

COMITÉ EDITOR:

Javier de Belaunde López de Romaña

Alfredo Bullard González

Luis Pizarro Aranguren

Carlos Alberto Soto Coaguila

Homenaje
a
Jorge
Avendaño



Capítulo 25



Pontificia Universidad Católica del Perú
FONDO EDITORIAL 2004

Homenaje a Jorge Avendaño
Tomo I

Comité Editor: Javier de Belaúnde López de Romaña
Alfredo Bullard González
Luis Pizarro Aranguren
Carlos Alberto Soto Coaguila

Diseño de carátula: Iván Larco

Copyright © 2004 por Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica
del Perú. Plaza Francia 1164, Lima
Telefax: 330-7405. Teléfonos: 330-7410, 330-7411
Correo electrónico: feditor@pucp.edu.pe

Obra Completa:
ISBN: 9972-42-645-9
Depósito legal: 1501052004-5274

Tomo I: 9972-42-646-7

Primera edición: junio de 2004

Derechos reservados, prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los editores.

Constitución, privatización y servicios públicos. El blindaje jurídico que protege a los contratos-ley en el Perú

Jorge Santistevan de Noriega

ME UNE CON JORGE AVENDAÑO una relación de amistad forjada en las aulas de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, como resultado de haber sido su alumno, primero, en el curso de Derechos Reales y de haber participado, después, en el programa destinado a modernizar la enseñanza del Derecho en la Universidad de Wisconsin. Este programa, preparado por una misión de profesores que visitaron diversas escuelas de Derecho de los Estados Unidos, presidido por Carlos Fernández Sessarego e integrado por Jorge Avendaño Valdez y Felipe Osterling Parodi, se forjó durante el decanato de Avendaño y fue puesto en práctica por su sucesor, el ya citado Felipe Osterling, mientras aquel se desempeñaba como vicerrector. Efectivamente, a fines de los años setenta, cuando me encontraba en plenos estudios en la Universidad de Nueva York, Jorge Avendaño me buscó allí y me convenció de aunarme al equipo de profesores que, con dos promociones previas, estaba participando de esa experiencia que contó con el decidido apoyo de la Fundación Ford.

A mi regreso al Perú, cuando Avendaño era el vicerrector de la Universidad, me animó a colaborar con el Decano de ese tiempo, Felipe Osterling Parodi, como Secretario de la Facultad de Derecho, cargo que ocupé durante breve pero intenso período. Posteriormente, volví a colaborar, pero, esta vez, como Jefe A.I. del Departamento de

Derecho. En todo caso, el tiempo durante el cual me dediqué a la enseñanza del curso de Derecho Laboral y al movimiento de reforma emprendido en esa casa de estudios marcó definitivamente mi futuro profesional.

Posteriormente, luego de algunos años de trabajo en el exterior, a mi regreso al Perú, volví a hallar en Jorge Avendaño —en aquel tiempo, Decano del Colegio de Abogados de Lima— una mano amiga para el reingreso a la profesión en nuestro país. Además, me ayudó con su consejo y con su apoyo en mi participación en la vida pública como Defensor del Pueblo. El doctor Avendaño se hizo patente de muy diversas formas: como ex Decano del Colegio de Abogados, como Congresista de la República, como jurista y político, y como amigo. Por cierto, no lo hizo solamente en beneficio del titular de la institución sino, también, a favor del equipo que, en ese momento, supo contribuir, desde la Defensoría del Pueblo, con el respeto al estado de derecho y la recuperación democrática en el Perú

1. Contratos-ley

Los contratos-ley son contratos por los cuales el Estado otorga a un particular garantías o seguridades que no se pueden modificar legislativamente. Tal como lo deja entrever Pinilla, se trata de fórmulas contractuales mediante las que el Estado, unilateral y constitucionalmente, otorga a un particular determinadas seguridades jurídicas. Este hecho implica que a dichas fórmulas se les reconozca un estatuto jurídico particular y anticipado que hace inalterables los pactos convenidos en el momento del contrato. En ese sentido, aun cuando dichas reglas fueran modificadas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable dicha modificación.¹ Se considera, entonces, que los contratos ley otorgan a lo pactado un blindaje constitucional que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes que se dicten posteriormente.

El artículo 62 de nuestra Constitución Política de 1993 le da carácter constitucional a esta figura cuando señala que «mediante Contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades.

¹ PINILLA CISNEROS, Antonio. *Los contratos-ley en la legislación peruana*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, 1999. Cf. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *El contrato ley*. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 1997.

No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente». Por otro lado, el artículo 1357 del Código Civil prevé que «por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato».

En efecto, como puede desprenderse de las normas señaladas, el artículo 1357 del Código Civil sirvió de base a la posterior consagración constitucional de los contratos-ley. No obstante, recién se admite la posibilidad de establecer esta figura en todas las actividades económicas en que se pueda desenvolver la actividad privada² a partir de la Constitución de 1993. En otras palabras, dicha Constitución establece un marco de protección al inversionista dentro de un contexto en que el Estado comienza a cumplir un rol subsidiario mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa.

En suma, el régimen económico que establece la Constitución presupone que el Estado debe ocupar un puesto de suplencia en aquellas actividades que puedan efectuar los particulares.³ Para tal finalidad, es indispensable garantizar un marco normativo estable que permita a dichos particulares intervenir en cualquier sector de la economía, incluso en aquellos que se creían reservados al Estado, sin que se vean amenazados por alguna iniciativa intervencionista. Es decir, se garantiza «la seguridad jurídica indispensable a las relaciones particulares con el Estado, cuando éste actúa en uso de sus poderes de *imperium*».⁴

Dentro de este contexto normativo y económico, se dicta —en relación con el servicio público de telefonía— la ley 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. En el artículo 3⁵ de esta norma, se autoriza la celebración de contratos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía; así, pues, los contratos de concesión son contratos-ley. Sin embargo, resulta necesario detallar qué

² KRESALJA R., Baldo. «El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos». *Themis*, n.º 39, p. 27.

³ *Idem*. «La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993». *Ius et Veritas*, n.º 22, pp. 272-306.

⁴ AMADO, José Daniel y Luis MIRANDA. «La seguridad jurídica en la contratación con el Estado: el contrato-ley». *Themis*, n.º 33, p. 17.

⁵ «Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley».

implicancias trae consigo esta determinación. En ese sentido, la principal consecuencia de este precepto es la absoluta imposibilidad de modificación legislativa de los contratos-ley (el referido blindaje constitucional). En efecto, se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. En otras palabras, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente los términos pactados, esto es, modificarlos sin adoptar los procedimientos que al efecto el propio contrato-ley contenga. En este caso, el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares; de esta forma, se limitan las atribuciones que al Estado le corresponden en función del *ius variandi*.

Recientemente, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de manera contundente en esta materia. Mediante sentencia de 3 de octubre de 2003 (expediente 005-2003-AI/TC), los magistrados constitucionales han puntualizado, en el fundamento 35, lo siguiente:⁶

En ese orden de ideas, este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último.

Ello es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos «no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase».

Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, «no puede ser modificada legislativamente» como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley.

⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. En <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/0005-2003-AI.html>>.

Consecuentemente, aun cuando fuesen modificadas dichas reglas en lo general, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación.⁷ Se considera, entonces, que los contratos ley otorgan a lo pactado un blindaje jurídico que hace impenetrable a la vida del contrato las leyes que se dicten posteriormente.

2. Naturaleza y características de los contratos-ley

En lo que concierne al carácter de estos contratos, el artículo 39 del decreto legislativo 757 señala que «los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos 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 o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes». Por lo tanto, se trata de figuras legales que, aun cuando pertenecen al Derecho Público y nacen de normas públicas, se regulan en su ejecución por el Derecho Civil. Debe tenerse en cuenta que, en opinión de los juristas peruanos que han escrito específicamente sobre la materia, como Cisneros Pinilla y Zegarra Valdivia, los contratos-ley son de carácter mixto, pues su autorización, preparación, celebración y control están regidos por normas de Derecho Administrativo, en tanto que su ejecución y cumplimiento lo están por el Derecho Civil.⁸

Otro punto a tener en consideración respecto a estos contratos es el referido a la perspectiva que fundamenta al contrato-ley, perspectiva que incluye razones de interés social, nacional o público. No obstante, debe precisarse que estos criterios fueron establecidos en el Código Civil bajo la vigencia de la Constitución de 1979, que contemplaba un rol económico del Estado sustancialmente distinto del contemplado en la Constitución vigente. Con todo, este requisito de interés social, nacional o público se encuentra implícito en los contratos de concesión. En efecto, mediante el decreto legislativo 702 (07/11/91), se

⁷ PINILLA CISNEROS, Antonio. *Op. cit.* Cf. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Op. cit.*.

⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. *Op. cit.*, p. 165; y PINILLA CISNEROS, Antonio. *Op. cit.*, pp. 139-140. Asimismo, el administrativista Jorge Danós Ordoñez coincide con esta tesis de contrato híbrido que comparte tanto elementos del derecho administrativo como elementos del derecho civil en el prólogo de la obra de Zegarra Valdivia.

declaró, como asunto de necesidad pública, el desarrollo de las telecomunicaciones. En este sentido, el artículo 2 de dicha norma, que fue modificado por el artículo 1 del decreto legislativo 766 (5/11/91) consagra que «es de interés nacional la modernización y el desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado, de acuerdo a la presente Ley».

En consecuencia, queda plenamente establecido que los contratos de concesión en aplicación de la ley 26285 tienen el estatus de contratos-ley y, por lo tanto, son inmodificables por una norma posterior. Ello, sin embargo, no quiere decir que no puedan ser modificados por las partes en ejecución del principio de primacía de la voluntad y, si se han previsto, de las cláusulas propias del contrato-ley que al efecto este contenga. De hecho, en el Perú, en relación con el servicio telefónico, dichas estipulaciones contractuales están previstas en los contratos y se han utilizado para modificarlos por acuerdo entre las partes en una oportunidad.⁹

Con el propósito de comprender la naturaleza jurídica del contrato-ley, así como sus características, es necesario precisar, a continuación, la definición de estos contratos y las razones que impulsaron su aparición. Según García Toma,¹⁰ «los contratos ley se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados —nacionales o extranjeros— otorgándoseles a es-

⁹ La cláusula 17 del contrato de concesión para la prestación del servicio portador, servicios telefónico local y servicio de larga distancia nacional e internacional en la República del Perú (cuyos términos son equivalentes a la cláusula 17 del contrato suscrito entre las mismas partes para las ciudades de Lima y Callao) establece el principio de la autonomía de la voluntad para la modificación del contrato en su sección 17.01. Adicionalmente, la sección 17.02 prevé el caso de modificación unilateral del contrato a favor del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y el procedimiento por seguir para tal efecto. Las secciones siguientes 17.03 a 17.06 establecen las reglas sobre terminación del contrato, sus consecuencias y las reglas procesales aplicables. En cumplimiento de lo estipulado en esta cláusula, se suscribieron sendos adenda al contrato destinados a proteger la vigencia del factor productividad para la aplicación de las tarifas tope, redefinir el área geográfica de demarcación territorial para las llamadas de larga distancia (departamentalización) y adelantar el fin del período de concurrencia limitada; todo ello fue aprobado por el decreto supremo 021-98-MTC. Véase *Contratos de concesión con CPT y ENTEL Perú S.A. (hoy, Telefónica del Perú S.A.A.)*. Lima: OSIPTEL, 1994.

¹⁰ GARCÍA TOMA, Víctor. *Análisis Sistemático de la Constitución Política de 1993*. Lima: Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1988, p. 129.

tos últimos garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica». En este sentido, la doctrina entiende por contrato de Estado o contrato-ley¹¹ aquel acuerdo celebrado entre un Estado y una empresa nacional o extranjera en condiciones de igualdad, y destinado a otorgar seguridades y garantías especiales e intangibles a favor del inversionista. Dicho acuerdo somete, además, las diferencias relativas a su interpretación y aplicación a una instancia arbitral.¹²

Este tipo de acuerdos no existió siempre. De hecho, a pesar del antecedente señalado en el Código Civil de 1984, no tienen precedentes en la Constitución histórica del Perú ni en el constitucionalismo comparado.¹³ Antiguamente, la inversión nacional o extranjera tenía como único recurso de protección internacional la institución conocida como *protección diplomática*. De acuerdo con esta figura, cuando un inversionista extranjero se veía afectado por una medida adoptada por el Estado receptor de la inversión, reclamaba ante los tribunales nacionales de este y, si no obtenía satisfacción, solicitaba la protección diplomática de su Estado nacional a efectos de obtener una reparación.¹⁴ Esta medida fue muy utilizada por los inversionistas en la década del setenta en América Latina ante la ola de expropiaciones desatada.

¹¹ En el presente artículo, se emplearán, de manera indistinta, ambas expresiones. La primera es la denominación empleada por el Derecho Internacional; la segunda, la utilizada por el Derecho Civil y, en general, por los derechos nacionales. Sin embargo, se trata, en ambos casos, de la misma figura jurídica.

¹² NOVAK, Fabián. *La contratación entre Estados y empresas transnacionales*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 1995.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre del 2003: «32. Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los cocontratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada».

