

Informe del Grupo de Trabajo
sobre el Decreto de Urgencia N°
001-2018, que faculta a los
Gobiernos Regionales de los
departamentos de Huánuco, Junín,
Huancavelica, Apurímac y
Ayacucho a adquirir papa blanca

INFORME N° 023/2017-2018

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

SEÑORA 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 **Decreto de Urgencia N° 01-2018, que faculta a los Gobiernos Regionales de los departamentos de Huánuco, Junín, Huancavelica, Apurímac y Ayacucho a adquirir papa blanca**, publicado en el diario oficial El Peruano el 14 de enero de 2018.

El presente Informe fue aprobado por **UNANIMIDAD**, en la Séptima Sesión Ordinaria del Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los Actos Normativos del Poder Ejecutivo, del 19 de marzo del 2018, contando con los votos favorables de los señores Congresistas: **Miguel Ángel Torres Morales, Vicente Zeballos Salinas y Javier Velásquez Quesquén**.

I. SITUACIÓN PROCESAL

El Decreto de Urgencia N° 001-2018, que faculta a los Gobiernos Regionales de los departamentos de Huánuco, Junín, Huancavelica, Apurímac y Ayacucho a adquirir papa blanca, ingresó al Área de Trámite Documentario del Congreso de la República, con fecha 15 de enero del 2018, mediante Oficio N° 010-2018-PR, y fue remitido a la Comisión de Constitución y Reglamento, de conformidad con lo establecido en los artículos 118, inciso 19, de la Constitución y 91 del Reglamento del Congreso.

Seguidamente se dispuso el envío del Decreto de Urgencia N° 01-2018, mediante Oficio N° 0996-2017-2018-CCR/CR, al Grupo de Trabajo encargado del control constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo, para su evaluación.

El Decreto de Urgencia N° 001-2018 se recibió en el Grupo de Trabajo el 17 de enero del 2018, y el Informe sobre su constitucionalidad se aprobó en la Séptima Sesión Ordinaria de fecha 19 de abril del 2018.

II. MARCO NORMATIVO

- 2.1. Constitución Política del Perú, artículo 118, inciso 19; 123, inciso 3.
- 2.2. Reglamento del Congreso de la República, artículo 91.

III. ANÁLISIS DEL DECRETO DE URGENCIA

3.1 El control constitucional de los Decretos de Urgencia

El artículo 118, inciso 19, de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Presidente de la República dictar Decretos de Urgencia, para establecer medidas extraordinarias por un plazo determinado, en materia económica y financiera, cuando así lo requiera el interés nacional; dicha disposición establece la obligación del Presidente de dar cuenta al Congreso, que podrá modificar o derogar el referido Decreto de Urgencia.

En tal sentido, el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República establece que dentro de las veinticuatro (24) horas posteriores a la publicación del Decreto de Urgencia, el Presidente dará cuenta por escrito al Congreso, adjuntando copia del texto normativo (y de la Exposición de Motivos), para su derivación a la Comisión de Constitución y Reglamento para su estudio. Dicha Comisión califica si el Decreto establece medidas, siempre en materia económica y financiera, fundamentadas en la urgencia de situaciones extraordinarias e imprevisibles que representan un riesgo para la economía nacional o las finanzas públicas.

El artículo 91 del Reglamento del Congreso establece que si se considera que las medidas contenidas en el Decreto de Urgencia no se encuentran adecuadamente justificadas, o exceden lo dispuesto en el artículo 118, inciso 19, de la Constitución, entonces el Dictamen recomienda su modificación o derogación.

Adicionalmente se debe tener presente que el Tribunal Constitucional interpretó sistemáticamente la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso y estableció los siguientes criterios para evaluar la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia:

- **Materia económica y financiera**

La Constitución exige que las medidas contenidas en el Decreto de Urgencia versen sobre materia económica y financiera. El Tribunal Constitucional señaló en el Exp. N° 008-2003-AI/TC que: *"Este requisito, interpretado bajo el umbral del principio de separación de poderes, exige que dicha materia sea el contenido y no el continente de la disposición, pues, en sentido estricto, pocas son las cuestiones que, en última instancia, no sean reconducibles hacia el factor económico, quedando, en todo caso, proscrita, por imperativo del propio parámetro de control constitucional, la materia tributaria (párrafo tercero del artículo 74° de la Constitución). Empero, escaparía a los criterios de razonabilidad exigir que el tenor económico sea tanto el medio como el fin de la norma, pues en el común de los casos la adopción de medidas económicas no es sino la vía que auspicia la consecución de metas de otra índole, fundamentalmente sociales"* [Fundamento Jurídico 59].

- **Excepcionalidad**

Con respecto a este requisito el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 00025-2008-PI/TC, señaló que: *"La norma debe estar orientada a revertir situaciones extraordinarias e imprevisibles, condiciones que deben ser evaluadas en atención al caso concreto y cuya existencia, desde luego, no depende de la "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables"* [Fundamento Jurídico 6]. Es decir, para el análisis de este requisito es necesario evaluar la situación concreta que da origen a la dación del Decreto de Urgencia.

- **Necesidad**

El requisito de necesidad hace referencia al análisis comparativo que debe realizarse con respecto a otra medida alternativa, que en este caso no es otra que el proceso legislativo ordinario a cargo del Congreso de la República. Es decir, el requisito de necesidad obliga al Poder Ejecutivo a justificar la necesidad de recurrir a la dación de un Decreto de Urgencia, y no recurrir a presentar un Proyecto de Ley que se tramitará con carácter de urgencia ante el Congreso de la República. Al respecto el Tribunal Constitucional ha precisado, en el Exp. N° 00025-2008-PI/TC, que: *"Las circunstancias, además, deberán ser de naturaleza tal que el tiempo que demande la aplicación del procedimiento parlamentario para la expedición de leyes (iniciativa, debate, aprobación y sanción), pueda impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables"* [Fundamento Jurídico 6].

- **Transitoriedad**

Este requisito se refiere a que el Decreto de Urgencia debe establecer medidas que tengan vigencia por un plazo determinado. Al respecto el Tribunal Constitucional precisó, en el Exp. N° 00025-2008-PI/TC, que: *"Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa"* [Fundamento Jurídico 6].

- **Generalidad**

El Tribunal Constitucional señaló, en el Exp. N° 00025-2008-PI/TC, con respecto a este requisito que: *"El principio de generalidad de las leyes que [...] puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad"* [Fundamento Jurídico 6].

- **No contenga normas en materia tributaria**

El artículo 74 de la Constitución Política del Perú establece, en el tercer párrafo, que: *"[l]as leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación"*. En tal sentido, por mandato expreso de la Constitución, el Decreto de Urgencia no puede contener medidas que se relacionen con materia tributaria.

- **Conexidad**

Finalmente, el requisito de conexidad hace referencia a que las medidas aprobadas deben guardar relación con la situación excepcional. El objetivo es que no se utilice un Decreto de Urgencia para establecer una medida que por regla general debe ser aprobado por el Poder Legislativo [Exp. N° 00025-2008-PI/TC, Fundamento Jurídico 6].

En conclusión, en el presente Informe se utilizará como parámetro de control del Decreto de Urgencia a la Constitución Política del Perú, el Reglamento del Congreso y la Jurisprudencia que sobre los Decretos de Urgencia ha emitido el Tribunal Constitucional.

