

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO Periodo Anual de Sesiones 2016 – 2017

I. ANTECEDENTES

Mediante Oficio 354-2016-2017-CEBFIF/CR de 26 de octubre de 2016, la señora Congresista Mercedes Aráoz Fernández, presidenta de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, remitió a la Comisión de Constitución y Reglamento el predictamen recaído en los Proyectos de Ley siguientes:

- Proyecto de Ley 31/2016-CG presentado por el Contralor General de la República.
- Proyecto de Ley 120/2016-CR presentado por el Grupo Parlamentario Fuerza Popular.

Para que emita su opinión desde la perspectiva constitucional del referido predictamen.

De acuerdo con lo señalado en dicho oficio: "[...], la materia propuesta por la Contraloría General de la República, en virtud de su facultad de iniciativa legislativa, contraviene los artículos 82° y 107° de la Constitución Política del Perú y el artículo 76° numeral 4 del Reglamento del Congreso de la República, por cuanto no versa sobre asunto de su exclusiva competencia; y desde el punto de vista legal contraviene su misma Ley orgánica, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Ley de Contrataciones del Estado, la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado, la Ley de SERVIR e incluso el artículo 2° numeral 14 y 62 de la Carta Magna por el tema de la libertad de contratación".

II. SOBRE LOS PROYECTOS DE LEY MENCIONADOS EN EL PREDICTAMEN REMITIDO POR LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA.

A través del Proyecto de Ley 24/2016-CR presentado por el Contralor General de la República mediante Oficio 1399-2016-CG/DC de 11 de agosto de 2016, se plantea regular la ejecución de obras públicas por administración directa, según la estructura siguiente:

Cuadro 1
Contenido del Proyecto de Ley 31/2016-CR – "Ley de ejecución de obras públicas por administración directa"

Nº	Capítulo / Artículo	Denominación / Objeto
	Capítulo I	Disposiciones Generales
1	Artículo 1	Define cuándo nos encontramos ante una ejecución de obras públicas por administración directa

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

2	Artículo 2	Establece el ámbito de aplicación: todas las entidades sujetas al ámbito de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República
3	Artículo 3	Principios generales (moralidad, eficiencia, transparencia, economía, sostenibilidad y subsidiariedad).
4	Artículo 4	Órgano responsable: establece que cada entidad debe establecer el órgano o unidad orgánica responsable de planificar, programar, ejecutar y supervisar los procesos vinculados con la ejecución y supervisión de obras públicas por administración directa.
5	Artículo 5	Responsables del cumplimiento de la ley: Establece que los titulares de las entidades y los funcionarios y servidores que tienen a cargo la planificación, programación, ejecución y supervisión de los planes operativos y los que tienen a cargo la ejecución y supervisión de las obras públicas por administración directa son responsables del cumplimiento de la ley y su reglamento.
	Capítulo II	Del proceso de ejecución de obras públicas por administración directa
6	Artículo 6	Carácter excepcional de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa.
7	Artículo 7	Prohibición de ejecución de obras por administración directa: Establece que la modalidad está prohibida cuando se modifique el expediente técnico materia del proceso de selección o cuando el valor de la obra, de conformidad con el expediente técnico, sea superior al monto establecido en la Ley de Presupuesto del Sector Público, para una licitación pública.
8	Artículo 8	Programación: Establece que el proyecto de inversión debe contar con la declaratoria de viabilidad en el marco del Sistema Nacional de Inversión Pública
9	Artículo 9	Expediente del proceso Prevé la obligatoriedad de contar con un registro documentado.
	Capítulo III	Requisitos y término de la ejecución de obras públicas por administración directa
10	Artículo 10	Requisitos para la ejecución de obra pública por administración directa: Resalta entre ellos la propiedad de la maquinaria y equipos mínimos en estado operativo y disponible, conforme a lo requerido en el expediente técnico.
11	Artículo 11	Comité de vigilancia El cual estará integrado por los representantes de la sociedad civil que participan en los consejos de coordinación regional o local, provincial o distrital.
12	Artículo 12	Término de la obra
13	Artículo 13	Variaciones en el precio de los insumos
	Capítulo IV	Liquidación, transferencia y registro de obras públicas por administración directa
14	Artículo 14	Régimen de liquidación técnico-financiera Se establece que dicha liquidación es formulada por la comisión de recepción y liquidación de la obra designada por el titular de la entidad.
15	Artículo 15	Transferencia
16	Artículo 16	Registro de información INFObras
17	Artículo 17	Publicación en el portal web Establece la obligación de la entidad de publicar en su portal web un resumen ejecutivo y descriptivo del expediente técnico de la obra.