¹⁴ Cf. NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Derecho Internacional Público*. Tomo II. Volumen 1: «Sujetos de Derecho Internacional». Lima: Instituto de Estudios Internacionales (IDEI)-Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001, p. 334; KISS, A. «La protection diplomatique». En *Encyclopédie Dalloz*. Tomo II. París: Dalloz, s./a., pp. 690-696; GONZALES CAMPOS, Julio, Luis SÁNCHEZ RODRÍGUEZ y Paz Andrés SÁENZ DE SANTA MARÍA. *Curso de Derecho Internacional Público*. Madrid: Civitas, 1998, p. 373; y THIERRY, Hubert, Jean COMBACAU, Serge SUR y Charles VALLÉE. *Droit International Publique*. París: Montchrestien, 1986, p. 436.

Sin embargo, a fines de los años ochenta, la apertura de la mayor parte de las economías a la empresa privada y la creación de un sistema de mercado que permite la concesión de garantías al capital nacional o extranjero marcan una nueva etapa en las relaciones entre el Estado y los inversionistas. Así, la vieja concepción de los inversionistas extranjeros de que «los Estados latinoamericanos eran tradicionalmente sostenedores de sus tribunales nacionales»¹⁵ o de que la doctrina Calvo¹⁶ era el antídoto latinoamericano contra la protección diplomática de las empresas extranjeras¹⁷ quedó definitivamente atrás.

Se ha llegado aún más lejos. Estados como el peruano han suscrito convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones¹⁸ —por ejemplo, el suscrito por el Gobierno del Perú con el reino de España o con el Gobierno de Chile, por mencionar solamente dos— que prevén, más allá del ámbito contractual, la protección a los inversionistas frente a tratos discriminatorios, confiscatorios o expropiatorios. Así, se garantiza al inversor la opción de recurrir a

¹⁵ GRAIG, W.L., W. PARK y J. POULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana, 1984, p. 108. En virtud de la denominada cláusula Calvo, cualquier persona extranjera (natural o jurídica) que celebra un contrato con el Estado, relativo a obras públicas o concesiones, entre otras, se somete expresamente a las leyes y a los tribunales de dicho país y renuncia a solicitar protección diplomática. Cf. NOVAK, Fabián y Luis GARCÍA-CORROCHANO. *Op. cit.* Tomo II. Volumen 2: Sujetos de Derecho Internacional..., 2002, p. 383.

¹⁶ Es una cláusula que, en ocasiones, insertan los gobiernos latinoamericanos en contratos públicos celebrados con extranjeros. Implica que, en caso de que surjan diferencias derivadas de esos contratos, el extranjero deberá agotar los recursos locales antes de recurrir a la protección diplomática de su gobierno. Por su importancia llegó a consagrarse constitucionalmente en la Constitución mexicana artículo 27 fr. I. Cf. INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México D.F.: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 475.

¹⁷ RINKER, J. «The future of Arbitration in Latin America» *Western Reserve Journal of International Law*, n.º 480, 1970, p. 18.

¹⁸ Al respecto, Vítolo señala: «Los países en desarrollo han tratado por todos los medios de estimular inversión directa, considerándola más ventajosa que los préstamos comerciales e imprescindibles para su crecimiento sostenido». Este autor sustenta esta afirmación en los postulados del Sistema Económico Latinoamericano (SELA). Describe, asimismo, el sistema de seguros ante riesgos políticos consagrados por medio de la Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA), promovida por el Banco Mundial y la Overseas Private Investment Corporation, compañías aseguradoras especializadas en estos temas. No obstante, son estos sistemas de seguros los que exigen, como paso previo, la suscripción de un convenio bilateral de protección y promoción, conocido por sus siglas en inglés BIT (Bilateral Investment Treaties). VÍTOLO, Daniel Roque. *Manual económico jurídico de la empresa y de las inversiones extranjeras*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, pp. 63-65.

tribunales internacionales, como los de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL) y del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).¹⁹

Los Estados receptores de la inversión comprobaron que, en el mundo actual, la única manera de establecer y conservar un flujo internacional adecuado de capitales era a través de la fijación y mantenimiento de reglas claras, equilibradas, equitativas e institucionalizadas que crearan un clima satisfactorio para las inversiones. Asimismo, lo entendió la Corte Internacional de Justicia de La Haya cuando en el asunto *Barcelona Traction* señaló que la mejor vía para proteger las inversiones extranjeras era mediante la celebración de acuerdos entre Estados y empresas transnacionales.²⁰

Es, entonces, cuando surge la idea de crear los contratos de Estado, más conocidos en los derechos nacionales como contratos-ley. Estos comenzarían a incorporarse, progresivamente, en las legislaciones —entre ellas, la del Perú— a nivel constitucional.²¹ Estos contratos de Estado o contratos-ley comenzarían, efectivamente, a ser regulados por los derechos nacionales. Para ello, comprenderían tres características esenciales: concertación en plano de igualdad, sometimiento a una jurisdicción arbitral y evasión del derecho interno del Estado contratante. La primera característica apunta a que el Estado contratante no pueda prevalerse de su calidad de ente soberano para modificar unilateralmente su derecho interno y, con ello, alterar directa o indirectamente los derechos y las obligaciones pactadas en el acuerdo. Para lograr este efecto, se incorporarían en los derechos nacionales ciertas técnicas de estabilización, destinadas a garantizar el carácter intangible de estos contratos. La segunda característica se refiere a

¹⁹ Cf. el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Perú y el reino de España, suscrito en Madrid el 17.11.94 y publicado en el *Diario Oficial El Peruano* el 22.04.96 y en cuyo artículo 9 se consagra la opción «a elección del inversor» de recurrir a los tribunales nacionales o al arbitraje ad hoc establecido por el reglamento de arbitraje de UNCITRAL o al CIADI, creado mediante convenio abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio sobre Arreglos Relativos a Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados). El CIADI, sin embargo, es una institución autónoma con personalidad jurídica internacional.

²⁰ Corte Internacional de Justicia. *Recueil*, 1970, párrafo 90. Cf. NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 23.

²¹ Cf. el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993.

que, en los contratos de Estado, la solución de cualquier diferencia sobre su aplicación o interpretación debe ser sometida a la decisión de un árbitro, sea este único o colegiado. Por último, aunque no reconocida en el artículo 62 de la Constitución ni en la legislación peruana, la tercera característica se ha creado con el propósito de someter el contrato a la ley de un tercer país en sustitución de la del Estado receptor.

Todas estas características han llevado a un sector de la Doctrina del Derecho Internacional a considerar estos contratos como convenios casi internacionales. Incluso, algunos les asignan la naturaleza de tratados. Este es el caso de White, quien señala que los contratos de concesión o contratos-ley no tienen mayor diferencia con los acuerdos celebrados entre Estados soberanos;²² o De Barberis, quien los denomina «tratados concertados con sociedades comerciales extranjeras».²³ Este es, también, el caso de Rizzo Romano, quien entiende que «los pactos entre un Estado con individuos o compañías extranjeras, pese a la opinión en contrario de Rousseau, [...] son verdaderos tratados internacionales».²⁴

Aunque no hay rastro de ello en el marco constitucional peruano, cabe mencionar que un sector de la Doctrina extranjera entiende que estos convenios casi internacionales no son simples contratos privados ni contratos de Derecho Público sino convenios de una categoría jurídica superior, equivalente a la de un tratado internacional. Según parece, esta es la naturaleza jurídica del contrato-ley celebrado por la empresa Telefónica del Perú con el Estado peruano.

3. Alcances y contenido de los contratos-ley

A propósito de la demanda de inconstitucionalidad planteada ante el Tribunal Constitucional contra la Ley 26285 —Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios de Telefonía Fija Local y Portadores de Larga Distancia—, se ha suscitado la discusión sobre los

²² WHITE, Eduardo y Carlos CORREA. «El control de las empresas transnacionales y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados». En *Derecho Económico Internacional*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1976, pp. 187 y ss.

²³ BARBERIS, Julio. *Las Fuentes del Derecho Internacional*. La Plata: Editorial Platense, p. 171.

²⁴ RIZO ROMANO, Alfredo. *Derecho Internacional Público*. Buenos Aires: Plus Ultra, 1994, p. 57.

alcances admisibles de los contratos-ley en el marco constitucional vigente. Al respecto, el supremo intérprete de la Constitución analiza la interpretación restrictiva que plantean los demandantes en dicha acción que conduce a limitar el ámbito de los contratos-ley únicamente a seguridades jurídicas, tributarias o laborales y que excluye otro tipo de contenidos —como en el caso bajo *litis*— de los contratos de concesión de servicios públicos. Ante ello, dice textualmente la sentencia:

El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandante. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución establece que «mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades», sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el telos de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.²⁵

Y concluye a continuación:

De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de sus suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijan, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.²⁶

Un caso a considerarse en materia de contratos-ley en nuestro país está sustentado en el artículo 3²⁷ de la ley 26285, que ha sido objeto del reciente pronunciamiento de los jueces constitucionales que se comenta. Dicha ley autoriza, expresamente, la celebración de contra-

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre del 2003. Fundamento 34.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ «Artículo 3.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley».

tos-ley a efectos de la concesión de la prestación de los servicios públicos de telefonía. Respecto del caso, es necesario destacar que, en términos generales, la habilitación para brindar un servicio público está contenida en un contrato administrativo —al decir de Mareinhoff—²⁸ sustentado en una licitación pública,²⁹ que autoriza al concesionario a gestionar el servicio domiciliario por su cuenta y riesgo para recibir una compensación, establecida en una tarifa, en retribución del consumo que hacen de dicho servicio los usuarios. Por ello, Parada³⁰ prefiere considerarlos como contratos de gestión de servicios, en tanto que Ariño Ortiz hace un interesante deslinde entre el servicio público propiamente y la gestión económica de este.³¹

Sin embargo, en el caso del Perú, en virtud de la norma citada y de la existencia de contratos-ley que ofrecen seguridades y garantías a las inversiones extranjeras, la concesión de telefonía fija ha sido habilitada por medio de un contrato de esta especial naturaleza suscrito con el Estado. Resulta, en consecuencia, necesario detallar qué implicancias trae consigo esta naturaleza especial de la relación entre Estado y concesionario establecida mediante un contrato-ley. La más saliente de ellas es que se impide la dación de normas imperativas que modifiquen los términos del contrato-ley. En otras palabras, nos encontramos ante un contrato en el que ninguna de las partes puede modificar unilateralmente el contrato, fuera de los términos pactados. En este caso, el Estado, en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares.

4. Garantías y seguridades a la inversión como sustento de los contratos-ley

En este marco, cabe preguntarse ¿bajo qué circunstancias y con qué propósitos debe el Estado ofrecer garantías especiales y comprometerse a la inmodificación que suponen los contratos-ley? Aunque el texto

²⁸ MAREINHOFF, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1970, p. 577.

²⁹ Véase DROMI, Roberto. *Derecho Telefónico*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1998.

³⁰ PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo. Parte General*. Barcelona: Mariano Pons, 1998, pp. 420-421.

³¹ Cf. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Granada: Fundación de Estudios de Regulación, 2001, pp. 501-502.

constitucional es escueto y no hace expresamente referencia a ello, se admite que, en el marco autoritativo de los contratos-ley —que, evidentemente, solo puede estar contenido en una ley del Congreso de la República— ha de declararse de necesidad y utilidad pública el otorgamiento de las garantías y seguridades por medio de dicha modalidad contractual en el marco de la razonabilidad que debe regir a toda decisión de la autoridad estatal en el manejo de la cosa pública.

Sin embargo, el correlato práctico de tal declaración se ubica en la necesidad de atraer inversiones privadas, nacionales o extranjeras a sectores de la economía que así lo requieren. Ello resulta particularmente necesario en el caso de países que, como el Perú, han alcanzado los límites admisibles de endeudamiento externo, hecho que los obliga a modelar métodos atractivos y seguros de inversión directa, sobre todo, en áreas de la economía que requieren de cuantiosos recursos para su modernización y gestión, como los servicios públicos.

Nuevamente, la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre es particularmente ilustrativa al considerar que la aparición de los contratos-ley «[...] y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada».³² Asimismo, el Tribunal precisa lo siguiente:

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 pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en asuntos privados de la administración, sino, también, en el prestación de actividades de derecho público.³³

³² Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 32, segundo párrafo

³³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34, tercer párrafo

El mismo Tribunal concluye que

[...] una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el telos de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad.³⁴

5. Blindaje constitucional: la no modificación de los contratos-ley

Sin duda, uno de los riesgos que corre una empresa extranjera que contrata con un Estado y somete dicho contrato al derecho interno de este último es el del cambio unilateral de ese ordenamiento estatal. El Estado podría, efectivamente, intentar alterar los términos del contrato mediante la modificación de su legislación interna. Precisamente, la forma que la empresa tiene para evitar este riesgo es mediante la celebración de los denominados contratos-ley, que, por estar jurídicamente blindados, evitan que el Estado contratante varíe su ordenamiento interno en contra de los intereses del inversionista que contrata; por lo demás, si lo modificase, los efectos de esta nueva regulación no se aplican al contrato-ley preexistente, que debe continuar regido por las normas vigentes en el momento de su firma y por las cláusulas en él acordadas.