3.2 Contenido del Decreto de Urgencia N° 01 - 2018

En el presente caso se tiene que el Decreto de Urgencia 01-2018, que faculta a los Gobiernos Regionales de los departamentos de Huánuco, Junín, Huancavelica, Apurímac y Ayacucho a adquirir papa blanca, prevé fundamentalmente lo siguiente:

- Autoriza a los gobiernos regionales de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín a adquirir, mediante contratos en el marco del Código Civil, papa blanca de los productores y organizaciones a fin de destinarlas a programas sociales y/o asistenciales conducidos por entidades públicas y/o privadas sin fines de lucro.
- Dispone que los gobiernos regionales de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín son responsables del cumplimiento de lo dispuesto en el Decreto de Urgencia 01-2018.
- Dispone que en un plazo máximo de quince (15) días hábiles de culminada la vigencia del Decreto de Urgencia, los Gobiernos regionales mencionados deben comunicar a la Contraloría General de la República las contrataciones realizadas y el destino final de dichas adquisiciones.
- Dispone que las medidas se financian, sin demandar recursos adicionales al tesoro público, hasta por la suma de S/. 1'500,000.00 para cada gobierno regional, pudiendo utilizar para este propósito los recursos provenientes del Fondo de Compensación Regional (FONCOR).
- Autoriza a realizar modificaciones en el nivel funcional programático exonerándose para esos efectos del artículo 41.11, inciso c), de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.

¹ Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto

Artículo 41.- Limitaciones a las modificaciones presupuestarias en el Nivel Funcional Programático

41.1 Durante la ejecución del Presupuesto, las modificaciones presupuestarias en el nivel Funcional Programático se sujetan a las limitaciones siguientes:

- a) Los Grupos Genéricos de Gasto podrán ser objeto de anulaciones: si luego de haberse cumplido el fin para el que estuvieron previstos generan saldos; si se suprime la finalidad; si existe un cambio en la prioridad de los objetivos institucionales o si las proyecciones muestran que al cierre del año fiscal arrojen saldos de libre disponibilidad, como consecuencia del cumplimiento o la supresión total o parcial de metas presupuestarias.
- b) Los Grupos Genéricos de Gasto podrán ser objeto de habilitaciones si las proyecciones al cierre del año fiscal muestran déficit respecto de las metas programadas o si se incrementan o crean nuevas metas presupuestarias.
- c) No se podrán autorizar habilitaciones para gastos corrientes con cargo a anulaciones presupuestarias, vinculadas a gastos de inversión.

A continuación se procede a realizar el análisis de constitucionalidad del Decreto de Urgencia 01-2018.

3.3 Análisis de constitucionalidad

Conforme señalamos antes, la Constitución Política del Perú en el artículo 118, numeral 19, establece que el Poder Ejecutivo está facultado a "*dictar medidas extraordinarias, mediante Decretos de Urgencia, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional*". Asimismo, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el Decreto de Urgencia debe cumplir con los requisitos de conexidad, excepcionalidad, necesidad y transitoriedad.

- **Excepcionalidad: Decreto de Urgencia responde a situaciones extraordinarias que requieran medidas urgentes**

La situación de excepcionalidad implica que exista un escenario extraordinario e imprevisible que requiera para su atención medidas urgentes. En este caso, la situación excepcional consiste, según la exposición de motivos, en que como consecuencia de las condiciones climáticas adversas generadas a inicio del año 2017, se generó un retraso en la siembra de la papa blanca en las regiones de Huánuco, Junín, Huancavelica, Apurímac y Ayacucho.

Como consecuencia del retraso de la siembra, se produjo una sobre oferta de papa en los departamentos mencionados en el párrafo anterior, lo que generó finalmente una caída del precio de la papa blanca. Así, según se menciona en la Exposición de Motivos, el precio descendió hasta costar S/ 0.10 por Kg; cuando, en el mismo periodo del 2016, se encontraba en S/ 1.05 por Kg. Dicha situación afectó gravemente la economía de los productores locales de papa.

Por lo expuesto, el Decreto de Urgencia sí cumple con el requisito de excepcionalidad en la medida que responde a una situación extraordinaria como es la sobreproducción de papa blanca en las regiones de Huánuco, Junín, Huancavelica, Apurímac y Ayacucho, y la consecuente caída de los precios, lo que produce un impacto negativo en la economía rural local.

