntad de volver al cause democrático, lo que dio lugar a la convocatoria a una constituyente y al posterior llamado a elecciones. Pero eso es un aspecto político del problema. El otro, referido al régimen legal,

no se alteró y ésta y las otras normas que se dieron en 1991, y en los años posteriores, continuaron rigiendo incluso hasta hoy en muchos casos, pues la modificación que se han operado en la legislación no han modificado el núcleo de esas reformas.

MERINO: Como bien se señala, unos meses después de dictarse esta norma, en abril de 1992, el Estado peruano vivió un quiebre del sistema democrático. Si bien este Decreto Legislativo consagraba una serie de derechos —como los concernientes a la propiedad privada, la libre competencia o la igualdad entre los competidores—, no aludió a cláusulas de respeto a la institucionalidad democrática. Éstas habrían resultado magníficas para evitar una ruptura como la que se produjo en ese momento. Adicionalmente, cabría señalar que los mecanismos de presión debían ser tanto externos como internos, pues correspondía a la sociedad civil y a la comunidad internacional pronunciarse sobre este hecho y expresar su rechazo. Sin embargo, esta situación no se produjo.

ZEGARRA: El Decreto Legislativo 757 tiene una serie de mecanismos de garantía de las inversiones. A eso me refería yo cuando decía que no basta con que la norma sea promulgada y declare o proclame un serie de principios de apertura económica, también se requiere una *praxis* que genere confianza en el largo plazo y esa *praxis* está condicionada por una serie de mecanismos, y el Decreto Legislativo 757 prevé varios. Entre ellos se encuentran los contratos de estabilidad tributaria y jurídica, los arbitrajes internacionales, los principios generales que sirven de garantía a los inversionistas como la igualdad de trato, la no discriminación entre los inversionistas nacionales y extranjeros, transparencia en los procedimientos administrativos; en fin, una serie de normas que son a la vez mecanismos e incentivos para garantizar la seguridad jurídica.

9. **Usted ha participado activamente, tanto en la administración pública como en el sector privado. Sin duda, ha podido apreciar ambas caras de una relación compleja y muchas veces —aunque no todas— con opiniones polarizadas. ¿Cómo explicaría esta relación?**

DE LOS HEROS: La relación entre lo privado y lo público es algo compleja. Son dos lados de la misma mesa. En cada lado se ven los

problemas desde su propia perspectiva. Usualmente lo privado es más simple, directo, práctico y efectivo; y lo público es complejo, burocrático, lento y muchas veces inútil. Creo que hay que aceptar ambas realidades y así como en las normas de 1991 se quiso destrabar y agilizar al país, así se debe hacer ahora, pues existe un defecto en la mente de los peruanos que tiene raíces incas, virreinales y republicanas: la reciprocidad entre poder y servicio, la sujeción genuflexa al poder, el responder a los intereses de mi panaca, mi familia, mi clan, mi grupo, sin entender la enorme responsabilidad cuando estoy en el gobierno. Esto nos lleva a una reconversión mental para que los ciudadanos y la actividad privada en general entiendan su responsabilidad social y para que los gobernantes aprendan a servir al país, sin egoísmo ni corrupción.

MERINO: El sector privado y el sector público no tienen por qué ser extremos antagónicos. A lo largo del mundo, así como en nuestro país, hemos sido testigos de experiencias positivas y buenas prácticas de empresarios y miembros de la sociedad civil en conjunción con agentes públicos. Sin embargo, la relación entre ambos se complica cuando alguno de ellos pretende infringir lo dispuesto en la ley. Por un lado, cuando la empresa no atiende a la satisfacción del usuario sino que, por el contrario, no acata lo señalado en la ley, e incrementa arbitrariamente las tarifas o vulnera los derechos de sus trabajadores, el Estado debe defender a sus ciudadanos y condenar estas situaciones. Eso no es intervencionismo; es el imperio de la ley, cautelado por el Estado.

Por otra parte, en el otro extremo, las autoridades abusan muchas veces al ejercer su poder y desean exigir más a las empresas, a pesar de que esa acción no se encuentra avalada en nuestra legislación. Tampoco se debe confundir el rol del Estado con el que desempeña la empresa, pues esta última paga tributos, pero no los administra. Quienes deben administrarlos en beneficio de la población son sus autoridades.