Fuente: Proyecto de Ley 31/2016-CG

Elaborado por: Comisión de Constitución y Reglamento

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

Posteriormente, mediante el Proyecto de Ley 120/2016-CR presentado por el Grupo Parlamentario Fuerza Popular a iniciativa de la señora Congresista Esther Saavedra Vela el 23 de agosto de 2016, se plantea regular la ejecución de obras públicas por administración directa con una estructura normativa similar a la desarrollada en el Proyecto de Ley 31/2016-CG presentado por la Contraloría General de la República.

III. SOBRE EL PREDICTAMEN REMITIDO POR LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

De la revisión del predictamen proporcionado por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, se advierte que los argumentos principales por los cuales se recomienda la no aprobación de los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR son los siguientes:

- La Resolución de Contraloría 195-88-CG de 18 de julio de 1988, sobre ejecución de las obras por administración directa, ha quedado obsoleta con la dación de la Constitución Política de 1993, ya que el artículo 76 de la Norma Fundamental no prevé la figura de la administración de obras, de manera que dicha figura deviene en ilegal, toda vez que no se encuentra prevista en la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado.
- La propuesta legislativa contravendría el rol subsidiario del Estado, ya que al pretenderse instituir un método o excepción a la contratación, convirtiendo en "constructores y contratistas" a las entidades públicas.
- No existen asignaciones presupuestales por administración directa, salvo en el caso de núcleos ejecutores.
- La Contraloría General de la República carece de competencia para proponer una iniciativa legislativa sobre ejecución de obras públicas por administración directa.
- En tanto se encuentre vigente la Ley 30506, Ley que delega 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., el Congreso de la República carece de competencia para pronunciarse sobre modificaciones al marco normativo del sistema de Contrataciones del Estado y reorganizar el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.

IV. MARCO NORMATIVO

4.1. Constitución Política del Perú

- **Artículo 76.-** 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.
- **Artículo 82.-** La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control.

El Contralor General es designado por el Congreso, a propuesta del Poder Ejecutivo, por siete años. Puede ser removido por el Congreso por falta grave.

- **Artículo 107.-** El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

4.2. Reglamento del Congreso de la República

- **Artículo 76.-** La presentación de las proposiciones de ley y de resolución legislativa está sujeta, además de lo señalado en el artículo precedente, a los siguientes requisitos especiales:

[...]

4. Las proposiciones de ley que presenten el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Defensor del Pueblo, el Jurado Nacional de Elecciones, el Consejo Nacional de la Magistratura, el Tribunal Constitucional, la Contraloría General, el Banco Central de Reserva, la Superintendencia de Banca y Seguros, las Regiones, las Municipalidades y los Colegios Profesionales sólo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia debiendo precisarse la concordancia de competencia en el documento de remisión. No pueden versar sobre los asuntos señalados en el numeral uno precedente.

4.3. Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República

- **Artículo 6.- Concepto**

El control gubernamental consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes.

El control gubernamental es interno y externo y su desarrollo constituye un proceso integral y permanente.

- **Artículo 32.-** En el desempeño de su gestión, el Contralor General de la República se encuentra facultado para:

[...]

h) Presentar u opinar sobre proyectos de normas legales que conciernan al control y a las atribuciones de los órganos de auditoría interna.

4.4. Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado

- **Artículo 1. Finalidad**

La presente Ley tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y a promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos. Dichas normas se fundamentan en los principios que se enuncian en la presente Ley.

- **Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones**

Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público. Estos principios sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente Ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:

[...]

c) Transparencia. Las Entidades proporcionan información clara y coherente con el fin de que el proceso de contratación sea comprendido por los proveedores garantizando la libertad de concurrencia, y se desarrolle bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad. Este principio respeta las excepciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

d) Publicidad. El 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.

[...]

f) Eficacia y Eficiencia. El proceso de contratación y las decisiones que se adopten en el mismo deben orientarse al cumplimiento de los fines, metas y objetivos de la Entidad, priorizando estos sobre la realización de formalidades no esenciales, garantizando la efectiva y oportuna satisfacción del interés público, bajo condiciones de calidad y con el mejor uso de los recursos públicos.

[...]

h) Sostenibilidad ambiental y social. En el diseño y desarrollo de los procesos de contratación pública se consideran criterios y prácticas que permitan contribuir tanto a la protección medioambiental como social y al desarrollo humano.

[...]

