

**GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DEL CONTROL CONSTITUCIONAL SOBRE LOS ACTOS NORMATIVOS DEL PODER EJECUTIVO**

**SEÑOR PRESIDENTE:**

Ha ingresado para informe del Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo de la Comisión de Constitución y Reglamento el siguiente Decreto Legislativo:

**Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.**

El presente informe se aprobó por mayoría de los presentes en la Décimo Cuarta Sesión Ordinaria del Grupo de Trabajo, realizada el 07 de marzo de 2017, contando con los votos a favor de los señores congresistas: María Úrsula Letona Pereyra (Coordinadora) y Javier Velásquez Quesquén.

**1. BASE LEGAL:**

- 1.1. Constitución Política del Perú, artículo 104°.
- 1.2. Reglamento del Congreso de la República, artículo 90°.
- 1.3. Artículos 13° al 21 de la Ley N° 25397.

**2. ANTECEDENTES:**

- 2.1. Mediante Ley N° 30506, de fecha 09 de octubre de 2016, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., por el término de noventa (90) días.
- 2.2. Dicha Ley Autoritativa dispone –entre otros- la potestad del Poder Ejecutivo de legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de:
  - **Promover, reestructurar y regular el sistema nacional de abastecimiento público con una visión sistémica e integral, promoviendo una gestión ágil y eficiente de la cadena de abastecimiento en el sector público**, determinando los marcos jurídicos específicos que permitan modernizar, automatizar y dinamizar la administración pública a fin de promover un sistema público eficiente en sectores prioritarios y estratégicos para el desarrollo del país, tales como seguridad ciudadana, salud o educación.
  - **Modificar el marco normativo del sistema de contrataciones del Estado y reorganizar el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)**<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 2°, numeral 1, literal g).

2.3. Bajo dicho escenario, con fecha 07 de enero de 2017 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

### 3. SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

De conformidad con el artículo 104<sup>2</sup> de la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso de la República sobre cada Decreto Legislativo, debiendo este ser emitido sobre la materia específica y por el plazo determinado mediante Ley Autoritativa.

Por su parte, el artículo 90° del Reglamento del Congreso dispone que el control posterior de los Decretos Legislativos deba comprender lo siguiente:

- (i) Advertir la contravención a la Constitución Política del Perú; y
- (ii) Verificar que los Decretos Legislativos sean emitidos en el marco de la delegación de facultades otorgado por el Congreso de la República.

Estas limitaciones han sido recogidas por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia recaída en el expediente 00047-2004-PI/TC, donde se establece:

*"(...) la regulación a través de este tipo normativo, el decreto legislativo, está limitada directamente por la Constitución y también por la ley autoritativa. Podía darse el caso de que el Congreso de la República delegue una materia prohibida, con lo cual no sólo será inconstitucional la ley autoritativa, sino también el decreto legislativo que regula la materia en cuestión. De otro lado, también puede darse el caso de que la ley autoritativa delegue una materia permitida por la Constitución y, sin embargo, el decreto legislativo se exceda en la materia delegada, con lo cual, en este caso también se configurará un supuesto de inconstitucionalidad por vulneración del artículo 104° de la Constitución".*

Como resultado de este análisis, la Comisión informante emitirá dictamen que declare la conformidad o que recomiende la modificación o derogación del Decreto Legislativo, en caso de verificarse cualquiera de los supuestos antes citados.

### 4. CONTENIDO DEL DECRETO LEGISLATIVO

El Decreto Legislativo N° 1341 establece, principalmente, modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado referentes a los principios que rigen las contrataciones, los supuestos excluidos de la supervisión, las responsabilidades, los impedimentos para ser postor, la participación de los consorcios, los recursos administrativos, el registro de proveedores, entre otros.

### 5. CALIFICACIÓN

El Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, se enmarca en lo establecido en el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, en tanto: (i) ha sido emitido en el marco de la Ley Autoritativa N° 30506 – artículo 2°, numeral 1, inciso g); y (ii) no transgrede la Constitución Política del Perú; con excepción del artículo 1° en el extremo que modifica el artículo 5° literal g), artículo 11.1° literales a) y c) y el artículo 45.1° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

<sup>2</sup> Artículo 104°- El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa.

No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente.

Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley. El Presidente de la República da cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente de cada decreto legislativo.

## 5.1. Modificaciones sobre el artículo 5° literal g)

Dicha disposición señala:

**"Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión**

(...)

g) La contratación de seguros patrimoniales con proveedores no domiciliados siempre que las Entidades sustenten que la contratación resulta más ventajosa para la satisfacción de sus necesidades y se realice en concordancia con los compromisos internacionales vigentes. Para tal efecto, la Entidad debe verificar que la empresa de seguros a contratar pertenece a un Estado clasificado con grado de inversión, que es supervisada por la autoridad competente de su país y que cuenta con la clasificación de riesgo mínima.

(...)"

