

INFORME DEL GRUPO DE TRABAJO RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA N° 086-2021, DECRETO DE URGENCIA QUE ESTABLECE MEDIDAS EXTRAORDINARIAS PARA EL FINANCIAMIENTO DE LOS MAYORES GASTOS EN EL MARCO DE LA EMERGENCIA SANITARIA Y LA REACTIVACIÓN ECONÓMICA.

PERIODO ANUAL DE SESIONES 2021-2022

Señora Presidenta:

Ha ingresado para informe del Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo, en adelante, Grupo de Trabajo, el Decreto de Urgencia N° 086-2021, Decreto de Urgencia que establece medidas extraordinarias para el financiamiento de los mayores gastos en el marco de la emergencia sanitaria y la reactivación económica.

El Decreto de Urgencia 086-2021 fue derivado al Grupo de Trabajo mediante Oficio N° 233-2021-2022-CCR-CR, del 15 de octubre de 2021, de la Comisión de Constitución y Reglamento con la finalidad de analizar su constitucionalidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República.

En ese sentido, el presente informe fue aprobado por **UNANIMIDAD**, en la Primera Sesión Extraordinaria del Grupo de Trabajo del 24 de noviembre de 2021, con la dispensa del trámite de sanción del acta para ejecutar los acuerdos aprobados en la presente sesión, con los votos a favor de los señores congresistas **Adriana Josefina Tudela Gutiérrez, Luis Ángel Aragón Carreño, Martha Moyano Delgado, Alejandro Muñante Barrios, Eduardo Salhuana Cavides** presentes en la sesión virtual.

I. ANTECEDENTES

En atención al Decreto Supremo N° 008-2020-SA, Decreto Supremo que declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de (90) días calendario y dicta medida de prevención y control del COVID 19, se declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional, por el plazo de noventa (90) días calendario, por la existencia de la COVID-19, y se dictan medidas de prevención y control para evitar su propagación; el mismo que

ha sido prorrogado por los Decretos Supremos N° 020-2020- SA, N° 027-2020- SA, N° 031-2020- SA, N° 009-2021- SA y N° 025-2021- SA, en este último caso por un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir del 3 de setiembre de 2021.

Mediante el Decreto Supremo Decreto N° 184-2020-PCM, se declara el Estado de Emergencia Nacional por las graves circunstancias que afectan la vida de las personas a consecuencia de la COVID-19 y establece las medidas que debe seguir la ciudadanía en la nueva convivencia social, el cual fue prorrogado mediante los Decretos Supremos N° 201-2020-PCM, N° 008-2021-PCM, N° 036-2021-PCM, N° 058-2021-PCM, N° 076-2021-PCM, N° 105- 2021-PCM, N° 123- 2021-PCM, N° 131- 2021-PCM y N° 149- 2021-PCM siendo esta última prórroga del Estado de Emergencia Nacional de treinta (30) días calendario, a partir de miércoles 1 de setiembre de 2021.

En ese contexto, el Decreto de Urgencia N° 086-2021 fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 16 de setiembre de 2021 e ingresó al área de Trámite Documentario del Congreso de la República con fecha 16 de setiembre de 2021, mediante Oficio N° 513-2021-PR y remitido a la Comisión de Constitución y Reglamento de conformidad con el 91 del Reglamento del Congreso con fecha 21 de setiembre de 2021.

Posteriormente, fue derivado mediante el Oficio N° 233-2021-2022-CCR-CR de fecha 15 de octubre de 2021 al Grupo de Trabajo encargado del control constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo, del periodo anual de sesiones 2021-2022, para su evaluación.

En ese contexto, en la Quinta Sesión Extraordinaria en la Sesión en Comisión de Constitución y Reglamento correspondiente al período anual de sesiones 2021-2022 en Sesión conjunta Comisión de Presupuesto y Cuenta General de la República, se invitó al señor Ministro de Economía y Finanzas, así como al economista Carlos Oliva Neyra, presidente del Consejo Fiscal y al economista Diego Macera Poli, del Instituto Peruano de Economía (IPE) para analizar la pertinencia y constitucionalidad del Decreto de Urgencia 086-2021.

Asimismo, en la segunda sesión ordinaria del Grupo de Trabajo encargado del Control Constitucional sobre los actos normativos del Poder Ejecutivo se invitó a los constitucionalistas Juan Carlos Díaz Colchado, Francisco Eguiguren Praeli, Carlos Hakansson Nieto y Carolina Canales Cama para analizar la pertinencia y constitucionalidad del Decreto de Urgencia 086 -2021.