4.5. Ley 28411, Ley del Sistema Nacional de Presupuesto.

- **Artículo 59.- Tipos de Ejecución Presupuestal de las Actividades, Proyectos y Componentes**

La ejecución de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, de ser el caso, se sujeta a los siguientes tipos:

a) Ejecución Presupuestaria Directa: Se produce cuando la Entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes.

b) Ejecución Presupuestaria Indirecta: Se produce cuando la ejecución física y/o financiera de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, es realizada por una Entidad distinta al pliego; sea por efecto de un contrato o convenio celebrado con una Entidad privada, o con una Entidad pública, sea a título oneroso o gratuito.

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

4.6. Ley 30506, Ley que delega 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.

- Artículo 2. Materia de la delegación de facultades legislativas

En el marco de la delegación de facultades a la que se refiere el artículo 1 de la presente Ley, el Poder Ejecutivo está facultado para:

1) Legislar en materia de reactivación económica y formalización a fin de:

[...]

g) 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). 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.

V. ANÁLISIS DEL PREDICTAMEN REMITIDO POR LA COMISIÓN DE ECONOMÍA, BANCA, FINANZAS E INTELIGENCIA FINANCIERA

5.1. Sobre el artículo 76 de la Constitución Política de 1993

Uno de los argumentos centrales del predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera es que las propuestas legislativas inobservan lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política de 1993, que no prevé la figura de la ejecución de obras públicas por administración directa.

Al respecto, es preciso mencionar que el artículo 76 de la Constitución Política establece lo siguiente:

Artículo 76.- 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.

A partir de lo expuesto, se tiene que, efectivamente, la regla general es que las obras y la adquisición de suministros (bienes y servicios) con utilización de fondos y recursos públicos, se ejecuten por contrata o licitación pública, es decir, que sea un tercero y no las entidades públicas (Estado) quienes ejecuten las obras públicas, siendo responsabilidad de las entidades llevar a cabo los procesos de selección, financiar dichas obras y supervisar el adecuado cumplimiento de los contratos.

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

En ese contexto, cabría formularse la interrogante sobre si es que dicha regla general u obligación admite excepciones. Así, es preciso mencionar que el segundo párrafo del artículo 76 de la Constitución Política refiere que la ley establecerá las excepciones, siendo que estas pueden ser interpretadas en dos sentidos:

- Excepciones a la obligación de que las obras y adquisición de suministros se ejecuten por contrata, con lo que se admitiría el mecanismo de la ejecución de obras públicas por administración directa.
- Excepciones a la obligación de que la contratación de servicios y proyectos cuyo monto fije la Ley de Presupuesto se realice mediante concurso público, con lo que se admitiría la contratación directa (es decir, sin concurso o proceso de selección) para la ejecución de obras o adquisición de bienes y servicios, mas no comprendería una "excepción a la obligación" de que las obras sean ejecutadas necesariamente por contrato, esto es, por un tercero distinto a la entidad.

La Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera asume la segunda de las interpretaciones antes señaladas, es decir, la más literal y restrictiva, toda vez que circunscribe los alcances del término "excepción" en el segundo párrafo del artículo 76 de la Constitución Política, la cual regula el supuesto de que las contrataciones se realicen por "concurso público". De ahí que dicha comisión conciba que es la Ley de Contrataciones del Estado la que regula tanto los procedimientos para llevar a cabo los procesos de selección, con los supuestos de excepción que legitimen una contratación directa, no identificando fuera de dicha ley ningún otro régimen de excepción. Bajo ese marco, es la Ley de Contrataciones del Estado la ley que desarrolla el citado precepto constitucional, no admitiéndose ninguna otra norma que regule las excepciones a la contratación por "concurso público" ni que admita la "contratación directa".

Al respecto, resulta oportuno mencionar que el artículo 59 de la Ley 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, sí permite la ejecución presupuestaria directa de actividades y proyectos, al señalar lo siguiente:

"Artículo 59.- Tipos de Ejecución Presupuestal de las Actividades, Proyectos y Componentes

La ejecución de las Actividades y Proyectos así como de sus respectivos Componentes, de ser el caso, se sujeta a los siguientes tipos:

a) **Ejecución Presupuestaria Directa: Se produce cuando la Entidad con su personal e infraestructura es el ejecutor presupuestal y financiero de las Actividades y Proyectos** así como de sus respectivos Componentes. [...]"

Por lo que, se advierte que a nivel presupuestario sí se permite la posibilidad de que las entidades, con su personal e infraestructura, ejecuten sus respectivos proyectos de inversión pública, lo que conlleva a que en la realidad se vienen ejecutando obras por administración directa, lo cual es admitido en el predictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, cuando indica lo siguiente:

"Además, en el Boletín Obras Paralizadas (Julio de 2015) de la Contraloría General de la República se señala que 74% de las obras paralizadas (de un total de 560 a mayo

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

del 2015) son de Administración Directa, viniendo los atrasos en promedio de los últimos tres años".

