

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° 1251 que modifica el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos.

El presente informe se aprobó por unanimidad de los presentes en la Décimo Tercera Sesión Ordinaria del Grupo de Trabajo, realizada el 01 de marzo de 2017, contando con los votos a favor de los señores congresistas: María Úrsula Letona Pereyra (Coordinadora) y Vicente Zeballos Salinas.

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:
 - Reestructurar la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (Proinversión) con el fin de afianzar su rol y mejorar su eficiencia, así como la calidad y agilidad de los proyectos de Asociaciones Público Privadas (APP) a su cargo, incluyendo modificar la regulación sobre la responsabilidad civil y administrativa de los servidores públicos que intervienen en los procesos de promoción de la inversión privada mediante APP; facultar a Proinversión a contratar servicios especializados en aseguramiento de calidad de gestión para los procesos de promoción de la inversión privada a su cargo y seguros para la entidad y sus servidores; así como establecer medidas para mejorar la calidad y agilidad de los proyectos de APP y proyectos ejecutados bajo la modalidad de Obras por Impuestos en los tres niveles de gobierno, favoreciendo la descentralización.

Dichas medidas no deberán restringir las competencias y atribuciones del Sistema Nacional de Control otorgadas por la Constitución Política del Perú y su ley orgánica.

- 2.3. Bajo dicho escenario, con fecha 30 de noviembre de 2016 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1251 que modifica el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos.

3. SOBRE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS

De conformidad con el artículo 104¹ 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 Decreto 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 establece principalmente lo siguiente:

- **Opinión vinculante, exclusiva y excluyente sobre la interpretación del Decreto Legislativo N° 1251 (modificación del artículo 5°):** a cargo de la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y

¹ 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

Finanzas, ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, en relación a los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.

- **Opinión previa al inicio del proceso de promoción de la inversión privada (modificación del artículo 16°):** se requerirá la opinión del MEF de manera previa al inicio del proceso de promoción. Asimismo, en el caso de proyectos autofinanciados que no requieran garantías financieras o no financieras, no serán exigibles los requisitos contenidos en el numeral 16.4 siempre que el Costo Total de Inversión no supere el monto establecido en el Reglamento. Complementariamente, se señala que en el caso de que los informes y opiniones previas solicitadas, no fueran emitidos dentro del plazo concedido, se considerarán favorables.
- **Modificaciones contractuales (modificación del artículo 22°):** cuando se solicite una adenda, la autoridad a cargo convoca dentro de los próximos diez (10) días hábiles de recibida la misma, a las entidades públicas que deben emitir opinión, pudiendo convocarse al inversionista.
- **Adjudicación Directa al proponente de la iniciativa privada (modificación del numeral 35.2 del artículo 35°):** se varía el plazo de Adjudicación Directa en aquellos casos en los que ningún tercero manifieste interés luego de publicada la Declaratoria de Interés. El mismo se reduce de 150 a 90 días calendario.
- **Seguro por responsabilidad de funcionarios (incorporación del artículo 38-A°):** Proinversión contratará seguros por responsabilidad administrativa, civil y penal para los funcionarios a cargo de adoptar decisiones en el marco de los proyectos de inversión regulados en la ley.
- **Responsabilidad administrativa de los funcionarios (Segunda Disposición Complementaria Final):** los funcionarios responsables de tomar decisiones en el marco de la ley, no serán sancionados ni se les determinará responsabilidad por las decisiones que adopten en el ejercicio de su discrecionalidad, salvo que existan indicios razonables de que actuaron con dolo o negligencia.

5. CALIFICACIÓN

El Decreto Legislativo N° 1251 que modifica el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos 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, literal f); y (ii) no transgrede la Constitución Política del Perú, con excepción del artículo 5° que será explicado a continuación:

Advertimos que la modificación relativa al artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1224, Ley marco de promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos estaría lesionando la potestad de control de constitucionalidad o la capacidad interpretativa del Tribunal Constitucional, al utilizar los términos "exclusivo y excluyente" en su redacción.