Por medio de las denominadas técnicas de estabilización, incorporadas en los contratos de Estado, los inversionistas logran eliminar la inestabilidad de las políticas económicas y la variabilidad de las normas jurídicas, posibilidad que se conoce como riesgo político. Aunque estas técnicas de estabilización varían de una legislación a otra, pueden distinguirse, principalmente, tres tipos.³⁵ En primer lugar, se en-

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 34, último párrafo

³⁵ CHUECA SANCHO, Ángel. «Contratos entre Estados y empresas extranjeras y Derecho Internacional Público». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria Gasteiz*. Bilbao: Universidad del País Vasco, 1990, p. 330.

cuenta la técnica de la congelación del derecho interno. En virtud de esta primera técnica, el Estado voluntariamente limita su competencia legislativa y se compromete a la no modificación del ordenamiento jurídico mientras dure el contrato; así, no pueden perjudicarse los intereses de la otra parte. A veces, esta congelación se completa con la promesa del Estado contratante de no nacionalizar ni expropiar a la empresa. Esta técnica implica, por tanto, una clara limitación de la competencia legislativa del Estado contratante y, por ende, de su soberanía, aunque ciertamente se trata de una limitación voluntaria.

Una segunda técnica consiste en incorporar y estabilizar las normas. Como consecuencia de esta técnica, el Estado estabiliza ciertas normas jurídicas que son expresamente señaladas en el contrato-ley; de esta manera, dichas normas no pueden ser modificadas por el Estado. Aquí, entonces, la limitación del Estado para legislar es menor, pues está ceñida a las normas taxativamente referidas en el contrato.

Por último, está la técnica de la *inoponibilidad* de normas modificatorias. A diferencia de las dos técnicas anteriores, en esta, el Estado no se encuentra limitado en su capacidad legislativa. Lo que sucede es que, en caso se dé una ley que, de alguna manera, entre en conflicto con lo dispuesto en un contrato de Estado, dicha ley no le será aplicable y sus efectos no le alcanzarán.

Independientemente de cual sea la técnica estabilizadora que cada Estado asuma en su ordenamiento jurídico interno, el resultado es básicamente el mismo: un contrato-ley no puede ser modificado ni alterado, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que, eventualmente, efectúe el Estado contratante, de manera directa, por medio del órgano representativo que suscribe como parte el contrato o de manera indirecta, mediante cualquier otra institución que pertenezca al Estado o actúe como su agente.

Como ya se dijo, el carácter intangible de los contratos-ley ha sido expresamente consagrado en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, que tiene como antecedente inmediato el artículo 1357 del Código Civil peruano de 1984. A su vez, este artículo tuvo su origen en el artículo 157 de la Ley General de Minería (decreto legislativo 109). Según este, el poder ejecutivo estaba autorizado para asegurar contractualmente un régimen de beneficios a favor del inversionista que, entre otras cosas, incluía estabilidad tributaria, reducción de la tasa del impuesto a la renta, ampliación de la tasa anual de castigos, reevaluación, etc.

Como se puede apreciar, nuestro ordenamiento jurídico interno y, más específicamente, la Constitución Política de 1993, son claros en dos afirmaciones. Por un lado, el Estado peruano posee competencia para brindar especiales garantías a la inversión extranjera mediante este tipo de contratos. Así, el Estado, en virtud del artículo 62, se encuentra constitucionalmente habilitado para consagrar, mediante contratos, tratamientos especiales destinados a atraer al inversionista extranjero. Por otro lado, el artículo 62 transcrito consagra también que estas garantías y tratamientos preferenciales incluidos en el contrato-ley «son inmodificables por el plazo que en ellos se establezcan». Y es que la finalidad de estos contratos —como lo hemos señalado— «consiste en dar garantía a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan».³⁶

5.1. Posición de nuestra doctrina civil y constitucional

Sobre esto último, existe clara coincidencia en la doctrina civil y constitucional peruana. Así, entre los civilistas peruanos, no existen dudas sobre esta característica de los contratos-ley. Al respecto, Arias Schreiber señala:

Una de las más novedosas instituciones del nuevo Código es el llamado contrato-ley o ley-contrato, en virtud del cual y mediante normas preestablecidas, el Estado otorga garantías y seguridades a través de una relación contractual, cuyas estipulaciones no pueden modificarse sin que medie la voluntad común de las Partes.

Si bien existieron dudas, en cuanto a la incorporación de este precepto, pues se sostuvo que la materia era de Derecho Administrativo, pesaron en el ánimo del legislador consideraciones de interés para el país, como son las de crear alicientes para la inversión interna y externa. Por lo demás, es válido que una vez dictada la ley que contiene las seguridades y garantías específicas (acto de Derecho Público) la ejecución del contrato que se celebre a mérito de sus normas esté inmersa en el Derecho Privado, sea de cumplimiento forzoso para los otorgantes y no pueda modificarse

³⁶ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 294.

ni extinguirse de un modo unilateral, todo lo cual supone la necesaria intervención de los jueces, si no hay acuerdo entre las partes.³⁷

En el mismo sentido, De La Puente y Lavalle se pronuncia:

Si la personalidad jurídica del Estado es una sola, respecto de lo cual hay unanimidad en la doctrina moderna, no es posible que actúe de una manera como contratante y de otra distinta como autoridad, desde que no puede partirse en dos ni quitar con una mano lo que legítimamente ha dado con la otra. Es el sometimiento voluntario del Estado a la relación contractual [...] la que determina que haya renunciado implícitamente a ocupar su rol de autoridad, y por consiguiente a ejercitar irrestrictamente su *ius imperium*, en lo que es materia del contrato. No olvidemos que todo contratante, aun el Estado, por el hecho de celebrar el contrato pierde su libertad de desobligarse unilateral e injustificadamente de la relación jurídica.³⁸

Cárdenas Quirós, en trabajo reciente, ha añadido elementos singulares a la exégesis del artículo 62 de la Constitución al opinar a favor de lo que ha llamado una isla normativa singular, que coincide con el concepto de blindaje constitucional que utilizamos en este trabajo y que ha sido admitido por el Tribunal Constitucional en la sentencia tantas veces citada que se comenta. Así, este autor precisa que

[...] si los contratos pueden celebrarse libremente, si bien con sujeción a las normas imperativas y de orden público, es razonable pensar que si tales normas son alteradas, las nuevas normas, en la medida en que tengan también carácter imperativo o de orden público, resulten aplicables a la relación obligatoria en ejecución. Se trataría de un caso de simple aplicación inmediata de la ley.

Es de advertirse que, de modo excepcional, sólo tratándose de los contratos-ley, la suspensión, derogación, modificación o sustitución de las normas legales no operan con efectos plenos. Se crea así una «isla normativa singular», perfectamente identificable.³⁹

³⁷ ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. *Código Civil Peruano de 1984. Exégesis. Contratos: Parte General*. Tomo I. Lima: Studium Ediciones, 1987, p. 105.

³⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Parte I. Tomo I. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, p. 370.

³⁹ CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. «Autonomía privada, contrato y Constitución». En

En lo que toca a la doctrina del Derecho Constitucional, existe también plena conciencia del carácter intangible de estos contratos. Como ejemplo, además del ya citado García Toma, tenemos la opinión de Bernalles, quien señala: «Los contratos-ley no pueden ser modificados legislativamente porque en ellos el Estado ha comprometido su voluntad de mantener un tratamiento fijo por el plazo establecido».⁴⁰ La misma conclusión fluye del siguiente párrafo de Marcial Rubio cuando nos dice, en relación a los contratos-ley, que «su finalidad consiste en dar garantía a los contratantes con el Estado, de que las condiciones pactadas se mantendrán al margen de los cambios legislativos que se establezcan».⁴¹

La expresión «al margen», empleada por Rubio en el párrafo precedente, traduce el carácter inoponible de las leyes dictadas por un Estado contratante a los contratos-ley. En la misma dirección, García Toma señala lo siguiente: «Dichos contratos ley no pueden ser modificados legislativamente; ergo, existe la imposibilidad de que el Estado modifique unilateralmente los convenios de estabilidad jurídica celebrados al amparo de los decretos legislativos 662 y 757».⁴²

5.2. Voz de la jurisprudencia ordinaria del Perú

Sin embargo, la coincidencia en nuestro ordenamiento jurídico interno no se limita al ámbito doctrinario, sino que también se extiende al ámbito jurisprudencial, incluso antes de la vigencia del artículo 1357 del Código Civil peruano de 1984 y del artículo 62 de la Constitución Política del Perú de 1993. Al respecto, merece citarse el fallo de la Corte Suprema de Justicia del 4 de marzo de 1982, que se pronunció sobre la fuerza y alcances del contrato-ley en el asunto planteado por la Sociedad Anónima Fábrica Nacional Textil El Amazonas contra la resolución 6225 del Tribunal de Aduanas. En buena cuenta, se pretendía desconocer los beneficios otorgados a favor de la referida empresa en un contrato-ley suscrito por el Estado peruano el 19 de marzo de 1979. La Corte Suprema, basada en el dictamen del fiscal supremo en lo contencioso administrativo, doctor Álvaro Rey de Cas-

BULLARD, Alfredo y Gastón Fernández. *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 55

⁴⁰ BERNALLES BALLESTEROS, Enrique. *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Lima: ICS Editores, 1996, p. 318.

⁴¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Op. cit.*, p. 294.

⁴² GARCÍA TOMA, Víctor. *Op. cit.*, p. 129.

tro López de Romaña, ordenó el cumplimiento del contrato y desestimó la pretensión del Tribunal de Aduanas de desconocer los beneficios pactados. El referido dictamen señaló, específicamente, lo siguiente:

Este contrato era y es ley entre las partes y su cumplimiento tal y como fue concebido, es ineludible.

Doctrinalmente se trata de la figura jurídica llamada «contrato-ley o ley-contrato», en la que el Estado se encuentra dentro de la esfera de la contratación privada. Estos contratos leyes no pueden modificarse en forma unilateral. Por lo tanto, es a mérito de ese contrato basado en esa ley y en el solemne compromiso que fluye de todo convenio, que la demandante tiene un derecho adquirido que no puede suprimirse ni recortarse.

En virtud del artículo n.º 1328 del Código Civil, dada la respetabilidad de los contratos que son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Este Ministerio Público OPINA: Que se DESAPRUEBE la Resolución N.º 6225 del Tribunal Fiscal Sala de Aduanas de 30 de marzo de 1981; salvo mejor parecer.⁴³

Asimismo, cabe hacer mención a los laudos arbitrales expedidos en los procesos de Edelnor S.A.A. contra el Ministerio de Energía y Minas (laudo por unanimidad), Luz del Sur S.A.A. contra el Estado Peruano y Edegel S.A.A., también, contra el Estado Peruano, representado, en ambos casos, por la Comisión Nacional de Inversiones y Tecnologías Extranjeras —CONITE— (laudos en mayoría). En ellos, se dispone que el Estado peruano debe respetar y cumplir las obligaciones pactadas con las citadas empresas en los convenios de estabilidad jurídica. Además, se consagra el principio de *inoponibilidad* de la ley posterior a las relaciones regidas por los contratos-ley por los cuales el Estado garantiza, durante diez años, la estabilidad del régimen del impuesto a la renta. Las opiniones discrepantes minoritarias en dos de los mencionados laudos admitieron ese criterio, aunque consideraron a favor del Estado que los efectos de operaciones extraordinarias como fusiones o escisiones de empresas se encontraban fuera del blindaje establecido por el contrato-ley. En la misma línea, el Tri-

⁴³ Dictamen 056-82-MP-FS-CA.

bunal Fiscal ha emitido, respecto a estos casos, tres resoluciones, con fecha 15 de noviembre de 2002, en las que trata sobre las consecuencias tributarias de los mencionados actos (fusión y escisión) sobre la base del reconocimiento de tales contratos-ley y de la validez de los laudos arbitrales aludidos (resoluciones 06628-1-2002, 06604-5-2002 y 06619-4-2002). Dicha conclusión del Tribunal, sin embargo, no ha impedido que este ordene a la Administración Tributaria el cumplimiento pleno de las funciones que por ley le competen.

5.3. Voz de la jurisprudencia constitucional del Perú

En estos momentos, contamos con una expresión indubitable de la jurisprudencia constitucional peruana, que, en la línea de lo que la Corte Suprema había dejado sentado respecto a los contratos-ley sustentados en el Código Civil, ha interpretado en toda su amplitud el artículo 62 de la Constitución. Mediante su sentencia de 3 de octubre de 2003, el Tribunal Constitucional ha optado por admitir el blindaje constitucional que este brinda y derivar de allí la inmodificabilidad tanto de las cláusulas contractuales cuanto del estatuto jurídico que las sustenta.⁴⁴

En síntesis, el respeto a los contratos-ley y la imposibilidad de que, por acto de una autoridad, puedan estos ser modificados son, además de un imperativo legal y constitucional, una parte de nuestra tradición jurídica, evidenciada en la doctrina y en los fallos de nuestros tribunales nacionales. Independientemente de cual sea la técnica de estabilización que cada Estado asuma en su ordenamiento jurídico interno, el resultado es básicamente el mismo: un contrato-ley no puede ser modificado ni alterado, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que eventualmente efectúe el Estado contratante.

⁴⁴ En el cuarto párrafo del fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003 se señala: «Desde esta perspectiva, como lo ha expuesto la demandada, en criterio que este Tribunal comparte, el contrato-ley es un acuerdo de voluntades entre dos partes, que rige para un caso concreto, sólo que está revestido de una protección especial, a fin de que no pueda ser modificado o dejado sin efecto unilateralmente por el Estado [...] El blindaje del contrato-ley de manera alguna lo convierte en ley [...]; únicamente obliga a las partes que lo acordaron, en ejercicio de su libertad contractual, y dentro de su relación jurídico patrimonial».

