

EN QUE MEDIDA ES NECESARIA LA REGULACIÓN DEL CONTRATO LEY EN EL ESTADO PERUANO?



JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE *

Para muchos tratadistas los contratos- ley constituyen una figura sui generis de la institución del contrato, no es en realidad una categoría normativa, una fuente formal del derecho constitucional. tal afirmación no tiene incidencia alguna en reconocer la fuerza vinculante del contrato. En efecto, las estipulaciones de un contrato vinculan a las partes que lo suscriben, y su observancia, acarrea la posibilidad de que se sancionen dichos incumplimientos. Pero una cosa es reconocer a los contratos su fuerza vinculante y la obligatoriedad de sus términos, y otra muy distinta es atribuirles fuentes primarias o normas con rango de ley.

No puede a los contratos- ley reconocérseles de facto el rango de ley, en primer lugar, porque no es el ámbito de aplicación o el carácter general que se pueda desprender de las estipulaciones de un acto jurídico lo que los convierte o permite su equiparación, a las normas con rango de ley. las fuentes formales del estado constitucional de derecho, y el rango que pudieran tener, son aquellas a las que el propio ordenamiento constitucional les atribuye dicha condición y rango. Tales cualidades son independientes de los efectos o la eficacia erga omnes que pueda poseer.

No son razones lógicas, materiales, sus efectos mas o menos generales, o cuestiones inherentes a la estructura de los diversos actos normativos, los que hacen que determinadas fuentes del derecho puedan ser consideradas como con

* Ex Gerente de Asesoría Jurídica del Centro Vacacional de Huampaní. Ex Gerente de Secretaría General de la Municipalidad del Distrito de Asia. Doctorante en Administración por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Egresado del Doctorado en Derecho, de las Maestrías en Derecho Empresarial y Derecho Penal, por la misma Casa Superior de estudios; y del I Nivel del VII Curso del Programa de Formación de Aspirantes a Magistrados de la Academia de la Magistratura. Abogado por la Universidad Católica de Santa María de Arequipa (Perú). Ex Conciliador del Centro de Conciliación Extrajudicial Paz y Vida, Arbitro de Derecho y Conciliador Extrajudicial. Post grado en Derecho Registral y Notarial. Especialista en Comercio Exterior y Aduanas, Análisis del Código Procesal Civil, Derecho Penal Aplicado, Perfil Académico para la Magistratura y en Derecho Público. Diplomado en Razonamiento Jurídico y Análisis de Sentencias del Tribunal Constitucional, Enseñanza Superior del Derecho, Litigación Avanzada, Oratoria y Presentaciones de Impacto, Derecho Empresarial, Laboral, Procesal Constitucional, Procesal Penal, Derecho de Familia del Niño y del Adolescente; y en Civil y Procesal Civil. Estudios de Filosofía, Psicología, Marketing, Italiano, Inglés y Traductor Intérprete del Idioma Portugués avanzado. kimblellmen@hotmail.com

rango de ley. el rango que una fuente ocupa en el ordenamiento jurídico es aquel que el propio ordenamiento jurídico constitucional ha dispuesto producto de una decisión de naturaleza esencialmente política expresada en la constitución. Y sucede que al menos que en el ordenamiento jurídico constitucional peruano, ese rango se ha conferido a los denominados contratos- ley.

Es importante evaluar si estos contratos al haber sido catalogados como contratos- ley mediante ley expresa, tienen finalmente fuerza de ley. Al respecto habría que señalar que en el constitucionalismo decimonónico, la noción de fuerza de ley estuvo ligada a la idea de la ley como expresión de voluntad general, es decir, como una propiedad derivada de su ocupación como la norma cimera del ordenamiento jurídico. esta a su vez, reconocía a la expresión de la voluntad popular, por medio de la ley, dos cualidades, por un lado, una fuerza activa, consistente en la capacidad ilimitada de innovar el ordenamiento jurídico, y, por otro lado, una fuerza pasiva, es decir, la capacidad de resistir frente a modificaciones o derogaciones que procediesen de otras fuentes de derecho que no tuviesen los mismos atributos.

Evidentemente, una dimensión semejante de la moción fuerza de ley, hoy no es de recibo del estado constitucional de derecho. en este, en efecto, la posición suprema ya no la ocupa la ley, sino la constitución. y aunque el legislador democrático goza de una amplia discrecionalidad para ejercer la función legislativa, es claro que su capacidad para innovar el ordenamiento jurídico esta condicionada por los limites formales, materiales y competenciales que se deriven de la constitución, que es la *lex legum*.

Desde luego que no es solo la fuerza activa de una ley la que ha tenido que replantearse a partir del establecimiento de la constitución como norma suprema de ordenamiento jurídico. Otro tanto ahora, cabria que afirmar con relación a su fuerza pasiva. La multiplicación de fuentes normativas con el mismo rango ha supuesto que la modificación, suspensión o derogación de la ley no necesariamente tenga que provenir de otra ley en sentido formal, esto es, de la que el parlamento pueda aprobar, sino, también de aquellas otras fuentes normativas que, en el ordenamiento, tienen su mismo rango, como el decreto de urgencia o decreto legislativo, y dentro, por supuesto, de los limites que la constitución impone.

La calificación de los convenios de estabilidad jurídica como contratos con fuerza de ley no proviene de la constitución, sino, del artículo 39 del decreto legislativo 757 ley marco para el crecimiento de la inversión privada. el origen de si denominación en este caso no es superfluo, dado que con la misma expresión en otros sectores del ordenamiento, se alude a un tópico completamente distinto. Por ejemplo, en el derecho privado, concretamente en el derecho civil, con tal noción tambien se suele aludir a la intensidad del nexo que vincula a las partes de un contrato.

Tienen los convenios de estabilidad jurídica con los contratos ley, una relación de genero y especie respectivamente. como primer punto, revisaremos sus características:

- Uno de los rasgos más importantes de estos estriba en el compromiso que asume el estado, de mantener invariable su contenido si acaso poder utilizar ninguna norma jurídica que varíe indirectamente las reglas que se pacten. Existe pues, vía la norma constitucional, un “cerrojo” que evita ejercer la posibilidad

antes mencionada, ya que la dación de cualquier norma que pueda modificarlos, incurriría inmediatamente en los predios de la inconstitucionalidad.

- Respecto de su denominación, debemos decir que no se hace diferencia respecto de nombrarlos como convenios de estabilidad jurídica o como contratos de otorgamiento de garantías y seguridades a la inversión o como contratos ley.
- La reserva que efectúa la administración respecto de la formación del esquema contractual, es otra de las características saltantes de este tipo de convenios y la misma se ve expresada en normas aprobatorias de los modelos de contratos de estabilidad.
- Se han extendido en distintos sectores no obstante lo cual mantienen una línea uniforme y fines idénticos.
- La formalidad que exige que para su formación debe seguirse un procedimiento administrativo previo que importa la presentación de una solicitud al órgano competente, el que evalúa si el inversionista cumple con las condiciones para acceder al régimen de estabilidad jurídica.
- Finalmente, tienen un plazo de vigencia variable en razón del tipo de inversión que van a efectuar, que puede ser entre los 10 o 15 años.

El contrato ley es una institución que surge de la necesidad de estado de dotar se seguridad jurídica a los inversionistas privados. Su origen tiene relación tanto con la facultad del estado de modificar el marco legal aplicable a sus con los particulares, como a los de aliviar el riesgo no comercial que surge de la doctrina de las cláusulas exorbitantes en el derecho administrativo.

La experiencia internacional en materia de inversiones, particularmente en el caso de inversiones extranjeras, ha traído como consecuencia la necesidad de buscar mecanismos para aliviar o eliminar el riesgo no comercial en la contratación con el estado.

Este contrato presenta probablemente la forma mas avanzada de alcanzar este objetivo, en la medida que constituye un medio por lo que el estado se compromete a no modificar el marco legal vigente al momento de la inversión y opta inmediatamente por regir una relación jurídica patrimonial mediante las normas de derecho privado.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Art. 1357 del código civil representa el origen de esta importante institución. si bien su jerarquía normativa ofrecía una seguridad jurídica solo relativa, disposiciones generales y sectoriales posteriores, incluidas las normas sobre convenios de estabilidad jurídica, han desarrollado el concepto generando una practica contractual muy importante.

La respuesta al problema de la inestabilidad jurídica, va a ser, de acuerdo con nuestro trabajo, la búsqueda de seguridad jurídica, pero ¿de que seguridad estamos hablando?. La autentica seguridad que el derecho quiere alcanzar requiere la garantía de ciertas exigencias de libertad de igualdad, por ello, la seguridad jurídica alude a un concepto valorativo, a un contenido de justicia expresado en términos de derecho y libertades. en suma, existe seguridad jurídica donde se da una rigurosa

delimitación de las esferas jurídicas y, sobre todo, en el ámbito del derecho público, como sólido pilar de los derechos subjetivos privados, aquéllas no puede dejar de apoyarse en un principio que confiera estabilidad a las esferas así delimitadas, sustrayendo la actividad de los ciudadanos de las áreas de lo contingente y arbitrario.