En ese sentido, se advierte que no resulta per se inconstitucional que se pretenda regular la ejecución de obras por administración directa si es que ello se enmarca dentro del rol subsidiario del Estado en la economía, esto es, si se evidencia la inexistencia de oferta por parte de los particulares (terceros privados) y si dicha ejecución de obras públicas por administración directa constituye un mecanismo que se viene utilizando en la realidad y que carece de una regulación que facilite el control gubernamental y su eficiencia.

Ahora bien, ¿debe necesariamente regularse la ejecución de obras por administración directa en la Ley de Contrataciones del Estado? A juicio de la Comisión de Constitución y Reglamento, dado que el artículo 76 de la Constitución Política hace referencia genérica a la "ley" y a que la Ley de Contrataciones del Estado regula, valga la redundancia, las contrataciones públicas, sea a través de procesos de selección (regla general) como de contrataciones directas (excepciones a los procesos de selección), nada impide que la ejecución de obras públicas por administración directa se regule mediante una ley aparte.

5.2. Sobre el principio de subsidiariedad y la actividad empresarial del Estado

El artículo 60 de la Constitución Política de 1993 establece en su segundo párrafo que *"Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional"*.

En atención a lo dispuesto en dicho artículo 60 de la Norma Fundamental, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC, lo siguiente:

"23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que "[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]". Se consagra así, el "**principio de subsidiariedad**" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, **las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.**

Debe enfatizarse que **la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa**, y la de los derechos esenciales de la persona humana. Entre ellos hay que incluir el derecho y la obligación –de cada persona- de ser, normalmente, la

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

primera responsable de su propia manutención y de la de su familia, lo cual implica que los sistemas económicos permitan y faciliten a cada ciudadano el libre y provechoso ejercicio de las actividades de producción." (Encíclica *Mater et Magistra*. Iter N.º 55)" (Las negritas son nuestras).

En ese contexto, se tiene que en atención al referido principio de subsidiariedad, el Estado no podría ejercer la actuación empresarial si es que existe oferta o iniciativa privada.

Bajo ese marco, se advierte que lo que se pretende regular a través de las propuestas legislativas es un régimen de excepción como la ejecución de obras públicas por administración directa, siendo que las propuestas establecen de manera expresa dicho carácter excepcional, señalando que solo procede la ejecución por administración directa ante la inexistencia de oferta privada (debidamente acreditada luego de llevarse a cabo los procesos de selección) o cuando exista un saldo de obra por ejecutar al momento de resolverse un contrato, al señalar en el artículo 6 lo siguiente:

"Artículo 6.- Carácter excepcional de la modalidad de ejecución de obras públicas por administración directa

Las entidades ejecutan de manera excepcional obras públicas por administración directa cuando se acredite la inexistencia de oferta privada para la ejecución de la obra después de realizados los procesos de selección conforme a lo establece en la ley de contrataciones del Estado y su reglamento. Asimismo, esta norma es aplicable cuando exista un saldo de obra por ejecutar al momento de resolverse un contrato, siempre que la entidad tenga capacidad técnica para ello".

Por lo tanto, las propuestas legislativas no contravienen el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía reconocido en el artículo 60 de la Constitución Política, por lo que dichos proyectos de ley no resultan contrarios a la Norma Fundamental por dichos motivos.

5.3. Sobre el argumento referido a que la propuesta legislativa excede las competencias exclusivas atribuidas a la Contraloría General de la República.

La Contraloría General de la República es un organismo constitucional autónomo que supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control (artículo 82 de la Constitución Política). En ese contexto, el Poder Constituyente le confiere el derecho a formular iniciativas legislativas en "materias que le son propias" (artículo 107 de la Constitución Política), esto es, para coadyuvar en el ejercicio de sus atribuciones constitucionales.

Ese derecho a formular iniciativas legislativas obedece a que dichos organismos constitucionales autónomos cuentan con mayor y mejor información relacionada con las materias y funciones que el Poder Constituyente les ha atribuido y, en ese orden de ideas, se encuentra en mejores condiciones para identificar las deficiencias o vacíos normativos y plantear reformas o nuevas normas que coadyuven al ejercicio de sus atribuciones.

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

Al respecto, es preciso indicar que el artículo 107 de la Constitución Política ha sido desarrollado por el Reglamento del Congreso de la República, en concreto, el artículo 76, numeral 4, que establece que las proposiciones de ley que presenten, entre otros, la Contraloría General de la República, "[...] *solo podrán versar sobre asuntos de su exclusiva competencia*".

En ese contexto, se tiene que lo que se pretende con los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR es regular la ejecución de obras públicas por administración directa.

Al respecto, es preciso mencionar que la Contraloría General de la República es el ente rector del Sistema Nacional de Control y, en ese contexto se tiene que el artículo 32 de la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República señala que su titular, el Contralor General, se encuentra facultado para presentar proyectos de ley **que conciernan al control**.

Bajo ese marco, el artículo 6 de la referida Ley Orgánica establece que el control gubernamental "[...] *consiste en la supervisión, vigilancia y verificación de los actos y resultados de la gestión pública, en atención al grado de eficiencia, eficacia, transparencia y economía en el uso y destino de los recursos y bienes del Estado, así como del cumplimiento de las normas legales y de los lineamientos de política y planes de acción, evaluando los sistemas de administración, gerencia y control, con fines de su mejoramiento a través de la adopción de acciones preventivas y correctivas pertinentes*" (Las negritas son nuestras).

Una interpretación sistemática y conjunta de ambos preceptos normativos contenidos en la Ley 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, a la luz de lo establecido en el artículo 76, numeral 4, del Reglamento del Congreso de la República, permite que surjan dos interpretaciones:

- a) *Interpretación amplia*: que considera que, en tanto evaluador de los sistemas administrativos y atendiendo a que el control gubernamental comprende la supervisión de los actos y resultados de la gestión pública, la Contraloría General de la República se encuentra legitimada para proponer la modificación de leyes que regulen los sistemas administrativos, independiente de cuál sea el sector, organismo o entidad considerada como ente rector de dichos sistemas. El razonamiento o trasfondo de dicha posición radicaría en que, en la medida que la Contraloría General controla los actos de la gestión pública, puede regular todo aquello que constituye el objeto de control, lo que comprende las contrataciones públicas y todo aquello relacionado con la "gestión pública", incidiendo en la definición de "control gubernamental".
- b) *Interpretación restrictiva*: que considera que si bien el control gubernamental que ejerce la Contraloría General de la República incide o recurre a las normas que regulan los sistemas administrativos, como es el caso de los sistemas de abastecimiento (contrataciones), presupuesto o inversión pública, solo puede presentar proyectos de ley sobre aquellas materias de su "exclusiva competencia", esto es, en aquellos asuntos en los cuales el legislador no ha

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

atribuido a otro organismo o algún poder del Estado, la calidad de ente rector del sistema administrativo que se pretende regular. Incluso podría sostenerse que esta posición estricta conllevaría a que la Contraloría General solo podría presentar propuestas legislativas que tengan por finalidad su ley orgánica u otras normas, en el extremo que le atribuyan expresamente competencias al referido organismo superior de control.

Dicha posición se sustenta en una interpretación que incide en el carácter "exclusivo" de la competencia atribuida a un organismo constitucional autónomo (artículo 76, numeral 4, del Reglamento del Congreso de la República), y que pretende evitar la duplicidad de funciones entre entidades y organismos públicos¹.

Al respecto, es preciso recordar que nos encontramos delimitando únicamente los alcances de la competencia de los organismos constitucionales autónomos para formular propuestas legislativas que no necesariamente serán aprobadas por el Congreso de la República. Dicho en otros términos, la presentación de un proyecto de ley no implica su aprobación, sea en sus propios términos o con un texto sustitutorio, ya que dichas propuestas legislativas deben ser evaluadas en atención a criterios de necesidad, utilidad, conveniencia, proporcionalidad y razonabilidad, parámetros que trascienden el ámbito de lo jurídico e inciden también en lo político.

Asimismo, se debe considerar que nos encontramos ante una propuesta legislativa presentada por un organismo constitucional autónomo, es decir, se trata de un proyecto de ley presentado por una entidad que cuenta con una autonomía atribuida por el Poder Constituyente en virtud de la función constitucional que ejerce y que, como tal, interactúa con otros poderes públicos como el Congreso de la República en condición de igualdad y cuenta con mayores herramientas e información para identificar las deficiencias normativas que le impiden ejercer con eficiencia y eficacia sus atribuciones constitucionales.

En ese contexto, para efectos de tomar alguna de las posturas antes mencionadas corresponde tomar en cuenta el principio de colaboración entre entidades y poderes públicos, de manera tal que a través de la presentación de proyectos de ley, los organismos constitucionales autónomos no pretenden invadir los fueros ni competencias del Congreso de la República en la dación de leyes, ni el derecho funcional de los congresistas ni de otras entidades públicas a presentar iniciativas legislativas; sino más bien cooperar con el Parlamento en el ejercicio de su función normativa, posibilitando que este, a través de las correspondientes comisiones y, de ser el caso, del Pleno, pueda efectuar un análisis detallado del contenido de dichas propuestas, previa identificación en la exposición de motivos de los problemas o deficiencias que se pretenden corregir.

¹ Ley 27658, Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado

"Artículo 5.- Principales acciones

El proceso de modernización de la gestión del Estado se sustenta fundamentalmente en las siguientes acciones:

[...]

d. Mayor eficiencia en la utilización de los recursos del Estado, por lo tanto, se elimina la duplicidad o superposición de competencias, funciones y atribuciones entre sectores y entidades o entre funcionarios y servidores."

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

Bajo ese marco, en la medida que se trata de una propuesta legislativa, en aras de optimizar el principio de colaboración entre organismos y poderes públicos en un tema particularmente sensible y de interés público como es la lucha contra la corrupción y atendiendo a que el artículo 107 de la Constitución Política, al desarrollar el derecho funcional a presentar iniciativas legislativas alude a “las materias que le son propias” y no a “materias exclusivas”, por lo que una interpretación conforme a la Constitución resultaría favorable al ejercicio de dicha atribución para presentar proyectos de ley, la Comisión de Constitución y Reglamento opta por la interpretación amplia o permisiva, por lo que corresponde efectuar un análisis de fondo e individualizado del articulado propuesto en el Proyecto de Ley 031/2016-CG, sin que ello implique inobservar o desatender un análisis sistemático unitario de la normativa propuesta, ni la finalidad que se persigue con esta.

Sobre el particular, resulta oportuno precisar que dicha interpretación amplia y permisiva se circunscribe a la competencia de la Contraloría General de la República para presentar propuestas legislativas como el Proyecto de Ley 031/2016-CG, por lo que no supone la validación, por parte de la Comisión de Constitución y Reglamento, de la constitucionalidad de cada uno de los artículos propuestos en el citado proyecto.

5.4. Sobre el argumento referido a que el Congreso de la República se encuentra impedido de pronunciarse sobre las materias delegadas al Poder Ejecutivo.

Al respecto, es preciso señalar que la Comisión de Constitución y Reglamento, en el dictamen de fecha 28 de setiembre de 2016, recaído en el Proyecto de Ley 228/2016-PE, que propone la ley que delega 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., de 28 de setiembre de 2016, ha precisado que la delegación de facultades al Poder Ejecutivo no supone un impedimento o prohibición al Congreso de la República para que emita normas que pudiesen encontrarse comprendidas dentro de la “materia específica” delegada.

Efectivamente, en el referido dictamen la Comisión de Constitución y Reglamento indicó lo siguiente:

“Es en virtud del referido principio de colaboración entre los poderes del Estado que la delegación de facultades no puede suponer en modo alguna la renuncia, por parte del Poder Legislativo, de su competencia constitucional de crear leyes (artículo 102, numeral 1, de la Constitución Política), incluso durante el plazo en el cual el Poder Ejecutivo se encuentra facultado para emitir decretos legislativos en atención a la ley autoritativa.

Efectivamente, debe recordarse que **el hecho que se emita una ley autoritativa no garantiza ni asegura que el Poder Ejecutivo vaya a regular la materia específica delegada**, ni menos aún que durante ese periodo se dejen de debatir o afrontar la problemática que afecta a la sociedad y a la economía nacional –por ejemplo–, a través no solo de medidas de acción políticas desde el Poder Ejecutivo, representado en sus ministerios y organismos descentralizados, sino también de medidas legislativas, a través del Congreso de la República.

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

En la medida que representa los principios de soberanía y representación, así como la diversidad política y a todas las circunscripciones del país, sus más diversas necesidades e intereses, así como contar con legitimidad democrática directa u originaria, la razón fundamental que justifica la existencia del Congreso de la República es, precisamente, legislar. De ahí que **la delegación de facultades no puede ser entendida como un impedimento, prohibición o suspensión absoluta y temporal del ejercicio de su facultad legislativa**" (Las negritas son nuestras).

En adición a lo expuesto, a juicio de la Comisión de Constitución y Reglamento se debe distinguir entre la "delegación" a la que alude la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, y la "delegación de facultades" a las que hace referencia la Constitución Política.

Y es que a través de la primera se delegan "funciones administrativas", mientras que mediante la segunda se delega una "potestad normativa". Incluso en el supuesto que se pretendiese equiparar la "delegación de facultades" a una delegación "administrativa", cabe recordar que el artículo 67 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General², refiere que no se pueden delegar las atribuciones para emitir normas generales ni atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, que en el caso del Congreso de la República lo constituye, precisamente, la facultad para legislar.

En ese sentido, se tiene que la "delegación de facultades" debe ser concebida como una medida de excepción y no la regla general, por lo que no corresponde efectuar interpretaciones que limiten las facultades o competencias de las entidades delegantes, como es el caso del Congreso de la República.