5.4. Carácter intangible de los contratos-ley en el Derecho Internacional

El carácter intangible de los contratos de Estado o contratos-ley ha sido ampliamente consagrado por la normatividad internacional (costumbre), así como por la Doctrina y jurisprudencia del Derecho Internacional Público. La Doctrina de los publicistas resalta el carácter inmodificable de estos contratos, salvo, por supuesto, que medie acuerdo entre las partes. Es el caso de Chueca Sancho, quien manifiesta que «la intangibilidad [de los contratos de Estado] pretende salvaguardar la integridad del contrato, no permitiendo ninguna modificación unilateral [...] si hay acuerdo de las partes, las modificaciones resultan ser perfectamente admisibles y no unilaterales».⁴⁵ En el mismo sentido, se pronuncian Leboulanger,⁴⁶ Mayer,⁴⁷ Weil⁴⁸ y Barberis,⁴⁹ entre otros.⁵⁰ En el caso de Barberis, este señala: «La segunda característica [de estos contratos-ley] es la obligación que asume el Estado de no modificar su orden jurídico interno de modo tal que afecte los derechos de la sociedad extranjera derivados del convenio suscrito».⁵¹ Esta posición unánime de la Doctrina ha sido también confirmada por la jurisprudencia arbitral internacional, que, en ningún caso y bajo ningún supuesto, ha aceptado la modificación unilateral de los contratos de Estado mediante ley.

Así, en primer lugar, puede citarse la sentencia dictada en el asunto Texaco-Calasiatic por el profesor René-Jean Dupuy. En este caso, las autoridades del Estado libio procedieron a nacionalizar las concesiones petroleras otorgadas a favor de las empresas americanas California Asiatic Oil Company y Texaco Overseas Petroleum Company; no obstante, la posibilidad de nacionalización estaba expresamente prohibida en los contratos-ley de concesión celebrados entre

⁴⁵ CHUECA SANCHO, Ángel. *Op. cit.*, p. 330.

⁴⁶ LEBOULANGER, Philippe. *Les contrats entre Etats et entreprise étrangères*. París: Economica, 1985, p. 93.

⁴⁷ MAYER, P. «La neutralisation du pouvoir normative de l'état en matière de contrats d'état». *Journal du droit international*, n.º 5, 1986, p. 5.

⁴⁸ WEIL, Prosper. «Les clauses de Stabilisation ou d'intangibilité insérées dans les accords de développement économique». En *Mélanges offertes à Charles Rousseau*. Pédone: La Communauté Internationale, 1974, p. 301.

⁴⁹ BARBERIS, Julio. *Op. cit.*, p. 168.

⁵⁰ OLAVO BAPTISTA, Luiz. *Dos contratos internacionais. Uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 123.

⁵¹ BARBERIS, Julio. *Op. cit.*, p. 172.

1955 y 1971. Precisamente, por esta razón, el árbitro Dupuy, basado en el principio del *pacta sunt servanda*, señaló la ineficacia de estas medidas estatales y precisó que, si en un contrato-ley el Estado renuncia a su derecho de expropiación o nacionalización, este luego no podrá hacerlo.⁵²

Otro caso fue el de la Société d'Electricité d'Athènes et du Pirée contra Grecia. En dicho caso, el Estado griego otorgó una concesión para el suministro de electricidad y servicios de transporte a la empresa referida; para ello, celebró un contrato-ley, cuyo artículo 25 contenía una exención general de impuestos a favor de los concesionarios. Ante el incumplimiento de este artículo por parte del Estado griego, ambas partes sometieron su diferencia a un tribunal arbitral, el mismo que afirmó, en su laudo, que el contrato-ley prevalecía sobre cualquier disposición del derecho griego. En este sentido, el tribunal se declaró competente para declarar la inaplicabilidad de las normas internas griegas que pretendían modificar los términos del contrato y en particular el artículo 25.⁵³

También, merece citarse el asunto de la Sapphire International Petroleum Limited contra Irán. En este asunto, Irán celebró un contrato-ley con la sociedad canadiense antes referida, en virtud del cual le otorgaba la concesión para cateo y explotación de petróleo. Tiempo después, y por razones desconocidas, el Estado iraní negó toda colaboración a la concesionaria y buscó trabar su actuación. Incluso, pretendió rescindir unilateralmente el contrato-ley. El caso fue sometido a un tribunal arbitral en el que se afirmó el respeto que deben las partes a los contratos-ley que celebran y la imposibilidad de estos de darle término unilateralmente.⁵⁴

En el asunto Losinger & Cie contra Yugoslavia, un distrito yugoslavo celebró un contrato-ley con la empresa norteamericana American Oriental Construction Syndicate. Mediante este, le encargaba la construcción de ciertas obras ferroviarias en su territorio. Con motivo de una crisis financiera general, Yugoslavia dictó, el 19 de julio de 1934, una ley que entró en vigor tres meses después. Según dicha ley, las acciones contra el Estado no podrían iniciarse ante tribunales arbitrales (no obstante esta cláusula arbitral había sido expresamente pactada en el artículo 16 del contrato) y, pocos días después, resolvió el con-

⁵² NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 26.

⁵³ BARBERIS, Julio. *Op. cit.*, pp. 223-225.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 221.

trato-ley. Por diversas razones, el caso fue finalmente sometido a la Corte Permanente de Justicia Internacional. En ella, se dejó en claro, en cuanto a la ley del 19 de julio, que Yugoslavia no podía liberarse unilateralmente de una cláusula contractual dictando una ley.⁵⁵

En el asunto *Lena Goldfields Limited* contra la Unión Soviética, la referida empresa británica suscribió un contrato con el gobierno soviético para una concesión de cateo y explotación minera. Sin embargo, el gobierno soviético adoptó unilateralmente una serie de medidas administrativas y legislativas que perjudicaron las actividades de la empresa. Debido a ello, esta última pidió una indemnización por las perturbaciones ocasionadas. Así, el tribunal arbitral, constituido por ambas partes, admitió la aplicabilidad al caso de los principios generales del Derecho Internacional y, fundándose en el principio de enriquecimiento sin causa, condenó a la Unión Soviética a abonar una indemnización a la empresa británica,⁵⁶ al entender que las disposiciones legales adoptadas por este habían violentado el contrato y perjudicado a la empresa.

Uno de los casos más antiguos que se conoce sobre esta materia es el asunto de la *Compañía Universal del Canal de Suez*, ocurrido a mediados del siglo XIX. La compañía, fundada por Ferdinand de Lesseps, suscribió un contrato de concesión con el entonces virrey de Egipto para la construcción del canal de Suez. Posteriormente, ambas partes, de común acuerdo, dictaron un reglamento que establecía los derechos y obligaciones de Egipto y de la compañía, entre los cuales se encontraba el relativo al trabajo de los indígenas en las obras. Luego de transcurrido un tiempo, Egipto pretendió dejar sin efecto el régimen de trabajo de los indígenas y que la compañía renunciara a ciertos beneficios acordados en el reglamento. Después de arduas negociaciones, el emperador Napoleón III resolvió el caso mediante un laudo arbitral en el que se afirmaba que el reglamento de 1856, que pretendía ser modificado unilateralmente por Egipto, era, en realidad, un contrato-ley entre las partes; por lo tanto, debía ser respetado como tal.⁵⁷

Asimismo, se tiene la sentencia dictada en el asunto de la *BP Exploration Company*, en el que se señaló que la ley libia de naciona-

⁵⁵ *Ibid.*, pp. 189-190.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 182.

⁵⁷ LA PRADELLE-POLITIS. *Recueil des Arbitrages Internationaux*. Vol. II. S./e.: s./a., pp. 362 y ss.

lización constituía una clara ruptura del contrato-ley suscrito con la empresa norteamericana, hecho que violaba, claramente, el Derecho Internacional Público.⁵⁸ Igualmente, en el asunto Aminoil, el Tribunal Arbitral, presidido por el profesor Paul Reuter, reconoció la intangibilidad de los contratos de Estado y la imposibilidad del Estado nacional de modificarlos mediante ley.⁵⁹

Sin embargo, con esto no concluye la jurisprudencia internacional favorable a la intangibilidad de los contratos de Estado. Otro ejemplo —entre muchos más que podrían citarse— lo constituye la sentencia arbitral dictada en el asunto Agip contra República Popular del Congo⁶⁰ o aquella dictada en el asunto Letco contra Liberia.⁶¹ En este último caso, el Tribunal señaló que la intangibilidad es corriente en los contratos de Estado de larga duración, como los contratos de concesión, ya que, con ella, se busca evitar las acciones arbitrarias del gobierno contratante. Asimismo, el tribunal señaló, en este caso, que la intangibilidad de estos contratos debe ser respetada, pues, en caso contrario, el Estado contratante eludiría sus obligaciones contractuales, hecho que implicaría una clara violación del Derecho Internacional.⁶²

De todo lo expuesto, puede concluirse que, no solo para nuestro ordenamiento jurídico interno sino, también, para la doctrina del Derecho Internacional Público y la jurisprudencia internacional, los contratos-ley resultan intangibles.

6. Acuerdo entre partes y límites al *ius variandi* del Estado

En el caso particular de los servicios de telefonía, Dromi considera el carácter intangible del contenido de los contratos como una limitación al *ius variandi* que, tradicionalmente, le corresponde al Estado en el ámbito administrativo. Dicho límite, consagrado en un contrato-ley, no es ciertamente absoluto, pues siempre queda la posibilidad de modificación por acuerdo suscrito entre las partes (en este caso, el Estado concedente y la empresa concesionaria) o por cualquier forma

⁵⁸ NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 26.

⁵⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁶¹ *Ibid.*, *loc. cit.*

⁶² *Ibid.*, *loc. cit.*

de modificación, inclusive unilateral, que pueda estar convenida en el contrato.⁶³ Añade que, en este caso, el de los servicios públicos,⁶⁴ encuentra plena coherencia con el origen del concurso público que acompaña a los contratos telefónicos, supuesto que genera un derecho a la no modificación de los contratos de concesión telefónica por voluntad unilateral de quien lo concede. Ello supone, a juicio de este autor argentino, que «las modificaciones que se introduzcan, en la medida en que varíen las condiciones de contratación, en principio, deben surgir de las voluntades acordadas por las partes, en tanto y cuando ello influye y altera la ecuación económico-financiera de la relación contractual».⁶⁵

⁶³ Cf. al respecto EGUIGUREN PRAELI, Francisco. «Los contratos de concesión de los servicios públicos y su resolución por razones de interés público». En EGUIGUREN PRAELI, Francisco. *Estudios constitucionales*. Lima: Ara, 2002, pp. 465-485. Como se señaló en la nota n.º 9, la posibilidad de modificaciones contractuales por acuerdo entre las partes e, incluso, la facultad de tomar decisiones unilaterales al respecto están contenidas en los contratos y han sido previamente utilizadas en relación al servicio de telefonía.

⁶⁴ En principio, la referencia a servicios públicos señala una relación con aquellos que se brindan a través de una red única que conecta la prestación a nivel domiciliario. Se les conoce como servicios públicos domiciliarios o servicios en red. Cf. FERNEY MORENO, Luis. *Servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. Evidentemente, el concepto de servicios públicos que se utiliza en este trabajo difiere del usado en el artículo 119 de la Constitución, que señala que la dirección y gestión de estos está confiada al Consejo de Ministros y a cada ministro de Estado en los asuntos que competen a la cartera a su cargo; en este caso, la Constitución se está refiriendo a los servicios que brinda la administración del Estado directa o indirectamente (salud, transporte, seguridad, justicia, etc.). En el Perú, Bacacorzo distingue entre los servicios públicos propios, que son a los que se refiere el artículo 119 citado; y los impropios, puesto que también tienen por finalidad satisfacer las necesidades sociales, pero la administración, en lugar de asumirlo, permite que la iniciativa privada sea titular de él. BACACORZO, Gustavo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 287. Al respecto, cabe citar el comentario del maestro español Ariño Ortiz: «Es éste el trágico destino de la ciencia del Derecho Administrativo. Cuando creíamos, finalmente, definido y configurado el concepto de «servicio público» cambia radicalmente el marco socio-político a aquél que respondía y hay que volver a empezar. Y es que los conceptos son un subproducto de la política y de las concepciones imperantes en la vida social; son, por ello, cambiantes, mudables, inciertos y hay que revisarlos una y otra vez. imperantes en la vida social». ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Op. cit.*, p. 559. Finalmente, este último maestro español concluye definiendo el concepto estricto de servicio público como «aquella actividad propia del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho Público, se asegura la ejecución regular y continuada, por organización pública o por delegación, de un servicio indispensable para la vida social». *Ibid.*, p. 503.

⁶⁵ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 334.

Aparte de señalar que una modificación unilateral del contrato de esta naturaleza puede llevar a figuras expropiatorias que justifiquen el reclamo de una indemnización, Dromi añade:

Por lo demás, la modificación unilateral de los derechos contractuales de las licenciatarias también genera una inseguridad en la futura ejecución de la relación contractual, mutando su naturaleza en una relación aleatoria.

Adviértase que este tipo de contratos también produce efectos respecto de terceros, comenzando por los usuarios, que quedan en la misma situación de inseguridad frente a estas alteraciones que inciden sobre la calidad de los servicios que reciben y el precio que deben pagar por ellos.