- **Las medidas contenidas en el Decreto de Urgencia deben versar sobre materia económica y financiera**

El Decreto de Urgencia N° 01-2018 autoriza a los gobiernos regionales de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín a adquirir, mediante contratos en el marco del Código Civil, papa blanca de los

productores y organizaciones a fin de destinarlas a programas sociales y/o asistenciales conducidos por entidades públicas y/o privadas sin fines de lucro. El objetivo de esta medida es aumentar la demanda de papa blanca para evitar la caída del precio debido a la sobre oferta. De esta manera se mitigan los efectos sobre las economías rurales locales.

Estas medidas cumplen con ser materia económica y financiera. Por lo que se concluye que el Decreto de Urgencia N° 01-2018 está acorde con la Constitución Política del Perú, en lo referido a contener exclusivamente medidas en materia económica y financiera.

- Necesidad del Decreto de Urgencia

En este requisito se evalúa que la aprobación del Decreto de Urgencia responda a una necesidad real, que justifique omitir el proceso legislativo que normalmente correspondería para aprobar tales medidas. En tal sentido, en la Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia 01-2018 se menciona que, como consecuencia de las condiciones climáticas de inicios del 2017, la sobreoferta de papa blanca en las regiones de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín generó una caída del precio de la papa blanca, que trajo como consecuencia efectos adversos en la economía rural local.

Debido a esta situación excepcional, el Decreto de Urgencia N° 01-2018 aprobó un conjunto de medidas urgentes² con el objetivo de mitigar los efectos adversos en las familias que se dedican a la producción de papa blanca; por tanto estas cumplen con el requisito de necesidad exigido por la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

- Conexidad

Este requisito exige que las medidas contenidas en el Decreto de Urgencia guarden relación con la situación extraordinaria. En ese sentido, de la lectura de la Exposición de Motivos se concluye que la situación extraordinaria es la sobreoferta de papa blanca en las regiones de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín genera una caída del precio de la papa blanca, lo que generó efectos adversos en la economía rural local.

En ese escenario, la medida aprobada por el Poder Ejecutivo, que consiste en que los gobiernos regionales andinos adquieran la sobreoferta de papa blanca en dichos departamentos, tiene como

² Detalles en el ítem 3.2 del Informe



objetivo mitigar el impacto negativo de la caída del precio en la economía rural local. Es decir, guardan relación con la medida extraordinaria. En consecuencia, el Decreto de Urgencia N° 01-2018 contiene medidas que guardan relación directa con la situación extraordinaria.

- **Generalidad/Interés nacional**

Como se explicó antes, el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 0008-2003-AI/TC señaló lo siguiente: "[e]l principio de generalidad de las leyes que (...) puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, debe ser el **"interés nacional"** el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad" [Fundamento jurídico 60; resaltado nuestro].

En el caso del Decreto de Urgencia N° 01-2018, este tiene como objetivo mitigar los efectos adversos de la caída del precio de la papa blanca en las regiones de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín producida por la sobre oferta, situación que impacta de manera negativa sobre la economía rural local.

En tal sentido, las medidas aprobadas por el Poder Ejecutivo están destinadas a atender a un sector de la población de la región Andina del país que se ha visto afectada por la caída del precio de la papa blanca. En consecuencia, la medida aprobada no vulnera el principio de generalidad.

- **No contenga normas en materia tributaria**

El artículo 74 de la Constitución Política del Perú establece, en el tercer párrafo, que los Decretos de Urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Siendo así, de la revisión del DU N° 01-2018, se concluye que esta no contiene norma tributaria alguna, por lo que se encontraría acorde con lo establecido en la Constitución Política del Perú.

- **Transitoriedad**

Conforme señalamos, este requisito se refiere a que el Decreto de Urgencia debe establecer medidas que tengan vigencia por un plazo determinado, el cual debe ser el estrictamente necesario para revertir

los efectos de la situación extraordinaria. La medida dispuesta por el Decreto de Urgencia N° 01-2018, establece que los gobiernos regionales de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín adquieran la sobre oferta de papa blanca a efectos de mitigar la caída del precio; y dicha medida tiene vigencia hasta el 28 de febrero de 2018. En consecuencia, el Decreto de Urgencia 01-2018 cumple con ser transitorio.