Es innegable que hubiese sido lo esperado la constitucionalización del principio de seguridad jurídica, pero el legislador constitucional al encontrarse ceñido a la concepción liberal, busco un texto práctico más que principista, aquel en el que fácilmente pueda aprehenderse lo sustantivo y que más que una declaración, sea una explicación de los derechos que contiene y de cómo es que estos operan.

Para que la libre iniciativa, (principio de libertad de empresa) y el derecho de actuar en la economía no sean meras figuras retóricas, sin ninguna consecuencia práctica, es preciso que exista este clima de seguridad y predictibilidad de las decisiones del gobierno lo que va a implicar un sistema jurídico cimentado de una reserva absoluta de la ley, que confiere a los sujetos económicos la capacidad de proveer objetivamente sus cargas legales, otorgando así las indispensables garantías requeridas para una iniciativa económica libre y responsable.

Nuestro ingreso en el estudio del régimen económico de la constitución, ha estado orientado hacia el establecimiento de las bases constitucionales de los contratos de estabilidad jurídica, permitiéndonos establecer los alcances de normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, dentro del cual se va a desarrollar el papel interventor del estado, el mismo que va a tener un rol de garante en la efectividad del sistema económico, proyectado este hacia mantener la capacidad de competencia en el mercado, el proceso de distribución, la constancia de los procesos económicos y la realización de una política social.

Nos parece, que no interesa calificar que si el contrato es civil, sino que lo importante es colegir que es un contrato que crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatorio para ellas. Es fundamental recoger aquí la idea que el contrato en ambos derechos es fuente de obligaciones y que su génesis no es propia ni exclusiva a el derecho civil, sino que pertenece a la teoría general de derecho y de ella puede servirse el legislador para crear un mecanismo contractual tan especial como el de los contratos de estabilidad. En sentido estricto, las garantías y seguridades para las inversiones se han instrumentalizado a través de un contrato sobre la base del esquema de contratación.

Nuestra tesis es la de la existencia de un contrato público, aquél en el cual confluyen elementos del derecho administrativo como del derecho civil para producir consecuencias enmarcadas dentro de los planes o políticas de estado para fomentar el crecimiento y desarrollo del aparato económico.

Una primera afirmación que abre paso hacia la elaboración del marco conceptual es aquella que plantea la existencia del fenómeno de inestabilidad jurídica en nuestro ordenamiento y las consecuencias, que desde el punto de vista económico, se han generado en el campo de las inversiones y en el desarrollo del aparato productivo de nuestro país. es por ello que, el estudiar el tema de los contratos de estabilidad jurídica, no ha sido una tarea que haya implicado volcarnos

en un específico campo del derecho, o quedarnos solamente en el frío análisis jurídico de las instituciones que son la base de formación. No ha implicado fundamentalmente combinar elementos de la realidad económica de nuestro medio con aquellos elementos jurídicos directamente vinculados con el diseño de políticas y directrices que proyectan el desarrollo económico en los distintos sectores de la producción.

El diseño de un marco conceptual ha sido desarrollado desde distintos campos del derecho, ya que la figura de los contratos de estabilidad jurídica es un mecanismo producto de la relación entre la teoría general del derecho y el derecho civil, de ahí que no haya sido fácil configurar la naturaleza de este tipo especial de contratos en razón de las implicancias que tiene tanto la participación del estado como la posibilidad de proyectar el mecanismo hacia los particulares con miradas a obtener un resultado económico.

El papel del estado dentro del planteamiento se caracteriza por la determinación de planes o directrices de tipo político - económico en orden al interés público y, del esfuerzo del estado por estimular de distintas formas a las personas vinculadas directamente con la actividad económica concreto. será entonces la combinación de ambas actividades - la de planeamiento y fomento, - las que impulsen la promoción y suscripción de los contratos de estabilidad jurídica.

Luego de recorrer los estadios de la constitución económica, reuniendo el análisis jurídico con el proceso económico y político de nuestro país, se llegó a una primigenia convención, según la cual, la existencia de los contratos de estabilidad jurídica responden a la necesidad que tienen nuestro país de buscar estabilidad en su sistema jurídico, ante los avatares de continuos giros entre democracia y militarismo, o entre privatismo y estatismo, lo que significó el aislamiento económico y una severa crisis económica agravadas en las dos últimas décadas por la emergencia de la subversión terrorista.

Una segunda puerta de entrada para análisis de los contratos de estabilidad, es la que nos dio el estudio de los contratos de estados, ya que aquí encontramos la tipología y las características de formación de un contrato en el que interviene el estado como parte contratante y que es proyectado hacia los particulares para promover su participación en el proceso económico.