Pero éstos no serían los únicos afectados, sino que, en sectores de la economía como el de las telecomunicaciones, que requieren de constantes e ingentes inversiones, las empresas deben conformarse de tal manera que nucleen los capitales necesarios para su desarrollo, por lo que aparecen en escena los inversores y los accionistas.⁶⁶

Sin embargo, las consecuencias de una modificación unilateral pueden llegar tan lejos como este autor lo anticipa: «De ahí que la modificación unilateral por parte del Estado de los contratos de licencia puede afectar especialmente a los que adquirieron en la Bolsa las acciones, que además les vendió el mismo Estado, y que lo hicieron dentro de un marco normativo y contractual previamente establecido. Por lo que una medida de tal naturaleza puede incidir en las cotizaciones bursátiles, de modo que directamente se les afectaría esa propiedad».⁶⁷

7. Alcances de la no modificación y técnicas de *inoponibilidad*

Resulta fundamental determinar cuál es la posición del derecho nacional y, particularmente, de nuestra Constitución en relación con las técnicas de estabilización analizadas en acápite anteriores. Si bien la Constitución de 1993 es clara cuando consagra, en su artículo 62, el principio de intangibilidad de los contratos-ley, no lo es en relación

⁶⁶ *Ibid.*, p. 335.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 336.

con la técnica de estabilización por la cual opta. En otras palabras, si bien la Constitución prescribe que estos contratos no pueden ser unilateralmente modificados por el Estado, no precisa la extensión y alcances de esta prohibición.

En relación con este tema, debemos señalar nuestra opinión contraria a cualquier intento de interpretar que nuestra Constitución asume la técnica de la congelación del derecho interno. Según esta —como ya lo hemos señalado—, el Estado limita su capacidad legislativa y, con ello, su soberanía, supuesto que lo obliga a no modificar su ordenamiento interno mientras tenga vigencia el contrato-ley. Ello supondría imponer al Congreso una obligación de no hacer, de no legislar, que no tiene asidero en nuestro ordenamiento. En primer lugar, no tiene ningún asidero, porque no existe ninguna disposición, constitucional o legal, que expresa o implícitamente lo establezca. Al contrario, la Constitución y la ley postulan que el Congreso y sus miembros no solamente gozan de plena autonomía como corresponde al todo legislativo, sino que precisa que sus miembros no están sujetos a mandato imperativo.⁶⁸ La posibilidad de pactar una limitación a la soberanía del Estado como esta tendría que estar expresamente señalada en la Constitución. En segundo lugar, no tiene ninguna justificación, porque nuestra doctrina nacional ha entendido que la técnica de la congelación resulta exagerada y hasta innecesaria para garantizar al inversionista el respeto a las cláusulas por él pactadas con el Estado. Descartada, entonces, esta primera técnica, nuestro ordenamiento jurídico se adscribe, más bien, a la técnica de la inoponibilidad; según ella, resultan inaplicables aquellas leyes dictadas por un Estado destinadas a modificar los términos de un contrato-ley. En este sentido, el Estado peruano es libre de legislar sobre cualquier materia, pero ella resultará inaplicable a los contratos-ley preexistentes en la medida en que sean incompatibles.

En esta situación, una norma legislativa que pretenda modificar un contrato-ley no le será aplicable a este; en consecuencia, se mantendrán inalteradas sus cláusulas en todos sus extremos y alcances. Max Arias Schreiber, encargado de elaborar el libro de contratos del Código Civil peruano de 1984, señala, claramente, que las modificaciones legales que puedan realizarse en un ordenamiento jurídico no alcanzan a los contratos-ley, es decir, no le son oponibles. Textualmente, plantea:

⁶⁸ Artículo 93 de la Constitución

El contrato-ley confiere, en suma, seguridad para quien invierte grandes capitales, generalmente en operaciones de alto riesgo, de lenta maduración o larga amortización y su mayor significado está en el hecho de que cualquier incumplimiento debe sujetarse a las normas generales de la contratación civil y no a las administrativas, que no le son aplicables.

[...]

Su fundamento reposa en la estabilidad que confiere al inversionista, pues a éste no le alcanzan los efectos de posteriores modificaciones legales que alteren las seguridades y garantías otorgadas y que varían entre la estabilidad tributaria, la remisión libre de moneda extranjera, la repatriación de capitales, el régimen especial de amortizaciones y castigos, etc., en tanto no se cumpla el plazo previsto en el contrato.⁶⁹

8. Proyección de las responsabilidades asumidas mediante contratos-ley en el ámbito internacional

La pretendida modificación por ley de un contrato-ley no solamente conduciría a la *inoponibilidad* de la que extensamente se ha tratado, sino que daría lugar a la reclamación judicial por parte del inversionista contratante. De haberse pactado una cláusula arbitral, como es cada vez más frecuente y está expresamente permitido por el artículo 62 de la Constitución, se llegaría a un planteamiento de arbitraje nacional⁷⁰ o, alternativamente, a la reclamación prevista en los conve-

⁶⁹ ARIAS SHREIBER PEZET, Max. *Op. cit.*, p. 105.

⁷⁰ En relación con el arbitraje, se admite que, en América Latina, la cultura arbitral viene ganando terreno, especialmente, como resultado de cambios legislativos en la región y los convenios suscritos que sustituyen la doctrina Calvo por la protección a las inversiones. Cf. GRIGERA NAÓN, Horacio A. *Recent Trends Regarding Commercial Arbitration in Latin America*. Documento presentado durante la Primera Conferencia Anual de Arbitraje Internacional en América Latina (Miami, 15-17 de enero de 2003). En particular, respecto al arbitraje internacional en el marco del CIADI y los convenios bilaterales de promoción y protección de inversiones (conocidos por sus siglas en inglés BIT), cabe destacar que, hasta la década de los años ochenta, el volumen de casos litigados era bastante modesto. En el presente, existen más de cien casos que están registrados en el CIADI para ser resueltos, 35% de los cuales incluyen a países latinoamericanos. La mayoría de estos se derivan de los convenios bilaterales de inversión. Cf. VINUESA, Raúl Emilio. *Bilateral investment treaties and the settlement of investment disputes under ICSID: the Latin American experience*. Documento presentado en la citada primera conferencia anual de arbitraje internacional en América Latina.

nios de protección y promoción de inversiones suscritos por el Perú. Ello, no obstante, dependerá de dos hechos. Por un lado, si los efectos de la ley modificatoria emanada del Congreso se consideran una modificación que afecta únicamente el cumplimiento del contrato,⁷¹ se llegaría al arbitraje en él establecido. Por otro lado, si se llega a considerar que afectan propiamente a la inversión, se aplicaría el Convenio bilateral para reclamar una posible compensación. Esto último se aplicaría sobre la base de la conclusión de Dromi: «el contratista tiene el derecho a que esa prerrogativa no signifique el desconocimiento liso y llano de sus derechos contractuales y que lleguen al grado de desnaturalizar o desfigurar las condiciones pactadas, ya que de ellas derivan derechos subjetivos para el contratista».⁷²

Los conflictos que pudieran presentarse entre el Estado y la empresa inversionista que es parte de un contrato-ley, relacionados con su interpretación o ejecución, son derivados a un tribunal arbitral, previo intento de conciliación o solución amistosa.⁷³ La decisión del árbitro único y tribunal arbitral tiene carácter de cosa juzgada, pues las partes, por lo general, renuncian, expresamente, a interponer un recurso de apelación ante cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el tema, sea nacional o extranjero.

De acuerdo con el Derecho Internacional, la conducta de un Estado que intenta, mediante su legislación, modificar un contrato-ley, puede calificarse como contraria a dicho ordenamiento, pues se considera que dicho acuerdo, independientemente de las normas internas que rigen el contrato (perspectiva del Derecho Privado), está también regido por los principios generales del Derecho Internacional Público. Esto último es sostenido, por ejemplo, por autores como Regli⁷⁴ o Carreau,⁷⁵ quienes apoyan la tesis de que el Derecho Internacional es el ordenamiento jurídico base de estos contratos. La misma posición es señalada por Mello⁷⁶ y Weil. Este último sostiene que, más allá

⁷¹ Para conocer la manera en que las decisiones arbitrales, en el marco del CIADI, han interpretado las violaciones a los contratos como violaciones a las garantías a la inversión cf. VINESA, Raúl Emilio. *Op. cit.*

⁷² DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 336.

⁷³ VITOLO, Daniel Roque. *Op. cit.*, p. 65 señala que «para el inversor extranjero resulta más rápido el procedimiento en un tribunal internacional que en uno local».

⁷⁴ REGLI, J.P. *Contrats d'Etat et arbitrage entre Etats et personnes privées*. Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁵ CARREAU, Dominique. *Droit International*. Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁶ MELLO DE ALBUQUERQUE, Celso. *Curso de Direito Internacional Público*. Tomo II. Río de Janeiro: Renovar, p. 466.

de las disposiciones de Derecho Privado que le sean aplicables, este contrato está basado en el Derecho Internacional y, por ello, «debe ser considerado como un verdadero acto jurídico internacional, constituyendo una categoría específica de estos».⁷⁷

Aún más interesante resulta la posición de la jurisprudencia internacional. Entre sus fallos destaca el laudo arbitral dictado en el asunto Texaco-Calasiatic. En él, se señaló la conexión existente entre los contratos-ley o contratos de Estado y el Derecho Internacional al afirmar lo siguiente:

El orden jurídico del que depende el carácter obligatorio del contrato [se refiere a un contrato-ley] es el mismo Derecho Internacional [...] la vieja jurisprudencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional ha sido superada y en la nueva concepción los tratados no son el único tipo de acuerdos regidos por el Derecho Internacional. Aun cuando no se confunden con los tratados, los contratos entre Estados y particulares pueden, sin embargo, cumpliendo ciertas condiciones, depender de una rama particular y nueva del Derecho Internacional.⁷⁸

Una postura similar parece desprenderse de la opinión individual del juez Gros en la Corte Internacional de Justicia en el asunto Barcelona Traction, cuando advirtió que «la representación de las relaciones entre inversores privados y un Estado como simples relaciones de Derecho interno, tanto respecto al Estado del que procede la inversión como al Estado en el que se realiza, no está de acuerdo con los hechos económicos».⁷⁹ Finalmente, en el laudo arbitral dictado en el asunto Revere, se indicó que «los acuerdos de desarrollo económico a largo plazo, aunque no son acuerdos entre gobiernos [...], son básicamente internacionales [...]».⁸⁰

Como se puede apreciar, para la Doctrina y jurisprudencia internacional, los contratos-ley, al ser regulados por el Derecho Internacional, se encuentran protegidos por este ordenamiento. En consecuencia, si por acto unilateral del Estado se alteran sus condiciones y alcances, dicha conducta será contraria al ordenamiento jurídico internacional. Esto último ha sido confirmado por la jurisprudencia in-

⁷⁷ WEIL, Prosper. *Op. cit.* Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 57.

⁷⁸ Asunto Texaco-Calasiatic. Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

⁷⁹ C.I.J. *Recueil*, 1970, p. 270.

⁸⁰ *International Legal Materials*. 1978. Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p. 56.

ternacional en el asunto Amco-Asia y otras contra Indonesia, en el que el tribunal arbitral señaló: «Es una regla generalmente admitida de Derecho Internacional, claramente expresada en las decisiones y sentencias internacionales y generalmente aceptada por la doctrina, que un Estado tiene el deber de proteger a los extranjeros y sus inversiones contra los actos ilegales de sus nacionales. Cuando estos actos son cometidos con la asistencia activa de órganos estatales se produce una violación del Derecho Internacional».⁸¹

9. El sistema regulatorio y su relación con los contratos-ley

En materia de servicios públicos, las limitaciones reconocidas a la modificación del contrato-ley por acto legislativo no implican la renuncia del Estado a tomar en consideración la defensa de los consumidores y usuarios.⁸² Ello encuentra espacio en el marco del contrato por medio de las cláusulas 9.08, 9.04 y 9.05, relativas al procedimiento de regulación de tarifas, a la revisión del régimen tarifario y a la regulación máxima fija para servicios de categoría II, respectivamente.

9.1. Privatizaciones y postprivatizaciones

A inicios de la década de los noventa, nuestro país vivió un proceso de privatizaciones, por el cual empresas estatales fueron transferidas al sector privado. Este proceso alcanzó a aquellas empresas encargadas de prestar servicios públicos fundamentales y de carácter domiciliario, esto es, servicios que cubren una necesidad básica de la población mediante conexiones a una red, como luz, gas, agua y alcantarillado, así como telefonía. En consecuencia, estos servicios de interés general, que antes los prestaba el Estado, pasaron a estar a cargo de empresas privadas.⁸³ Esta tendencia, que se había iniciado

⁸¹ *International Legal Material*. 1985. Cit. por NOVAK, Fabián. *Op. cit.*, p.59.

⁸² Cf. Cuadro comparativo internacional de tarifas de telefonía local para abonados residenciales. En <www.osiptel.gob.pe>.

⁸³ Cf. la Lección Decimocuarta de Ortiz Ariño sobre «El fenómeno privatizador». ORTÍZ ARIÑO, Gaspar. *Op. cit.*, pp. 445-484; NALLAR, Daniel. *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios*. Buenos Aires: Ediciones Desalma, 1999, pp. 31-52; y PINERO, Alicia. «Desregulación en Telefonía». En *Cuadernos de Época. Serie Servicios Públicos*, n.º 1. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001, pp. 13-75. Para el caso del Perú, el tema de las

en Europa y, luego, trasladado a Latinoamérica, ya se venía observando en varios países.⁸⁴

Evidentemente, el Derecho debió normar esta nueva realidad.⁸⁵ Sin embargo, a la par que se configuró una normativa destinada a enmarcar las privatizaciones, que garantizaba la correcta transferencia de las empresas del Estado al sector privado,⁸⁶ también se vio la necesidad de regular el período postprivatizaciones, esto es, la forma en que las empresas privadas concesionarias explotarían los servicios públicos que ahora estaban a su cargo con la finalidad de evitar los posibles abusos y arbitrariedades, y así proteger el interés de los usuarios.

Inmediatamente, se hizo evidente que la nueva realidad de servicios públicos prestados por particulares no podía regularse por las normas de Derecho Privado, diseñadas principalmente para normar relaciones privadas paritarias y, en general, para establecer reglas sobre la base de la simetría entre las partes de la relación contractual. Por el contrario, los servicios caracterizados por una conexión a una red llevan, inherentemente, una relación asimétrica entre el proveedor único, caracterizado como monopolio natural, y los usuarios dispersos. No obstante, al admitirse la privatización de los proveedores de dichos servicios y ponerse en práctica un sistema de *desregulación*, tampoco era concebible que todo ello estuviera regido por normas de Derecho Público. Así, el Derecho Administrativo tradicional ya no se

privatizaciones desde el Derecho Administrativo lo tratan Cervantes Anaya y Gustavo Bacacorzo en CERVANTES ANAYA, Dante. *Manual de Derecho Administrativo*. Chiclayo: Rhodas, 2001, pp. 319-327; y BACACORZO, Gustavo. *Op. cit.*, pp. 447-458.

⁸⁴ Resulta interesante mencionar que, durante la década de los años ochenta, la industria telefónica experimentó un gran avance privatizador en el ámbito mundial. Su mejor ejemplo, por los resultados alcanzados, fue el caso de la compañía británica British Telecom. Este avance privatizador, que luego se extendió por muchos países, llegó a Latinoamérica a mediados de la década de los ochenta y se acentuó a inicios de la década de los noventa cuando ya un fenómeno mundial. Más del 80% del mercado mundial de las telecomunicaciones se encuentra *desregulado* o en vías de desregulación, proceso que se viene desarrollando por medio de la privatización de los monopolios estatales y la posterior *desregulación* de los mercados (BEKER, Víctor A. *et al. La telefonía en la Argentina: de la privatización a la desregulación*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 2001, p. 21).

⁸⁵ «Mientras los economistas diseñan los modelos de regulación aplicables a un mercado determinado, los juristas tienen la competencia para normativizar esos modelos dentro del Estado de derecho» (FERNEY MORENO, Luis. *Servicios públicos domiciliarios*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001. p. 37).

⁸⁶ Cf. RODRÍGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. *Privatización de la empresa pública y post privatización. Análisis jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, pp. 279-322.

encontraba ante entidades estatales ni ante administrados sino ante usuarios. Por ello, al ser insuficientes las normas de Derecho Privado y Público vigentes a efectos de tutelar el interés de los usuarios de dichos servicios públicos, hubo necesidad de diseñar un nuevo sistema legislativo. En el fondo, lo que se hizo fue adaptar a nuestra realidad un sistema que se venía aplicando con éxito en países que, con anterioridad, habían adoptado el modelo de economía social de mercado. Dicho sistema suponía una convergencia entre las normas de Derecho Público y Privado.

9.2. Características del sistema regulatorio

En este sistema, el Estado concede a particulares la prestación de servicios públicos con fines lucrativos, pero, a la vez, establece diversos mecanismos de control, destinados a evitar una explotación abusiva de dichos servicios. De esta forma, se tutela el interés de los usuarios.⁸⁷ Esta es la línea trazada por el artículo 6 del decreto legislativo 602 en materia de telecomunicaciones, al establecer que

[...] el Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los defectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado. Igualmente fomenta la participación de los usuarios de los servicios de telecomunicación, en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de los servicios.

El sistema regulatorio supone la creación de una normativa especial destinada a regular la forma como serán prestados los servicios públicos, con la principal característica de que se crea una entidad estatal o ente regulador destinado a hacer efectiva dicha normativa. Así, se controlan, directamente, las actividades de las empresas conce-

⁸⁷ Además, la regulación responde a objetivos económicos. Ferney Moreno considera que el objetivo de la regulación, en el aspecto macroeconómico, es lograr un equilibrio macro, en el que se controlen los niveles de inflación, se propenda por una tasa de cambio estable y a la promoción del comercio exterior. Por su parte, los objetivos en el aspecto microeconómico son la promoción y organización de los mercados, la promoción de la competencia, la distribución de las rentas, la corrección de externalidades, etc. (FERNEY MORENO, Luis. *Op. cit.*, pp. 38-39).

sionarias.⁸⁸ Lo anterior no implica, sin embargo, la existencia de estipulaciones normativas y contractuales destinadas solo a tutelar los intereses de los usuarios del servicio, toda vez que las empresas concesionarias efectúan una inversión sobre la base de sus expectativas económicas. Por ello, debe garantizárseles un esquema normativo único y estable. Por tanto, un elemento fundamental del sistema regulatorio es la seguridad jurídica que ofrece, debido a que las reglas de juego no serán variadas unilateralmente por el Estado, quien es, también, parte de la relación contractual en el contrato de concesión.

La seguridad jurídica significa, primariamente, protección de la confianza con la que se desenvuelven las operaciones económicas, puesto que «las decisiones acerca de los procesos económicos regularmente no son adoptadas por las autoridades administrativas sino por los particulares».⁸⁹ En esa línea, un importante mecanismo para ofrecer seguridad jurídica son —como hemos visto— los contratos-ley y el sistema de reclamación arbitral. Este hecho se debe a que los contratos-ley generan certeza respecto del régimen jurídico en el que la empresa desarrollará sus operaciones, ya que hacen previsible los márgenes de recuperación de la inversión efectuada y la obtención de utilidades.

Otra manifestación del principio de seguridad jurídica está en la solución de las divergencias o conflictos que se susciten en la interpretación de los términos contractuales o de la normativa aplicable. Di-

⁸⁸ Tal como lo señala Bielsa: «En el control de servicios públicos prestados por concesionarios, el relativo funcionamiento del servicio tiene una gran importancia. La potestad reglamentaria (policía de servicio) tiene por objeto comprobar la eficiencia, la regularidad, continuidad y seguridad de los servicios, lo que debe ser estrictamente observado porque concierne a miles o millones de usuarios» (BIELSA, Rafael. *Significación de la burocracia*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965).

⁸⁹ BASEDOW, Jürgen. «La seguridad jurídica en el Derecho Económico europeo». *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, año 3, n.º 182, 1998, p. 307. La seguridad jurídica actúa como un principio general, orientado a dirigir la interpretación del derecho positivo y a llenar sus lagunas, como lo menciona un importante representante de la doctrina alemana (*ibid.*, p. 299). Adicionalmente, es una norma jurídica, esto es, una regulación con pretensión de validez autónoma. Refiriéndose a este tema, Basedow señala que la Corte Europea, en una decisión de 1975, llegó a afirmar que el principio de seguridad jurídica es una norma de alto rango. Este hecho supone que el principio de seguridad jurídica no solo es un principio general del Derecho, aplicable de manera supletoria en tanto no existan normas específicas que regulen determinado supuesto de hecho, sino que, dicho principio, en realidad, informa el ordenamiento jurídico en su conjunto y, por lo tanto, constituye una premisa fundamental para la interpretación de este último. Es, en suma, una norma jurídica que debe ser aplicada en todos los casos y no solo de manera subsidiaria (*ibid.*, p. 306).

cha solución es trasladada a entidades o personas preestablecidas, es decir, de antemano quedan fijadas las competencias para el conocimiento de cualquier conflicto que se suscite en ejecución del contrato de concesión. En el sistema regulatorio, en principio, dicha competencia corresponde al ente regulador, dentro de sus facultades; en segundo término, correspondería al Poder Judicial. Sin embargo, en este último caso, se ha preferido fijar mecanismos alternativos de solución de conflictos, principalmente el arbitraje.

9.3. Contratos de concesión de servicios públicos en el marco del Derecho Regulatorio

En el esquema del sistema regulatorio, la prestación del servicio público se hace por sujetos privados o por medio de una concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación otorgada por el Estado, en tanto dichos sujetos reúnan las condiciones exigidas por la legislación pertinente y aseguren la eficiente prestación del servicio.⁹⁰ En el caso peruano, la transferencia al sector privado de la prestación de los servicios de telefonía se efectuó vía contratos de concesión en aplicación del artículo 22 del decreto legislativo 702.⁹¹

Los contratos de concesión son ciertamente complejos y si bien se ha dicho que, en su ejecución entre el Estado y el concesionario, se rigen por el Código Civil, en la relación del concesionario con los usuarios caen en la esfera de lo que se denomina el ámbito regulatorio de la administración. Así, pues, su régimen prevé la existencia de un órgano del Estado en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular (que es el caso que nos interesa) para satisfacer necesidades públicas y, en particular, proteger los derechos del consumidor o usuario en el marco de lo dispuesto por el artículo 65 de la Constitución. Además, son contratos que están sujetos a un control minucioso por parte de entidades específicas encargadas de la verificación de la correcta ejecución de las cláusulas contractuales y la protección al usuario.

⁹⁰ DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 30.

⁹¹ Decreto legislativo 702. Sus artículos declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la promoción de la inversión privada. A continuación se cita el artículo 22:

«Artículo 22°.- Para prestar servicios públicos de difusión se requiere de concesión. Para prestar servicios privados de difusión y de radiodifusión se requiere de autorizaciones, permisos y licencias».

Como consecuencia de la ejecución de los contratos de concesión de servicios públicos domiciliarios o en red, se traba una relación tripartita entre Estado, prestadoras y usuarios, la misma que debe ser resguardada en su equilibrio. Entonces, debe distinguirse entre el marco de la relación bipartita en la noción de servicio público clásica (empresa estatal-cliente) y la nueva evolución en una relación tripartita de servicios públicos (empresa concesionaria, Estado concedente y regulador, y consumidor o usuario).⁹²

Si bien inicialmente el usuario no es parte del contrato de concesión, ingresa a esta relación contractual cuando celebra el contrato de prestación de servicio público con la empresa concesionaria del servicio que se va a prestar o, automáticamente, si existió un contrato previo celebrado con la empresa estatal que prestó el servicio antes de la privatización. Como lo precisa Dromi,⁹³ en esta relación se entrelazan derechos y deberes que vienen establecidos en forma imperativa a partir del pliego de bases y condiciones que rigió la privatización; los contratos celebrados en su consecuencia; y el marco regulatorio legal, general y específico que rige la prestación.

Por consiguiente, si bien debe entenderse que el contrato de servicio público telefónico entre el usuario y la empresa concesionaria es de derecho privado, en tanto es una relación entre dos sujetos privados, se trata de un contrato sumamente regulado en el que la autonomía de la voluntad se reduce al mínimo al existir una minuciosa reglamentación legal de su contenido. Precisamente, la regulación establece, de un lado, el marco de prestaciones cauteladas por el ente regulador y, del otro, los mecanismos de defensa del consumidor o usuario que se desprenden del artículo 65 de la Constitución. Ello tiene por finalidad compensar —a favor de quien recibe el servicio de manera dispersa— la relación asimétrica que se presenta entre el único proveedor del servicio (la empresa concesionaria) y los miles de personas que lo reciben por medio de conexiones domiciliarias.⁹⁴ Por ello, este contrato se celebra sobre la base de cláusulas generales de contrata-

⁹² DROMI, Roberto. *Op. cit.*, p. 32. Asimismo, este autor considera que, para el tercero (usuario), carece de relevancia el cambio del sujeto prestador del servicio público telefónico, ya que su estatus garantizado debe permanecer —en lo sustancial— en una situación no inferior a la originaria, garantizada por el Derecho Público en general y el Derecho Administrativo en particular.

⁹³ *Ibid.*, pp. 32-33.

⁹⁴ KHAN, Alfred. *The Economics of Regulation, Principles and Institutions*. Cambridge: The MIT Press, 1995.

ción aprobadas administrativamente o mediante contratos de adhesión, con lo que el marco de negociación es mínimo o nulo.

Según el artículo 1390 del Código Civil, el contrato es por adhesión «cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar». En opinión del jurista Manuel de la Puente y Lavalle, son dos los elementos típicos del contrato por adhesión: «El primer elemento que tipifica el contrato por adhesión es que una de las partes fija unilateralmente las estipulaciones contractuales, sin participación de la otra. Por otro lado, en este contrato la aceptación íntegra de las estipulaciones determina la celebración del mismo, en el sentido de que no cabe distinguir entre estipulaciones y oferta, desde que no hay parte del contenido contractual que escape a la fijación unilateral».⁹⁵

10. Los entes reguladores de los servicios públicos

El control de la prestación de los servicios públicos, antes de su transferencia al sector privado, se efectuaba al interior de la misma empresa estatal; de esta forma, se dejaba un margen de actuación a los órganos de la administración central, a efectos del ejercicio del poder de policía correspondiente. Sin embargo, este diseño no produjo resultados positivos, pues no impidió que se produjeran importantes desequilibrios financieros, además de abusos y arbitrariedades. Adicionalmente, la tendencia a subvencionar las tarifas de los servicios domiciliarios descapitalizó a las empresas prestadoras en manos del Estado. Estas, en esa condición, se veían impedidas de llevar a cabo las grandes inversiones que exigen tanto el acceso universal a los servicios como la actualización tecnológica para ofrecerlos con calidad y precio accesible.