Por ello, y a efectos de que no resulte cuestionable tal disposición, se recomienda su modificación en los términos del Anexo A adjunto a la presente.

Sin perjuicio de lo antes señalado, cabe precisar que la Ley N° 29622, Ley que modifica la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y amplía las facultades en el proceso para sancionar en materia de

responsabilidad administrativa funcional, establece en su Cuarta Disposición Complementaria Final lo siguiente:

“CUARTA.- Criterios para el ejercicio del control ante decisiones discrecionales

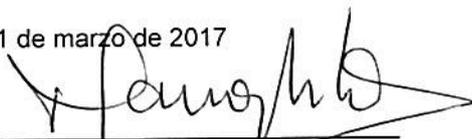
En los casos en que la legislación vigente autorice a los funcionarios expresamente algún grado de discrecionalidad para determinada toma de decisión, los órganos del Sistema Nacional de Control no pueden cuestionar su ejercicio por el solo hecho de tener una opinión distinta. Tales decisiones solo pueden observarse si fueron tomadas sin una consideración adecuada de los hechos o riesgos en el momento oportuno, o por los resultados logrados según los objetivos y metas planteados, o cuando, en los casos que la normativa permita varias interpretaciones, la decisión se aparte de la interpretación adoptada por el órgano rector competente en la materia.”

En ese sentido, el Decreto Legislativo N° 1251 no incorpora nuevos aspectos relativos a la discrecionalidad de los funcionarios, sino que regula aspectos que ya se encontraban vigentes, no siendo cuestionable desde el punto de vista constitucional.

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° 1251 que modifica el Decreto Legislativo N° 1224, Ley Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante asociaciones público privadas y proyectos en activos, considera que éste ha cumplido con lo dispuesto por el artículo 104° de la Constitución Política del Perú, con excepción de la modificación incorporada sobre el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1224, sobre el cual recomienda su modificación y; por lo tanto; ACUERDA remitir el presente informe a la Comisión de Constitución y Reglamento.

Lima, 01 de marzo de 2017



María Ursula Letona Pereyra
(coordinadora)



Vicente Antonio Zeballos Salinas
(miembro titular)

Javier Velásquez Quesquén
(miembro titular)

Anexo A	
Texto Actual	Texto Propuesto
<p>Artículo 5.- Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada</p> <p>5.1 El Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema funcional para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, integrado por principios, normas, procedimientos, lineamientos y directivas técnico normativas, con el fin de promover, fomentar y agilizar la inversión privada para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país. Está conformado por las entidades a las que se refiere el artículo 2.</p> <p>5.2 El Ministerio de Economía y Finanzas establece la política de promoción de la inversión privada. La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas es el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, encargada de establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente sobre la interpretación y aplicación del Decreto Legislativo y sus disposiciones, en relación a los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.</p> <p>...</p>	<p>Artículo 5.- Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada</p> <p>5.1 El Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada es un sistema funcional para el desarrollo de las Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, integrado por principios, normas, procedimientos, lineamientos y directivas técnico normativas, con el fin de promover, fomentar y agilizar la inversión privada para contribuir a la dinamización de la economía nacional, la generación de empleo productivo y la competitividad del país. Está conformado por las entidades a las que se refiere el artículo 2.</p> <p>5.2 El Ministerio de Economía y Finanzas establece la política de promoción de la inversión privada. La Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada del Ministerio de Economía y Finanzas es el ente rector del Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, encargada de establecer los lineamientos de promoción y desarrollo de la inversión privada en Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos y emitir opinión vinculante exclusiva y excluyente sobre la interpretación y aplicación del Decreto Legislativo y sus disposiciones, en relación a los temas de su competencia, de conformidad con lo establecido en la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo. Esta disposición no limita la potestad interpretativa de los órganos jurisdiccionales ni del Congreso de la República.</p>