En esta parte de la investigación pudimos tener evidencia del error en que han incurrido muchos estudiosos del derecho, al haberse enfrentado con la idea del contrato civil, dándole categoría permanente y absoluta. en esta línea, el trabajo se centró en la caracterización del contrato de estado y en un análisis de los elementos del proceso de formación del mismo, realizando un permanente contraste con la idea del contrato del derecho civil.

A manera de ir complementando el estudio somos de la idea que la seguridad jurídica, dentro del desarrollo de las relaciones entre el interés público y el interés privado, va a ser fundamental insértala en el proceso de contratación pública, ya que el mayor interés del particular contratante, es que el valor que significa el referido proceso se proyecte en el ordenamiento, dándole consistencia, de modo que sus normas no se contraigan entre si y se apliquen en los casos para los que han previstas, sin ser derogadas singularmente.

Luego del análisis de la teoría general de los contratos de estado, la figura de los contratos de estabilidad, en nuestro concepto, debe dejar de ser etiquetada como un contrato administrativo o un contrato de derecho civil, y a que su diseño se ha efectuado tomando elementos pertenecientes a ambos campos. El contrato de estabilidad va aceptar del derecho privado el mutuo consentimiento como idea matriz, pero deduce una consecuencias jurídicas por completo margen de la mecánica privada. en cuanto a su naturaleza jurídica, debemos manifestar que, al final, no interesa decir que es un contrato civil o administrativo, sino mas bien poner énfasis en que es uno crea relaciones jurídicas entre las partes y es obligatoria las partes y es obligatorio para ellas.

En síntesis, debemos expresar que al hablar de un contrato de estabilidad jurídica vamos a referirnos a un contrato publico, en el cual confluyendo elementos del derecho administrativo y del derecho civil para producir consecuencias enmarcadas dentro de los planes o políticas de estado en procura de fomentar el crecimiento y el desarrollo del aparato económico.

El modelo básico de los contratos de estabilidad no es otro que el de los contratos por adhesión, en los que el contenido contractual ha sido determinado con prelación, por uno solo de los contratantes, el estado, al que deberá adherir, el co-contratante que desee formalizar una relación jurídica obligatoria.

El rasgo que marca la originalidad del mecanismo contractual es el compromiso que asume el estado de mantener invariable su contenido, sin acaso poder utilizar una norma jurídica para variar indirectamente las reglas que se pacten.

De esta manera, cuenta con un cerrojo que evita ejercer la posibilidad antes mencionada, por ello en nuestra legislación, los contratos de estabilidad se han extendido en distintos sectores, manteniendo una línea uniforme y fines idénticos.

Proyectándonos hacia fin del contrato de estabilidad, veremos que este va a ser uno de carácter jurídico-económico: desde el punto de vista jurídico busca darle seguridad jurídica al inversionista, sobre la base de los principios de certeza, confianza, autorización, previsibilidad y legalidad en la actuación estatal; y por el lado económico, su fin es el constituirse en un instrumento que posibilite el mayor numero de inversiones en los distintos sectores de la economía de modo que la estructura macro económica montada por el estado, con miras a la reactivación y crecimiento económico, sea alimentadas por capitales productivos y de largo aliento que nos lleven a un desarrollo colectivo.

Una comprobación final y que resume el análisis de este estudio ha sido la de visualizar qué la decisión política del estado ha ponderado como interés general predominante económico nacional a través de inversiones, mediando la firme convicción que con ello va a ser posible alentar el proceso de reactivación económica. la resultante entonces ha sido la de elevar a nivel constitucional potestad del estado de suscripción de estos contratos, preservando que cualquier acto que vaya contra el contenido y ejecución de los mismos, se situé en el plano de lo inconstitucional por la contravención de esa norma de rango recto en nuestro ordenamiento.

La contratación con el estado recibe singular importancia en el actual contexto económico, debido a que la escasez de recursos internos hace necesaria la participación de inversionista extranjeros para el desarrollo de proyecto de gran envergadura. en efecto, el numero cada vez mayor de inversionista extranjeros involucrados en procesos privatizadores o en proyecto de desarrollo- en sectores como minería, hidrocarburo o servicios – ha motivado un auge en la contratación con el estado.

Sin embargo, aquel que contrate con el estado debe frente a riesgos inexistentes en cualquier relación contractual de derecho privado, dado que el estado goza de una situación privilegiada gracias a su poder de imperium; este es el caso de, los contratos administrativos que otorgan al estado cláusulas exorbitantes en virtud de las cuales puede modificar o extinguir las relaciones jurídicas patrimoniales que resulten de dicho contrato.