Sostener que el Congreso de la República pierde competencias para legislar sobre las "materias específicas" delegadas al Poder Ejecutivo durante el periodo de vigencia de la delegación de facultades, implicaría que para que el Poder Legislativo reasuma dicha competencia tuviese que "derogar" a ley autoritativa, lo que acarrearía no solo una pérdida de tiempo y dinero al Poder Ejecutivo –dado que podría haber dispuesto la realización de los estudios conducentes a la elaboración de los decretos legislativos y la propia redacción de los decretos–, sino también una

² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

"Artículo 67.- Delegación de competencia"

67.1 Las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.

67.2 **Son indelegables las atribuciones esenciales del órgano que justifican su existencia, las atribuciones para emitir normas generales, para resolver recursos administrativos en los órganos que hayan dictado los actos objeto de recurso, y las atribuciones a su vez recibidas en delegación.**

67.3 Mientras dure la delegación, no podrá el delegante ejercer la competencia que hubiese delegado, salvo los supuestos en que la ley permite la avocación.

67.4 Los actos administrativos emitidos por delegación indican expresamente esta circunstancia y son considerados emitidos por la entidad delegante.

67.5 La delegación se extingue:

a) Por revocación o avocación.

b) Por el cumplimiento del plazo o la condición previstos en el acto de delegación".

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

crisis y confrontación innecesaria entre dos poderes públicos producto de dicha “derogación”, lo que afectaría la gobernabilidad y estabilidad política y social del país.

Atendiendo a lo expuesto, y tomando como parámetro que el sustento de la delegación de facultades radica en el principio de colaboración entre poderes públicos, la Comisión de Constitución y Reglamento se reafirma en su posición de que la “delegación de facultades” no impide al Congreso de la República pronunciarse sobre las “materias específicas” delegadas en el Poder Ejecutivo, sea mediante la emisión de un dictamen o la dación de una norma que regule dichas materias.

Sin perjuicio de lo expuesto, resulta oportuno mencionar que incluso en el supuesto negado que se admitiese lo señalado en el predictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, en el extremo que en tanto se encuentre vigente una “ley autoritativa”, el Congreso de la República se encuentra impedido de pronunciarse sobre las “materias delegadas”, ello no podría constituir un argumento suficiente para que se disponga la no aprobación y archivamiento de un proyecto de ley –como se plantea en el predictamen– sino más bien la postergación de su estudio.

VI. CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Comisión de Constitución y Reglamento concluye lo siguiente:

- 6.1. No resulta per se inconstitucional que se regule la ejecución de obras públicas por administración directa, siempre que se respete el principio de subsidiariedad en la intervención del Estado en la economía y, en ese orden de ideas, se precise el carácter excepcional de dicho mecanismo.
- 6.2. Los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR no contravienen el principio de subsidiariedad del Estado en la economía en la medida que ambas propuestas establecen de manera expresa el carácter excepcional de la ejecución de obras públicas por administración directa.
- 6.3. No existe un impedimento constitucional o prohibición expresa para que la ejecución de obras por administración directa sea regulado mediante una ley especial, y no mediante una modificación de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 6.4. Las leyes autoritativas no imposibilitan al Congreso de la República para que, durante su periodo de vigencia, dictamine iniciativas o modifique normas comprendidas o relacionadas con las “materias específicas” delegadas al Poder Ejecutivo.
- 6.5. Resulta viable concluir que lo contenido en el Proyecto de Ley 031/2016-CG sí se enmarca dentro de los alcances de las competencias atribuidas a la Contraloría General de la República, por lo que se encuentra legitimada para presentar el referido proyecto de ley.
- 6.6. Recomendar a la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera que efectúe un análisis individualizado artículo por artículo de los Proyectos de Ley 31/2016-CG y 120/2016-CR, a la luz de los criterios de necesidad, utilidad, conveniencia y proporcionalidad de la regulación propuesta en el referido proyecto, y sin que ello implique inobservar una interpretación

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

sistemática e integral de la normativa propuesta ni la finalidad que se persigue con esta.