Con la transferencia al sector privado de la gestión de los servicios públicos, se buscó atraer inversión,⁹⁶ eliminar deficiencias y poner en

⁹⁵ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores, 2001, pp. 652-653. Este mismo autor señala que el contrato por adhesión no se caracteriza porque la voluntad del aceptador se pliegue a la del oferente, pues ello ocurre en todo contrato.

⁹⁶ Resulta interesante señalar que, según es de verse en <http://www.adepsep.com/web/beneficios_inversion_privada_introduccion.asp>, el crecimiento acumulado en la economía peruana entre 1991 y 1998, ascendió a 45%. De esto, 23,4 puntos fueron

práctica adecuados mecanismos de regulación y control. Asimismo, se hizo indispensable evitar que las empresas concesionarias de los servicios públicos incurran en los mismos abusos y arbitrariedades del pasado, en desmedro de los intereses de la comunidad. Por ello, simultáneamente a la privatización de la gestión de los servicios públicos, y junto con los marcos regulatorios, aparecen entes autónomos creados por el Estado para aplicar las regulaciones y controlar, así, las operaciones de las empresas concesionarias en defensa de los derechos de los usuarios. A estos se les denomina entes reguladores.

Como lo precisa Neyra, con prescindencia de la denominación de ente regulador,⁹⁷ la función que cumplen estos organismos es el control público del servicio con arreglo a las normas legales aplicables que instrumenten las políticas del gobierno nacional. Asimismo, deben asegurar la continuidad y regularidad de los servicios y garantizar la existencia de un mercado competitivo en la prestación de los mismos en tanto no se hallen sujetos a regímenes de exclusividad mediante la fiscalización permanente.⁹⁸ Cassagne añade que son una especie de instancia administrativa de naturaleza jurisdiccional en los conflictos que se susciten entre las empresas concesionarias o *licenciatarias* de los servicios y los usuarios.⁹⁹

explicados por la inversión privada, gran parte de la cual estuvo vinculada al proceso de privatización de empresas estatales. Asimismo, entre 1994 y 1998, la mayor parte del crecimiento del PBI se explica por la inversión privada.

Para una evaluación de los efectos de la privatización —que el presente trabajo de carácter puramente jurídico, por cierto, no se propone— cf. OSIPTEL. «La Regulación de las Telecomunicaciones Peruanas» y «El Papel de la regulación en el Desarrollo de las Telecomunicaciones» En *El libro blanco de OSIPTEL* (<www.osiptel.gob.pe>); TORERO, Máximo y Alberto PASCO FONT. «El impacto social de la privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú». *Cuadernos de Trabajo*, n.º 35, 2000; y GALLARDO, José. «Privatización de los monopolios naturales en el Perú: economía, política, análisis institucional y desempeño». *Documento de Trabajo*, n.º 188, 2000. Una visión opuesta y crítica del proceso de privatización se encuentra en COMISIÓN INVESTIGADORA DE LOS DELITOS ECONÓMICOS Y FINANCIEROS COMETIDOS ENTRE 1990 -2001. Javier Diez Canseco Cisneros (comp.). *Balance de la Inversión Privada y Privatización 1990-2001. Objetivos/Resultados*. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2002.

⁹⁷ BIANCHI, Alberto B. *La regulación económica*. Tomo I. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo de Palma, 2001, pp. 214-237.

⁹⁸ Cf. NEYRA, César Carlos. *Entes reguladores de servicios. La defensa del usuario*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1997, p. 28.

⁹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Lexis - Nexis - Abeledo-Perrot, 2002, p. 370.

En el caso de los servicios públicos en el Perú, la ley 27332 precisa las funciones que corresponden a los entes reguladores dentro de su ámbito de competencia.¹⁰⁰ A continuación, se explicará en qué consiste cada una de dichas funciones.

- a) Función supervisora. Comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas. Asimismo, contiene la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el organismo regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas.
- b) Función reguladora. Comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.
- c) Función normativa. Comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos y normas que regulen los procedimientos a su cargo; otras normas de carácter general; y mandatos o normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones, y derechos de las entidades o de sus usuarios. Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas normas derivadas de los contratos de concesión que se encuentran bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, los entes reguladores aprueban su propia escala de sanciones dentro de los límites máximos legales.
- d) Función fiscalizadora y sancionadora. Comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión.

¹⁰⁰ No debe perderse de vista que las potestades de los entes administrativos derivan, necesariamente, del ordenamiento jurídico que las delimita y acota, por el que la actuación de dichos organismos no debe escapar de dicho marco regulatorio. No obstante, en doctrina se admite que, por excepción fundada en la concurrencia de graves circunstancias de necesidad y de urgencia, proceda la llamada auto atribución de potestades, hecho que resulta lógico si se tiene en cuenta la situación de sujeción que genera la propia potestad aun antes de ser ejercida por el ente regulador (CASSAGNE, Juan Carlos. *Op. cit.*, p. 376).

- e) Función de solución de controversias. Comprende la facultad de conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito de competencia, y entre estas y sus usuarios. Asimismo, contiene la facultad de resolver los conflictos suscitados entre ellos mismos mediante el reconocimiento o la desestimación de los derechos invocados.
- f) Función de solución de los reclamos de los usuarios de los servicios que regulan. En estos casos, los organismos reguladores cuentan, además, con un tribunal de solución de competencias como última instancia administrativa, cuyas resoluciones tienen carácter vinculante (artículo 9 de la ley 27332).

Las funciones que se acaban de enumerar delimitan el papel que juegan los entes reguladores dentro del sistema regulatorio peruano ya explicado.¹⁰¹ Así, se evidencia que dichos entes autónomos constituyen el elemento fundamental del sistema regulatorio, pues son ellos los que deben garantizar la vigencia de este último. En otras palabras, su función es adoptar las medidas pertinentes (normativas, fiscalizadoras, correctivas, etc.) dirigidas a eliminar todo aquello que distorsione o atente contra el sistema, para que, así, se resguarde la seguridad jurídica de las operaciones y los intereses de los usuarios de los servicios. Son, entonces, los entes reguladores quienes, en ejercicio de sus facultades, deben velar por la libre competencia en la prestación de los servicios; regular el mercado de forma que se asegure su nor-

¹⁰¹ Es interesante traer a colación la posición del administrativista argentino Agustín Gordillo sobre el papel de los entes reguladores. Señala que, como muchas cosas en el campo del Derecho, hay diversos criterios y orientaciones: desde quienes piensan que la función de los entes reguladores es tutelar los derechos e intereses del usuario como manda el artículo 42 de la Constitución argentina —entre los que se encuentra, junto con Guillermo Andrés Muños, Gordillo— hasta quienes afirman, más bien, el compromiso que poseen los entes reguladores con un deber de armonización, equilibrio y recomposición de intereses en juego (entre los que cita a Cassagne). En todo caso, deberían procurar evitar el abuso del *incumbente* o de quien ocupa una posición dominante en la prestación del servicio (mencionando a Mairal). Véase GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, p. VII-18. Estas últimas consideraciones parecerían las más cercanas al sistema peruano de regulación a la luz de la ley marco citada y de la denominación de los reguladores como organismos supervisores de la inversión privada en algunos de ellos. Esto no excluye, a nuestro juicio, su papel primigenio en defensa del interés y los derechos de los usuarios al amparo del artículo 65 de la Constitución.

mal desenvolvimiento; evitar prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado; y, principalmente, resguardar los intereses de los usuarios en el establecimiento de tarifas y en la prestación y control de los servicios.

Tal es el grado de importancia que tienen los entes reguladores en el marco del sistema regulatorio vigente en el Perú que, en el proyecto de la nueva Constitución, a dichos organismos se les otorga rango constitucional y se les reconoce, además, su autonomía.¹⁰² En otras palabras, se les considera un pilar fundamental de la organización política del Estado, garantía del estado de derecho y, fundamentalmente, del régimen económico.¹⁰³

11. Solución de reclamaciones de usuarios

Como ya se señaló, una manifestación principal de la seguridad jurídica que ofrece el sistema regulatorio es la predeterminación de los mecanismos destinados a la solución de los conflictos que pudieran darse entre la empresa concesionaria, el Estado y el consumidor o usuario. Por consiguiente, cualquier divergencia en la aplicación o interpretación de las cláusulas contractuales o de la normativa que

¹⁰² Con relación a los servicios de telecomunicaciones, la autonomía del ente regulador está garantizada por el artículo 10 del decreto supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL):

«Artículo 10.- Principio de Autonomía

El OSIPTEL no se encuentra sujeto en su actuación funcional a mandato imperativo de ningún otro órgano o entidad del Estado. Su accionar se sujetará estrictamente a las normas legales aplicables y a estudios técnicos debidamente sustentados».

¹⁰³ Proyecto de Constitución Política del Estado:

«Artículo 108.- La ley califica las actividades esenciales para satisfacer las necesidades de interés colectivo que constituyen servicios públicos.

La regulación de los servicios públicos es facultad exclusiva del Estado.

Los organismos reguladores de los servicios públicos e infraestructura de uso público son personas jurídicas de derecho público, con autonomía dentro de sus respectivas leyes orgánicas. Son funciones de estos organismos supervisar, regular y fiscalizar la prestación de los servicios y la racional utilización de la infraestructura nacional de uso público, y de cautelar los intereses de los usuarios, los inversionistas y el Estado.

Artículo 109.- Cada organismo regulador de los servicios públicos es gobernado por un Consejo Directivo integrado por cinco (05) miembros. El Poder Ejecutivo lo designa. El Senado ratifica al Presidente del Consejo Directivo».

regula la prestación de un servicio público debe ser dilucidada por la autoridad competente ya fijada.

A estos efectos, el ente regulador es el encargado de solucionar los conflictos que se den entre los usuarios y la empresa concesionaria, y los que se den entre dos o más empresas concesionarias. Asimismo, se debe contar con un tribunal de solución de competencias como última instancia administrativa. Frente a las resoluciones de este tribunal, cabe interponer una acción contencioso-administrativa, por la que se puede recurrir a la tutela jurisdiccional del poder judicial.

En cuanto a los conflictos que pudieran presentarse entre el Estado y la empresa concesionaria relacionados con la interpretación o ejecución de los contratos de concesión celebrados y de la normativa aplicable, dichas controversias son derivadas a un tribunal arbitral, previo intento de conciliación o solución amistosa. En el caso específico de los contratos de concesión de servicios de telecomunicaciones, el arbitraje es conocido por el tribunal arbitral de la Cámara de Comercio de Lima. La decisión de esta entidad tiene carácter de cosa juzgada, pues las partes han renunciado expresamente a interponer un recurso de apelación ante cualquier tribunal que tuviere jurisdicción sobre el tema, sea nacional o extranjero.

Complementariamente, es necesario advertir que la inversión por medio de la que se realizan las concesiones o privatizaciones suele estar calificada como inversión extranjera protegida por convenios bilaterales o multilaterales, hecho que, generalmente conduce, en caso de ser afectada, a otro ámbito de litigación internacional de carácter arbitral. En este caso, el Estado peruano constituye parte responsable que puede ser obligada a asumir compensaciones reparativas e indemnizaciones por daños causados.

12. Sistema regulatorio *garantista*

De todo lo expuesto en relación con el sistema regulatorio, esto es, del análisis de sus características y de sus diversos componentes, se puede concluir que dicho sistema es cerrado y *garantista*. Es cerrado, porque cuenta con todos los mecanismos necesarios para resolver cualquier conflicto o controversia derivado de la ejecución de la interpretación o ejecución de las cláusulas contractuales y de la normativa sobre servicios públicos. En ese sentido, no se requiere de la injerencia de entes extraños al sistema. Asimismo, es *garantista*, por-

que los elementos que forman parte del sistema regulatorio (contratos de concesión, contratos ley, entes reguladores y mecanismos de solución de conflictos) están diseñados para garantizar el pleno respeto de los intereses de los usuarios de los servicios públicos, así como la seguridad jurídica indispensable para el desarrollo de sus operaciones por parte de las empresas concesionarias, sin requerirse de algún elemento adicional para garantizar dichas finalidades.¹⁰⁴

En relación con el carácter cerrado del sistema regulatorio, se advierte cómo el ente regulador, además de ser el encargado de efectuar la regulación y el control de la prestación de los servicios públicos, resuelve las controversias que se dan entre las empresas concesionarias o frente a los usuarios. Del mismo modo, ha quedado establecido que, en el caso de un conflicto entre el propio Estado y las empresas concesionarias, el mecanismo preestablecido para la solución de la controversia es el arbitraje. Asimismo, al ser inapelable la decisión del tribunal arbitral, esta goza de la autoridad de cosa juzgada.