Como se puede observar, el Decreto Legislativo N° 1341 incorpora la posibilidad de contratar seguros directamente en el exterior, exceptuándose dicha contratación de los requisitos establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado.

Nótese que con anterioridad a dicha modificación, las contrataciones realizadas con proveedores de seguros no domiciliados tenían lugar en la medida que exista de por medio una **declaración de desierto** en la contratación de seguros con proveedores locales.

Tal disposición resulta contraria al precepto constitucional recogido en los artículos 2° numeral 2<sup>3</sup> y 63<sup>4</sup>, debido a que el ordenamiento jurídico peruano estaría permitiendo un trato desigual de proveedores nacionales y extranjeros, al someterlos a **distintas reglas de contratación con el Estado**.

Por lo antes mencionado, se recomienda la derogación de la modificación incorporada sobre el artículo 5° literal g) de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, correspondiendo el retorno a su texto primigenio, esto es, antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1341.

## 5.2. Sobre el artículo 11.1° literales a) y c)

La disposición en cuestión abarca lo referente a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los siguientes términos:

Antes	Decreto Legislativo 1341
<b>Artículo 11. Impedimentos</b> Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5:	<b>Artículo 11. Impedimentos</b> 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:
a) En todo proceso de contratación	

<sup>3</sup> Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:

(...).2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole.

<sup>4</sup> Artículo 63°.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

<p>pública, <u>hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo</u>, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los <u>Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado</u>, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.</p>	<p>a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los <u>Congresistas de la República, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos.</u></p> <p>b) (...)</p> <p>c) Durante el ejercicio del cargo los <u>Ministros y Viceministros, y en el ámbito de su sector, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo</u></p>
--	--

Como vemos, la disposición legal anterior a la publicación del Decreto Legislativo N° 1341 establecía que los Ministros y Viceministros no podían ser postores, contratistas y similares hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo; sin embargo, con el Decreto Legislativo tal requisito se flexibiliza, pues los Ministros y Viceministros gozarán de tal impedimento únicamente en lo que respecta a su sector. No obstante, la restricción para cualquier sector se mantiene sin cambios para los demás funcionarios públicos como Congresistas, Vocales y miembros del órgano colegiado de Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Cabe agregar que en la exposición de motivos del presente Decreto Legislativo no se encuentra un sustento que justifique objetivamente el trato preferente que se les otorgará a los Ministros y Viceministros, como para considerarlo un trato diferenciado.

Esta situación evidencia que no se estaría cumpliendo con lo dispuesto en artículo 2°, inciso 2 de nuestra Constitución Política que establece lo siguiente:

*“Artículo 2°.- Toda persona tiene derecho:*

*(...)*

*2. A la igualdad ante la ley. **Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole**”.* (Énfasis agregado).

Sin perjuicio de lo antes mencionado, y a efectos de mantener la constitucionalidad del referido artículo 11°, se propone derogar el literal c) y, a modo referencial, modificar el literal a) conforme al siguiente texto modificatorio:

*“Artículo 11. Impedimentos*

*11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:*

*a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos”.*

### 5.3. Modificaciones sobre el artículo 45.1°

Dicha disposición señala:

*“45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o **arbitraje institucional**, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos excepcionales para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. (...)” (Énfasis agregado).*

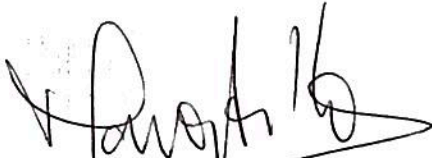
Advertimos, que tal modificación constituye una injerencia sobre la libertad contractual de asiste a las partes, en virtud del artículo 62<sup>o5</sup> de la Constitución Política del Perú, en la medida que se impone la modalidad de arbitraje que debe adoptarse ante una controversia.


Siendo ello así, se recomienda derogar el extremo de la modificación del artículo 45° numeral 1 que hace referencia a la exigencia de adoptar el arbitraje institucional, correspondiendo el retorno a su redacción antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, el mismo que dejaba a libertad de las partes elegir la modalidad de arbitraje.


## 6. CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, el Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo de la Comisión de Constitución y Reglamento, luego de la evaluación del contenido del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, considera que éste ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 104° de la Constitución Política del Perú; con excepción del artículo 1° en el extremo que modifica el artículo 5° literal g), artículo 11.1° literales a) y c) y el artículo 45.1° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, sobre los cuales recomienda su modificación y/o derogación, según sea el caso; y, por lo tanto, ACUERDA remitir el presente informe a la Comisión de Constitución y Reglamento.

Lima, 07 de marzo de 2017

  
\_\_\_\_\_  
María Ursula Letona Pereyra  
(coordinadora)

  
\_\_\_\_\_  
Vicente Antonio Zeballos Salinas  
(miembro)

  
\_\_\_\_\_  
Javier Velázquez Quesquén  
(miembro)

<sup>5</sup> Artículo 62°.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente