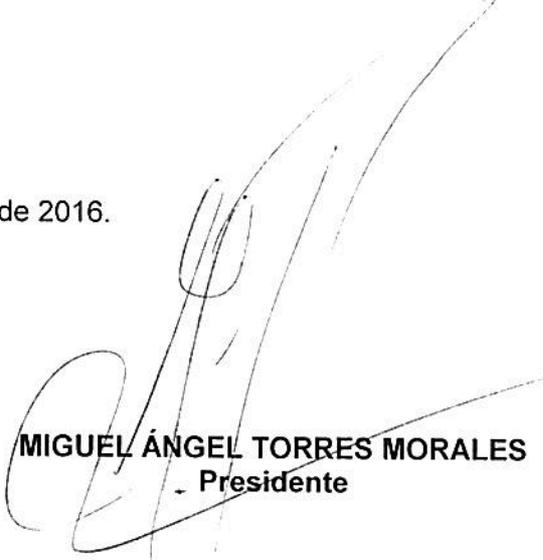
VII. APROBACIÓN

La opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG presentado por la Contraloría General de la República y 120/2016-CR, presentado por el Grupo Parlamentario Fuerza Popular, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras por administración directa, fue aprobada por mayoría en la Tercera Sesión Extraordinaria de la Comisión de Constitución y Reglamento realizada el día 7 de noviembre de 2016, votando a favor los señores Congresistas **Miguel Ángel Torres Morales, Mario José Canzio Álvarez, Gilmer Trujillo Zegarra, Rosa María Bartra Barriga, Héctor Becerril Rodríguez, Miguel Castro Grández, Patricia Donayre Pasquel y Úrsula Letona Pereyra**, miembros titulares de la comisión, y la señora Congresista **Karina Beteta Rubin**, miembro accesitaria de la referida comisión, y absteniéndose el señor Congresista **Alberto de Belaúnde de Cárdenas**, miembro accesitario de la comisión.

Dése cuenta.

Sala de Comisiones.

Lima, 7 de noviembre de 2016.



MIGUEL ÁNGEL TORRES MORALES
- Presidente



MARIO JOSÉ CANZIO ÁLVAREZ
Vicepresidente



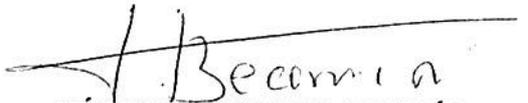
GILMER TRUJILLO ZEGARRA
Secretario

LOURDES ALCORTA SUERO
Miembro Titular



ROSA MARÍA BARTRA BARRIGA
Miembro Titular

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa



HÉCTOR BECERRIL RODRÍGUEZ
Miembro Titular



MIGUEL CASTRO GRÁNDEZ
Miembro Titular



PATRICIA DONAYRE PASQUEL
Miembro Titular

MARISOL ESPINOZA CRUZ
Miembro Titular

ZACARÍAS LAPA INGA
Miembro Titular

YONHY LESCANO ANCIETA
Miembro Titular



ÚRSULA LETONA PEREYRA
Miembro Titular

ALBERTO QUINTANILLA CHACÓN
Miembro Titular

DANIEL SALAVERRY VILLA
Miembro Titular

LILIANA TAKAYAMA JIMÉNEZ
Miembro Titular

JAVIER VELÁSQUEZ QUESQUÉN
Miembro Titular

GILBERT VIOLETA LÓPEZ
Miembro Titular

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

VICENTE ZEBALLOS SALINAS
Miembro Titular

RICHARD ACUÑA NÚÑEZ
Miembro Accesitario



MARCO ARANA ZEGARRA
Miembro Accesitario

KARINA BETETA RUBÍN
Miembro Accesitario

GINO COSTA SANTOLALLA
Miembro Accesitario



ALBERTO DE BELAUNDE DE CÁRDENAS
Miembro Accesitario

SONIA ECHEVARRÍA HUAMÁN
Miembro Accesitario

MODESTO FIGUEROA MINAYA
Miembro Accesitario

VÍCTOR ANDRÉS GARCÍA BELAÚNDE
Miembro Accesitario

MARITZA GARCÍA JIMÉNEZ
Miembro Accesitario

LUIS GALARRETA VELARDE
Miembro Accesitario

MARISA GLAVE REMY
Miembro Accesitario

Opinión desde la perspectiva constitucional sobre el predictamen remitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, recaído sobre los Proyectos de Ley 031/2016-CG y 120/2016-CR, que proponen una Ley que regula la ejecución de obras públicas por administración directa

INDIRA HUILCA FLORES
Miembro Accesitario

LUIS HUMBERTO LÓPEZ VILELA
Miembro Accesitario

MARÍA MELGAREJO PÁUCAR
Miembro Accesitario

WUILIAN MONTEROLA ABREGÚ
Miembro Accesitario

MAURICIO MULDER BEDOYA
Miembro Accesitario

ROLANDO REÁTEGUI FLORES
Miembro Accesitario

LUZ SALGADO RUBIANES
Miembro Accesitario

OCTAVIO SALAZAR MIRANDA
Miembro Accesitario

EDWIN VERGARA PINTO
Miembro Accesitario