Respecto al carácter *garantista* del sistema regulatorio, se advierte cómo los diversos componentes del sistema están revestidos de características específicas que garantizan la mejor tutela de los intereses involucrados en la prestación de servicios públicos. Así, por un lado, los contratos de concesión están revestidos con el blindaje jurídico de los contratos-ley, característica que otorga plena seguridad jurídica a las empresas concesionarias, pues sus inversiones se hacen con certeza de la regulación aplicable al resultar esta inmodificable. Se elimina así uno de los principales factores de riesgo a los que se haya expuesta toda inversión económica. De otra parte, el contenido de los contratos de prestación de servicio público que celebra la empresa concesionaria con el usuario es objeto de una regulación minuciosa, hecho que tiene por finalidad garantizar la tutela de los derechos e intereses de los usuarios del servicio.

¹⁰⁴ En este sentido, hay que diferenciar la protección y defensa del consumidor, como sistema garantista y cerrado, de la protección al administrado que opera en la relación del ciudadano frente al Estado, que ha tomado la última decisión administrativa y permite que ella sea cuestionada ante el órgano jurisdiccional. En este caso, nace el procedimiento contencioso administrativo normado en el Perú mediante ley 27584. Cf. SARMIENTO GARCÍA, Jorge *et al.* *Protección del administrado*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, pp. 13-79; y URRITIGOITY, Javier. «¿Hacia dónde va (o debiera ir) el proceso administrativo tras la reforma constitucional?» En SARMIENTO GARCÍA, Jorge *et al.* *Op. cit.*, pp. 81-110.

Finalmente, es el ente regulador el que cumple el papel principal a efectos de garantizar la tutela de los intereses de los usuarios y la seguridad jurídica requerida por las empresas prestadoras de servicios públicos. Para ello, cuenta con facultades suficientes para efectuar su labor de regulación y control —tal como ya se ha explicado—.

13. Protección constitucional de los derechos de los consumidores y usuarios

El artículo 65 de la Constitución eleva a rango constitucional la protección y defensa de los derechos de los consumidores. En ese sentido, el referido dispositivo constitucional dispone que «el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población».

Pues bien, un primer aspecto a tener en cuenta es que la tutela constitucional de los consumidores no se agota en el texto del indicado artículo 65 de la Constitución, pues el desarrollo de este dispositivo constitucional se da en el decreto legislativo 716, Ley de Protección al Consumidor. Quiere decir, entonces, que los derechos fundamentales de los consumidores alcanzan tutela constitucional, no obstante estar explicitados en la referida Ley de Protección al Consumidor. Para efectos del presente informe nos interesa detenernos en el análisis de dos de dichos derechos: el principio pro consumidor y el derecho del consumidor a la protección de sus intereses económicos.

14. Principio pro consumidor

Una de las principales garantías de los derechos de los consumidores lo constituye el denominado principio pro consumidor. En el fondo, este principio es una derivación del ya citado artículo 65 de la Constitución, pero, a su vez, tiene una regulación específica en el artículo 2 de la Ley de Protección al Consumidor. Esta última norma señala que la protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en la Constitución Política del Perú y debe ser interpretado en el sentido más favorable al consu-

midor.¹⁰⁵ La doctrina se ha encargado de interpretar los alcances de este dispositivo y ha señalado, de forma casi unánime, que el principio pro consumidor tiene tres manifestaciones. Primero, la creación de una norma jurídica deberá hacerse procurándose garantizar el mayor beneficio para los consumidores y usuarios. Segundo, las cláusulas de los contratos de consumo y la normatividad vigente deben ser interpretadas en el sentido más favorable para el consumidor y usuarios. Finalmente, ante un vacío legal, la integración normativa debe hacerse en el sentido que más favorezca al consumidor y usuario.¹⁰⁶

14.1. Protección a los intereses económicos de los consumidores y usuarios

Además de las prerrogativas que se derivan del principio pro consumidor, el consumidor o usuario goza del derecho a la protección de sus intereses económicos. Este derecho tiene un contenido amplio, pero, fundamentalmente, supone el trato equitativo y justo en toda transacción comercial. Asimismo, importa la protección del usuario o consumidor contra métodos comerciales coercitivos o que impliquen desinformación o información equivocada sobre los productos o servicios. De esta forma, lo establece literalmente el artículo 5 de la Ley de Protección al Consumidor. Igualmente, los consumidores y usuarios no pueden ser discriminados por motivo de raza, sexo, nivel socioeconómico, idioma, discapacidad, preferencias políticas, creencias religiosas o de cualquier índole en la adquisición de productos y prestación de servicios que se ofrecen en locales abiertos al público.

Pues bien, tal como se puede desprender del dispositivo antes citado, la protección de los intereses económicos de los usuarios comprende la exigencia de calidad y eficiencia de los productos y servicios; la existencia de organismos administrativos y judiciales que

¹⁰⁵ Decreto legislativo 716.- Ley de Protección al Consumidor

«Artículo 2º.- La protección al consumidor se desarrolla en el marco del sistema de economía social de mercado establecido en el Capítulo I, del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú, debiendo ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor».

¹⁰⁶ El artículo 1401 del Código Civil establece que «las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, a favor de la otra parte».

apliquen, sin demora, una verdadera justicia contractual; y los mecanismos de compensación idónea en casos de reparación de daños. En este sentido, la tutela de los legítimos intereses económicos y sociales exige que, cuando el consumidor o usuario adquiere un producto o servicio, lo haga en condiciones equitativas. Para ello, se exige que se preserve la ecuación económica entre las prestaciones de las partes. En otras palabras, no puede haber desproporciones injustas e injustificadas respecto a las obligaciones de los usuarios.

14.2. Posición del Tribunal Constitucional del Perú

Por lo demás, la posición adoptada por el Tribunal Constitucional en relación con el régimen regulatorio de los servicios públicos, en especial el de la telefonía, se enmarca dentro de los conceptos vertidos. En su sentencia del 3 de octubre de 2003, los magistrados comienzan por advertir que, por tratarse de un proceso de inconstitucionalidad en el que actúan como jueces de la ley, no se debería permitir tratar asuntos de hecho como el régimen tarifario u otros aspectos relacionados con servicios que caen en el ámbito del ente regulador. No obstante, el Tribunal indirectamente lo hace al remitirse al marco regulatorio y sustentar que es, en el seno de este, que dichos asuntos deben resolverse.

Asimismo, el Tribunal Constitucional es lo suficientemente explícito al concluir, coincidiendo con la posición expresada en el proceso por la Defensoría del Pueblo, que

[...] ahora bien, a pesar de que dicho control corresponde por mandato legal a los órganos reguladores, es evidente que hay una percepción de que éstos no están defendiendo apropiadamente los derechos de los usuarios y consumidores. Evidentemente, no está dentro de las competencias del Tribunal Constitucional disponer de las medidas necesarias y adecuadas para revertir una situación como la descrita. Se trata, por el contrario, de una competencia del Poder Ejecutivo —a cuya esfera pertenecen ambos órganos—, y aun al Poder Legislativo, los que a través de la ley, y dentro de los términos de esta sentencia, pueden y deben dictar la legislación que permita una efectiva actuación de tales órganos administrativos. En este contexto, el Tribunal Constitucional, recomienda la adopción de las medidas legales y administrativas que permitan que entidades como OSIPTEL o INDECOPI, puedan funcionar y actuar adecuadamente

en pro de la defensa de derechos de los usuarios y consumidores, consagrados expresamente por nuestro ordenamiento jurídico.¹⁰⁷

Concluye, reiterando el deber de protección del Estado, en los siguientes términos:

En esa orientación, no está demás recordar que de la proclamación de los derechos fundamentales, como sistema material de valores del ordenamiento constitucional peruano, se deriva, entre otras muchas consecuencias, un «deber especial de protección» de dichos derechos por parte del Estado (Expedientes N.ºs 0964-2002-AA/TC y 0976-2001-AA/TC). No sólo en el ámbito legislativo, dentro de los límites que la Constitución impone y de los que aquí se ha dado cuenta, sino también en el plano de la actuación de los órganos administrativos.¹⁰⁸

15. Conclusiones

- 1) Los contratos-ley celebrados por el Estado peruano e inversionistas particulares, nacionales o extranjeros, no son contratos de Derecho Público ni simples contratos privados. Por el contrario, son contratos especiales por su reconocimiento en la norma fundamental y que se caracterizan porque se benefician con un blindaje constitucional de conformidad con el artículo 62 de la Carta. Su interpretación tiene reglas expresas y normas que admiten solución de controversias por vías especiales como alternativas a los tribunales nacionales en los que se ejecutan.
- 2) Los contratos-ley no pueden ser modificados ni alterados, directa o indirectamente, por las variaciones legislativas que eventualmente efectúe el Estado contratante. Esta característica no solo es un imperativo legal y constitucional, sino que es un principio que forma parte de nuestra tradición jurídica, evidenciada en la doctrina nacional y en los fallos de nuestros tribunales, a la que ha contribuido, significativamente, la sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003.

¹⁰⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 41, último párrafo

¹⁰⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 3 de octubre de 2003. Fundamento 43, último párrafo

- 3) El carácter intangible de los contratos-ley ha sido también afirmado por la doctrina del Derecho Internacional Público, así como por una abundante jurisprudencia internacional, tanto arbitral como judicial.
- 4) Las inversiones que se llevan a cabo en el marco de los contratos-ley suelen estar, a su vez, protegidas por convenios bilaterales de promoción y protección de las inversiones que garantizan —a elección del inversionista— recurrir a instancias arbitrales internacionales para resolver controversias derivadas del tratamiento a las inversiones.
- 5) En el campo de los servicios públicos, se admite que los contratos de concesión suponen —por virtud de su no modificación— una limitación al *ius variandi* del Estado, hecho que genera, a favor del contratista, un derecho a la intangibilidad de las cláusulas contractuales, salvo acuerdo entre las partes, en el marco de la ejecución del contrato y el respeto a la autonomía de la voluntad.
- 6) El blindaje constitucional —admitido por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 3 de octubre de 2003— que supone la inmodificación tanto de lo pactado en un contrato-ley cuanto del sustento legal sobre el cual se erige el contrato no supone inamovilidad absoluta de las posiciones de las partes en relación con la ejecución de las obligaciones contractuales. No supone, en consecuencia, la cancelación de la posibilidad de modificar los contratos-ley por acuerdo entre las partes ni excluye iniciativas unilaterales en su ejecución. Efectivamente, si bien el Estado en ejercicio del *ius imperium* limita sus atribuciones para imponer el *ius variandi* en materia de servicios públicos, puede, en cumplimiento de las cláusulas contractuales y en respeto del principio de autonomía de la voluntad, llegar a convenir modificaciones expresas —como efectivamente se ha producido en la ejecución del contrato-ley de concesión de los servicios de telefonía—.
- 7) Basados en la Doctrina del Derecho Civil y Constitucional peruano, nuestro ordenamiento jurídico interno asume la técnica de la *inoponibilidad* en materia de contratos-ley. En consecuencia, no resultarán aplicables a este las eventuales modificaciones legislativas decretadas unilateralmente por el Estado contratante. Estas modificaciones solo tendrán efecto a futuro y fuera del ámbito de aplicación del contrato-ley preexistente.

- 8) El derecho peruano ha incorporado, en su ordenamiento, un sistema que regula la prestación de servicios públicos, en virtud del cual el Estado concede a particulares la gestión para la prestación de servicios públicos con fines lucrativos. Sin embargo, en este contexto, establece, a la vez, diversos mecanismos de control, destinados a evitar una explotación abusiva de dichos servicios; así, se tutela el interés de los usuarios. Este sistema regulatorio de carácter trilateral debe ser fortalecido en beneficio del servicio público y de los usuarios.
- 9) El sistema regulatorio supone la creación de una normativa especial destinada a establecer la forma como serán gestionados los servicios públicos para su prestación a la población. Esta normativa presenta, como principal característica, que se cree una entidad estatal o ente regulador destinado a hacer efectiva dicha normativa y la aplicación del marco regulatorio. De esta manera, se supervisan y se controlan, directamente, las actividades de las empresas concesionarias.
- 10) El sistema regulatorio es cerrado, porque cuenta con los mecanismos necesarios para resolver cualquier conflicto o controversia derivado de la ejecución, interpretación o ejecución de las cláusulas contractuales y de la normativa sobre servicios públicos que, por lo demás, cae bajo el ámbito de la supervisión y defensa de la Defensoría del Pueblo al amparo del artículo 162 de la Constitución. No es recomendable la injerencia de entes extraños al sistema sino, por el contrario, su fortalecimiento. Esto último le permite funcionar en interés del servicio y de los usuarios, y evita el fenómeno de la captura del regulador.
- 11) El sistema regulatorio concebido en el marco de las privatizaciones y desarrollado en el periodo postprivatizaciones es definido por la Doctrina como un sistema autosuficiente, caracterizado por sus funciones de supervisión, imposición de sanciones y resolución de reclamaciones mediante una intervención casi jurisdiccional. Dentro de este ámbito, debe exigirse a los entes reguladores que cumplan con su función de velar por el interés del consumidor y del usuario. Para ello, deben servirse del marco complementario de protección de derechos que compete a la Defensoría del Pueblo. Las garantías de estabilidad convenidas en los contratos-ley en ningún modo pueden interpretarse como limitativas de la facultad regulativa del OSIPTEL, del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía

(OSINERG) y de la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) para el presente caso; por lo tanto, el apoyo y la fiscalización del Congreso en defensa del usuario debe orientar sus valiosos esfuerzos a exigir al regulador el cumplimiento de sus funciones y la estricta aplicación del principio pro consumidor.