No debe extrañarnos, entonces, que en determinadas ocasiones el propio estado se desprenda de sus privilegios con el fin de dotar seguridad jurídica a sus relaciones con los particulares, atrayendo de esta manera a potenciales inversionistas.

Seguridad significa, que un estado jurídico que protege en la mas perfecta y eficaz de las formas los bienes de la vida, realiza tal protección de modo imparcial y justo; cuanta con las instituciones necesarias para dicha protección y goza de la confianza, en quienes buscan el derecho, de que este será justamente aplicado.

La contratación con el estado debe a menudo, hacer frente a situaciones, inequitativas resultantes del hecho de que, en sus relaciones jurídicas con personas y entidades, contraídas en uso de sus poderes de imperium, el estado ostenta una situación de privilegio. Es este el caso de aquellos contratos vinculados al otorgamiento de concesiones para la utilización de recursos naturales, el desarrollo de infraestructura publica o la explotación de servicios públicos. El tema reviste particular relevancia en un contexto económico en el que los recursos internos, económicos o tecnológicos, son insuficientes para la realización de proyectos de desarrollo de envergadura, por lo que deben ser inversionistas extranjeros los que provean dichos recursos y contraten con el estado, sometiéndose al mismo tiempo a su jurisdicción.

No es extraño, entonces que, a través de las ultimas décadas, el derecho internacional economico haya venido ocupándose de desarrollar nuevos conceptos e instituciones cuya finalidad es dotar de seguridad jurídica a aquellas relaciones contractuales en las que el propio estado considera justificable eliminar el mayor riesgo no comercial que resulta de su particular situación como contratante. Algunos de estos conceptos e instituciones se circunscriben a las relaciones jurídicas entre estados y nacionales de otros estados, como es el caso de los tratados internacionales relativos a la protección de las inversiones extranjeras.

De otro lado, existen otros conceptos e instituciones que han sido desarrolladas en el derecho interno de cada país, con la finalidad de evitar que la facultad legislativa del estado o su jurisdicción sobre la parte co-contratante, represente un elemento disuasivo para la celebración de un contrato considerado de interés nacional o un factor adicional de riesgo no comercial que dicho co-contratante deba considerar en su modelo económico al tiempo de negociar los términos y condiciones del contrato.

La necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones de los particulares con el estado, cuando este actúa en uso de sus poderes de imperium, es la razón de ser de los contratos ley. El contrato ley cumple entonces la finalidad de dotar de seguridad jurídica al inversionista de dos maneras distintas: mediante la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y mediante la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el estado del derecho administrativo al derecho civil.

No esta en discusión el hecho de que el estado pueda desligarse o no de sus poderes de imperium, que por cierto le son inherentes. lo que sucede cuando el estado se somete voluntariamente a la esfera del derecho privado, no es que aquí se desligue de sus poderes de imperium, si que en virtud de ellos formula renuncia a poder hacer ejercicio de los mismos para someterse a otro estatuto jurídico, el derecho privado, en determinados caso específicos donde el interés publico así lo justifique.

La seguridad jurídica en la contratación con el estado peruano ha alcanzado su máximo desarrollo con la inclusión de la institución del contrato ley en la constitución política vigente. se trata probablemente de una de las disposiciones legales mas avanzadas en el derecho comparado sobre la materia, cuyas repercusiones en la captación de nuevas inversiones en los distintos sectores de la actividad económica que si bien se encuentra en proceso de su real dimensión, consideramos que los contratos ley o convenios de seguridad jurídica no deben existir, porque en el Perú debe reinar un verdadero estado de derecho que no necesite de contratos de esta naturaleza. en todo caso, solo lo justificaríamos como medida inicial- transitoria, hasta que la ciudadanía madure e interiorice que se debe y se tiene que obrar correctamente sin necesidad de que la ley lo tenga que sancionar. en ese sentido, asimismo, señalamos que esa es en verdad la verdadera seguridad jurídica a la que debemos aspirar a tener. el que tengamos una seguridad jurídica contractual entre en estado y los particulares, solamente refleja la carencia clamorosa de seguridad jurídica en esa área en nuestro país y aspirar a conservar-preservar este tipo de contratos, seria negar nuestro propio desarrollo y aceptación interno y externo, seria como negarnos o desaprobarnos a nosotros mismos, seria lo ultimo que podría ocurrirnos. No a la vigencia permanente - perenne del contrato ley o del convenio de seguridad jurídica en el Perú!.