3.4 La contratación pública en el marco del Código Civil

Sin perjuicio de que el Decreto de Urgencia cumple con los criterios establecidos para la dación de este tipo de normas, establecidas por la Constitución Política del Perú, el Reglamento del Congreso y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que exigen que la medida aprobada por el Decreto contenga materia económica y financiera, que se expida en el marco de una situación excepcional y cumpla con los criterios de necesidad, conexidad, generalidad y transitoriedad, ya analizados; es necesario formular **un conjunto de recomendaciones para asegurar la constitucionalidad** de la medida dispuesta en el Decreto de Urgencia 01-2018, que establece que la adquisición de papa por parte de los gobiernos regionales Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín se realice en el marco de la aplicación del Código Civil.

En tal sentido, se debe tener presente que el artículo 76 de la Constitución establece que:

"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades."[Resaltado nuestro]

De la redacción de dicha disposición constitucional se desprende que **por regla general** para la disposición de recursos públicos, en el marco de la adquisición de bienes, obras y servicios, es necesario que exista un procedimiento de selección. Es por ello que el Tribunal Constitucional ha señalado, en la STC N° 020-2003-AI/TC que la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado es una Ley de desarrollo constitucional, en la medida que desarrolla el artículo 76 de la Constitución Política del Perú. Asimismo, la propia disposición constitucional establece que existen excepciones a la regla general.

Para la correcta interpretación del artículo 76 de la Constitución se debe tener presente la Sentencia del Tribunal Constitucional en el caso N° 020-2003-AI/TC. En dicha oportunidad el Tribunal se pronunció sobre la constitucionalidad de la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635, Ley sobre Bolsas de Productos, que estableció lo siguiente:

"En la ejecución presupuestaria en materia de compra y venta de bienes y servicios, las entidades del Gobierno e Instancias Descentralizadas y Gobiernos Locales procurarán realizar dichas transacciones en las Bolsas de Productos supervisadas por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, salvo que otras alternativas ofrezcan mejores condiciones de transparencia en la formación de precios de mercado, bajo responsabilidad de los funcionarios encargados de tales operaciones en dichas entidades.

El cumplimiento de esta disposición se supeditará a las condiciones de oferta y demanda en la respectiva Bolsa de Productos, la que deberá acreditar la imposibilidad de realizar tales transacciones en un plazo no mayor de 10 (diez) días útiles, operando el silencio administrativo negativo."

Contra la referida disposición el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima interpuso una demanda de inconstitucionalidad alegando la vulneración del artículo 76 de la Constitución debido a que se permitió la adquisición de bienes mediante un mecanismo paralelo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones. Por su parte, el Congreso de la República, que defendió la constitucionalidad de la norma, señaló que la Constitución permite excepciones a la regla general de la contratación pública mediante licitación, y que la adquisición mediante la Bolsa de Productos configuraba como una de ellas y que, en vía reglamentaria, se respetaban los principios de moralidad, transparencia, igualdad, imparcialidad, eficiencia, economía y trato igualitario.

El Tribunal Constitucional resolvió la demanda señalando que existen diferencias entre la contratación estatal y la contratación entre particulares debido a que en el caso de la primera se encuentran involucrados "*recursos y finalidades públicas*" [STC N° 020-2003-AI/TC, F.J. 11]. Por ello, según el Tribunal, el artículo 76 de la Constitución garantiza que los bienes, servicios y obras para el Estado se adquieran oportunamente, de manera eficiente, y "*respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores*" [STC N° 020-2003-AI/TC, F.J. 12].