Mucha ideología existe, asimismo, con relación a ciertas actividades económicas. Tanto las autoridades como las empresas vinculadas tienen el deber de informar adecuadamente a la población sin manipulación, sin prejuicios o calificaciones subjetivas. Se debe promover

el debate y el diálogo entre empresas y autoridades, pues, como lo he señalado anteriormente, el crecimiento económico es un requisito insustituible para la inclusión. Sin embargo, esto no implica que se deba privilegiar a las empresas por encima del Estado, o viceversa, ni permitir los abusos que malos elementos de ambos sectores puedan cometer.

ZEGARRA: Yo no tengo mayor experiencia en el sector público pero tengo una especie de sucedáneo a eso que es que trabajo en la prensa, que de alguna manera tiene que ver con los debates públicos en el país y con las preocupaciones públicas. Yo sí creo que hay mucha polarización en el Perú, ahora, no sé si se pueden plantear en términos de que sea un debate específicamente entre el sector público y el sector privado; creo que es una polarización de puntos de vista muy emocional, donde hay varias visiones del mundo. Pero que no se limita a ello, sino a lealtades y a bandos, como te digo, con una carga emocional muy fuerte. Yo siento que en el país hay visiones muy polarizadas y poco dialogantes entre sí, sobre muchas cosas que tienen que ver con cuál es la legítima participación del Estado o la legítima intervención de un Estado tanto en la política como en la economía; y sí encuentro que muchas veces hay muy poca disposición al diálogo y a la negociación de puntos medios.

Como te digo, probablemente esto esté vinculado con la falta de institucionalidad. El hecho que sean posiciones con mucha carga emocional se contraponen a una situación más saludable, donde nos encontremos ante razonamientos distintos pero condicionados desde el punto de vista racional, y que tenga que ver justamente con una ideología y una visión del mundo más racional, lo cual se logra en países con instituciones más sólidas y con partidos más sólidos. Acá hay bandos, lealtades y caudillismos, entonces probablemente hasta que no podamos consolidar instituciones más sólidas (yo de todas maneras creo que muchas instituciones se hayan ido consolidando en estos años de democracia pero evidentemente no lo suficiente) y sobre todo partidos más serios, más consistentes, donde lo que importe sean las ideas y la visión del mundo y no las lealtades de los caudillos, no podremos negociar, discutir alturadamente o concertar, y se mantendrá esta polarización de visiones, de puntos de vista o posiciones.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zegarra Mulanovich

10. Finalmente, ¿podría darnos su impresión acerca de la situación actual de nuestro país como un destino atractivo para la inversión de capitales extranjeros en comparación a nuestra posición en los años previos a las reformas estructurales de principios de los noventas?

DE LOS HEROS: El Perú a lo largo del tiempo, desde que se dieron estas normas en 1991 y muchas otras que se van dando posteriormente, ha ido construyendo en más de veinte años, un crecimiento económico, un desarrollo y una credibilidad como un país que, aunque todavía insuficientes, siguen adelante y creo que tendrá éxito, en la medida en que todos pongamos nuestro esfuerzo y nuestra inteligencia en mantener los valores que implica lo que se ha logrado. Los jóvenes de hoy no han visto el cambio del Perú desde que en 1962 atendíamos como alumnos de derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú el consultorio jurídico gratuito en Comas, con un cúmulo de chozas de invasión, sin agua ni luz, y hoy es el Cono Norte, una de las mejores zonas de la ciudad, con un crecimiento pujante y con una Lima que, violentamente ha pasado de un millón y medio de habitantes a cerca de ocho millones.

Simplemente lo han recibido como esta hoy y no están conformes con toda seguridad, pero deben entender que a cada peruano, dentro de su generación le toca ir colocando su esfuerzo en la construcción de la patria y que así será mejor cada día. El Perú es atractivo para la inversión, pero el frágil ambiente en que esta se mueve dentro de un mundo competitivo, nos hace ver la necesidad de perseverar en lo bueno y no caer o volver a caer en lo negativo, pero siempre pensando en que todos somos peruanos y tenemos igual derecho al desarrollo.

MERINO: Como lo ha demostrado la reciente crisis internacional, nuestro país se ha convertido en un destino atractivo para los inversionistas extranjeros. Considero que esto se debe, en gran medida, a las reformas estructurales adoptadas en la década del noventa, las cuales fueron continuadas y profundizadas en el primer decenio del siglo XXI. Las economías deben abrirse al mundo, no solo para mejorar el bienestar de sus ciudadanos, sino para fomentar la competitividad entre ellos. Por otro lado,

el buen manejo de la economía peruana, los altos índices de bonanza económica, el compromiso del Estado peruano de resolver pacíficamente las controversias que deba atender y sostener con empresas extranjeras mediante el CIADI, las cláusulas de estabilidad jurídica tributaria y el cumplimiento de sus compromisos internacionales contribuyeron a crear este clima de confianza para los grandes inversionistas.

Ante estas circunstancias, cabe destacar que la legislación peruana actual se enmarca dentro de los principios de la libre competencia, la libre iniciativa privada y la ausencia de privilegios para las empresas públicas. Asimismo, es preciso subrayar que el Estado solo es promotor y fiscalizador, más no un planificador de la economía. Este nuevo rol del Estado genera estabilidad y seguridad jurídica, y atrae a nuevos capitales. Ése es el camino a seguir.

ZEGARRA: No hay que ser de la NASA para observar que el Perú ha evolucionado sustancialmente en esta materia. Primero, como una economía que se maneja seriamente, con una política fiscal y monetaria consistente, sólida. Luego, con una creciente institucionalidad que va mas allá de la macroeconomía. Creo que en los últimos años de democracia han ido desarrollándose poco a poco algunas instituciones, como por ejemplo el Tribunal Constitucional, que ha dado una serie de sentencias, con las cuales yo discrepo frontalmente, sin embargo es una institución que ha ganado legitimidad a lo largo de estos años y se ha posicionado como un órgano deliberativo importante y legítimo.

Creo que en los últimos años hemos logrado demostrar que somos un país que puede funcionar en democracia y con libertades económicas (tal vez en los primeros años de los 90 sólo con libertades económicas, y a lo largo de esta última década con libertad tanto política como económica). Tal vez lo que nos falta –lo cual supone el reto para esta década– sea consolidar instituciones para que haya una democracia funcional. A modo de ejemplo, yo estuve hace algo más de un mes en Londres reunido con el gestor de un *hedge fund* que nos da una clara preferencia de Colombia respecto a Perú. Nosotros acá estamos acostumbrados a ver que las noticias internacionales se

levantan aquellas que hablan muy bien del Perú, pero yo allá pude encontrar que Colombia era mucho más engréida por estos analistas que el Perú. Además que ya estamos acostumbrados a que nos pongan en el mismo saco que Chile o Ecuador, y cuando le pregunté a este gestor por qué encontraba a Colombia tan superior respecto de Perú la respuesta fue muy contundente: me dijo que porque en Colombia ya no hay riesgo político mientras que en el Perú cada cinco años hay alguno. Existe el riesgo de un viraje, el fantasma del antisistema, y eso tiene mucho que ver con que todavía no se da la institucionalidad democrática; si bien existe, todavía es disfuncional por lo que te digo, por la falta de solidez de las instituciones y por la falta de partidos. En

Colombia hay bipartidismo, hay partidos que funcionan, hay una política que es mucho más moderna que la peruana, entonces el reto para nosotros en esta década probablemente sea ese. Para igualarnos con Colombia y con Chile, tener una institucionalidad con cierto grado de bipartidismo y cierto grado de institucionalidad que nos pongan en ese nivel y que evite pues estos riesgos recurrentes en cada elección—que el destino del país dependa del humor o de la convicción o pragmatismo de un caudillo que no tiene detrás de sí nada más que su propia voluntad y sus propios allegados. Como es el caso del gobierno actual que no tiene una institucionalidad partidaria, una ideología partidaria que ponga cortapisas, frenos o en todo caso un marco conceptual, ese es el reto que nos queda pendiente.

Alfonso de los Heros Pérez Albela, Beatriz Merino Lucero,
Gonzalo Zagarra Mulanovich