Con respecto a las excepciones a la regla general, mencionada en el artículo 76 de la Constitución, el Tribunal Constitucional señaló que:

"[...] si bien es cierto que la Ley de Contrataciones del Estado representa la noma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76 de la Constitución, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario" (Resaltado nuestro)

[STC N° 020-2003-AI/TC, F.J. 19]

Con respecto a la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635, el Tribunal Constitucional concluyó que la Bolsa de Productos es un sistema diseñado para transacciones entre particulares; en ese contexto, el Tribunal señaló que este mecanismo pueda ser válidamente utilizado por el Estado "en la medida que se establezcan claras reglas de juego y disposiciones en las cuales la Administración Pública no ceda su posición como tal respecto al resguardo de recursos del Estado" [STC N° 020-2003-AI/TC, F.J. 27]. Finalmente, el Tribunal advierte luego de analizar la Ley N° 26361, el Decreto Supremo N° 105-1995, el Decreto de Urgencia N° 093-2001, la Ley N° 27635 y las Resoluciones del CONASEV que en el procedimiento de adquisición de fármacos en la Bolsa de Productos no se adecua al marco constitucional contraviniendo específicamente el artículo 76° de la Constitución.

Teniendo como referencia dicha sentencia que interpreta los alcances del artículo 76° de la Constitución, se concluye que en las contrataciones públicas, el Estado tiene una posición especial en la medida que los recursos públicos siempre deben ser utilizados para una finalidad pública. En consecuencia, no existe una relación de igualdad entre el Estado y el privado, dado que el primero tiene finalidades públicas que deben ser cauteladas en beneficio de los integrantes de la ciudadanía, mientras que los privados únicamente buscan satisfacer sus intereses individuales. Sin embargo, **conforme señaló el propio Tribunal Constitucional en la STC N° 020-2003-AI/TC, esto no excluye de manera automática la posibilidad de que la contratación se realice mediante contratos en el marco del Código Civil (mecanismo pensado para transacciones entre particulares), siempre que se respeten los principios que rigen la contratación pública tales como eficiencia, transparencia y**

trato igualitario, entre otros contenidos en el artículo 76 de la Constitución.

Entonces, en principio, es constitucionalmente posible que la contratación pública se realice en el marco del Código Civil, siempre que se condicione la contratación al cumplimiento de los principios básicos exigidos por el artículo 76 de la Constitución. En tal sentido, los principios de la Contratación pública se encuentran principalmente en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225. Al respecto, el artículo 2 de dicha Ley menciona los siguientes principios fundamentales para la utilización adecuada de los fondos públicos: libertad de concurrencia, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad, e integridad.

La aplicación de estos principios es indispensable en la contratación pública debido a que garantizan, no solo la adecuada utilización de los recursos públicos, sino también las condiciones de contratación justa con los privados. Como ejemplo podemos citar el **principio de igualdad de trato** que garantiza que "[t]odos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto (...)" (Art. 2, b), de la Ley de Contrataciones). El **principio de transparencia** garantiza que "[l]as Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que todas las etapas de la contratación sean comprendidas por los proveedores, garantizando la libertad de concurrencia, y que la contratación se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad (...)" (Art. 2, c), de la Ley de Contrataciones); el **principio de publicidad** permite que "[e]l proceso de contratación debe ser objeto de publicidad y difusión con la finalidad de promover la libre concurrencia y competencia efectiva, facilitando la supervisión y el control de las contrataciones" (...)" (Art. 2, d), de la Ley de Contrataciones). Finalmente, el **principio de equidad** establece que "[l]as prestaciones y derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general" (Art. 2, i), de la Ley de Contrataciones).

3.5 Recomendaciones para la cautela de la constitucionalidad del Decreto de Urgencia 01-2018

Teniendo claro que es constitucionalmente posible que la contratación pública se realice en el marco del Código Civil siempre que se observen los principios públicos de la contratación, corresponde ahora analizar el

procedimiento dispuesto en el Decreto de Urgencia 01-2018. Así, el artículo 1 de dicho Decreto establece lo siguiente:

"Artículo 1.- Facultar a los Gobiernos Regionales a adquirir papa blanca Autorícese, excepcionalmente y durante la vigencia del presente Decreto de Urgencia, a los Gobiernos Regionales de los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Huancavelica, Huánuco y Junín, **a contratar con los productores y organizaciones conforme a lo establecido en el Código Civil, la adquisición de papa blanca a fin de contribuir en la atención de programas sociales y/o asistenciales conducidos a través de entidades públicas y/o privadas sin fines de lucro. Cada Gobierno Regional determinará el precio de adquisición de papa blanca en función de su estructura de costos respectiva."** (Resaltado nuestro)

Y la Única Disposición Complementaria Final del Decreto de Urgencia 01-2018 establece que el Ministerio de Agricultura y Riego establecerá los lineamientos para la implementación. Dichos lineamientos fueron aprobados mediante la Resolución Ministerial N° 0020-2018-MINAGRI, de fecha 15 de enero del 2018.

Como se aprecia, el Decreto de Urgencia 01-2018 dispuso que la adquisición de papa se realice en el marco del Código Civil. En tal sentido, a efectos de garantizar que se cautelen los principios de la contratación pública exigidos por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú se **recomienda enfáticamente** que en futuras oportunidades a nivel Reglamentario (es decir, a través de los Lineamientos respectivos) se establezcan medidas para garantizar el **principio de igualdad de trato**. Así, el monto de S/. 1,500,000.00 que destinan los gobiernos regionales a la adquisición de papa debió distribuirse en base a criterios de priorización, que establecieran un trato preferencial para los productores más vulnerables que generalmente son los micro y pequeños productores; para ello era importante que a nivel reglamentario se establecieran criterios de selección, así como topes a la cantidad que pudieron ser compradas por el Gobierno Regional a cada productor.

Asimismo, es **altamente recomendable** en futuras oportunidades que a nivel reglamentario se establezcan disposiciones que garanticen el **principio de publicidad**. Así, a manera de ejemplo, en el caso del Decreto de Urgencia 01-2018 era muy importante que los Lineamientos que aprobó el Ministerio de Agricultura establecieran medidas que publiciten adecuadamente las condiciones en las que se realizarían los procedimientos de adquisición de papa por parte de los gobiernos regionales, ya que la publicidad, como bien señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, permite que concurra una pluralidad de

interesados, en este caso principalmente aquellos productores de papa que se encontraban severamente afectados por la caída del precio de la papa. Igualmente importante es que a nivel reglamentario se garantice el **principio de transparencia**.

Finalmente, es recomendable igualmente que en futuras oportunidades a nivel de reglamento el Poder Ejecutivo cautele el **principio de equidad**, que resguarda que exista una adecuada proporcionalidad entre las prestaciones y derechos de las partes. Se debe tener presente que someter la contratación pública al Código Civil permite aplicar principios jurídicos tales como el contenido en el artículo 1401 del Código Civil que dispone 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, en favor de la otra"*. Por ello, a nivel reglamentario se debe ser sumamente cauteloso con el diseño de los procedimientos, y de los contratos civiles que suscribirá el Estado peruano.

Por estas consideraciones se concluye que el Decreto de Urgencia 001-2018 cumple con los criterios establecidos en la Constitución Política, Reglamento del Congreso y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, se recomienda que en futuras oportunidades se garanticen los principios exigidos por la contratación pública establecidos en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, tales como el principio de igualdad de trato, el principio de publicidad, el principio de transparencia, y el principio de equidad.


IV. 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 Decreto de Urgencia N° 01-2018, publicado en el Diario Oficial El Peruano con fecha 29 de diciembre del 2017, considera que este **CUMPLE** con lo dispuesto en el artículo 118, inciso 19, de la Constitución Política del Perú y **RECOMIENDA** que, a nivel reglamentario, se cautele los principios exigidos por el artículo 76 de la Constitución; asimismo, **ACUERDA** remitir el presente informe a la Comisión de Constitución y Reglamento.

Lima, 19 de abril del 2018



MIGUEL ÁNGEL TORRES MORALES
Coordinador



JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Miembro



VICENTE ANTONIO ZEBALLOS SALINAS
Miembro