II. MARCO NORMATIVO

2.1.- Constitución Política del Perú, artículo 80 y artículo 118 numeral 19

- 2.2.- Reglamento del Congreso de la República, artículo 5 y 91.
- 2.3.- Decreto Legislativo N.º 1440, del Sistema Nacional de Presupuesto Público.
- 2.4.- Decreto Supremo N.º 008-2020-SA
- 2.5.- Decreto Supremo Decreto N.º 184-2020-PCM

III. CONTROL PARLAMENTARIO DE LOS DECRETOS DE URGENCIA

3.1 Respecto a la facultad legislativa extraordinaria del Poder Ejecutivo

Conforme lo establece la Constitución Política del Perú, el Presidente de la República tiene la facultad de dictar Decretos de Urgencia con cargo a dar cuenta de la norma emitida al Congreso de la República. Estos decretos deben ser refrendados por el Presidente del Consejo de Ministros.

Al respecto, la facultad legislativa extraordinaria del Poder Ejecutivo se expresa en dos modalidades: la primera, recogida en el artículo 118, numeral 19 de la Constitución y prevista ante una emergencia que requiere la toma urgente de medidas económicas y financieras de interés nacional; y, la segunda, estipulada en el artículo 135 de la Constitución, que faculta al Poder Ejecutivo a legislar mediante Decretos de Urgencia hasta la instalación del nuevo Congreso y merecen un control compartido entre la Comisión Permanente en funciones y el nuevo Congreso que se instale.

En ese sentido, si bien los dos supuestos previamente reseñados coinciden en la denominación, no obstante, tienen naturaleza, presupuestos habilitantes, materia legible, límites y procedimiento de control diferentes.

En el presente caso, nos encontramos en el primer supuesto de control parlamentario, en tanto, el Decreto de Urgencia N.º 086-2021, que establece medidas extraordinarias para el financiamiento de los mayores gastos en el contexto de la emergencia sanitaria y la reactivación económica fue aprobado el 16 de setiembre de 2021, en el marco del periodo anual de sesiones 2021-2022.

Por tanto, en el presente informe se aplicarán los parámetros establecidos en el artículo 118, numeral 19 y artículo 80 de nuestra Constitución Política, artículo 91 del Reglamento de Congreso y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

3.2 Respecto al parámetro de control parlamentario sobre los Decretos de Urgencia

En atención al artículo 118, inciso 19) de la Constitución, es una atribución del Presidente de la República:

"19. Dictar medidas extraordinarias mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional, con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede derogar o modificar los decretos de urgencia."

De conformidad a lo establecido en los artículos 51 y 200 inciso 4, de la Constitución, los Decretos de Urgencia tienen fuerza de ley y rango de ley. Al respecto, la Constitución

limita los asuntos sobre los cuales puede legislar el Presidente de la República a dos materias, la económica y la financiera. Al respecto, el profesor Francisco Eguiguren recuerda que la Constitución de 1993 ha sido la primera en reconocer en nuestro país, de forma expresa, la existencia de decretos de urgencia, como potestad extraordinaria del Poder Ejecutivo¹.

Por tratarse de medidas extraordinarias cuya competencia natural y privativa le corresponde al Congreso, el Presidente de la República debe rendir cuenta al titular del derecho de legislar².

En ese orden de ideas, el procedimiento de control parlamentario de los Decretos de Urgencia se encuentra establecido en el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República. Este procedimiento establece que dentro de las veinticuatro (24) horas posteriores a la publicación del Decreto de Urgencia, el Presidente de la República debe dar cuenta al Congreso de la República o a la Comisión Permanente; una vez recibido el expediente, este se remite a la Comisión de Constitución y Reglamento para su estudio.

Posteriormente, la Comisión presenta un dictamen en un plazo de 15 días, precisando de ser el caso si el Decreto de Urgencia contraviene la Constitución al considerar que no se justifican o exceden el ámbito material señalado en la Constitución, en cuyo caso la Comisión recomienda su derogación o modificación. En el caso que el Pleno del Congreso apruebe dicho dictamen, el presidente del Congreso lo promulgará mediante Ley³.

a) Cumplimiento de requisitos formales

Al respecto, los requisitos formales que deben cumplir los Decretos de Urgencia que emita el Presidente de la República son: 1) Refrendo por parte del Presidente del Consejo de Ministros y 2) Dación en cuenta en el plazo de 24 horas como máximo de emitido el decreto, adjuntándose la norma.

En ese sentido el Tribunal Constitucional ha desarrollado que:

"58. En el caso de los decretos de urgencia, los requisitos formales son tanto previos como posteriores a su promulgación. Así, el requisito ex ante está constituido por el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros (inciso 3 del artículo 123° de la Constitución), mientras que el requisito ex post lo constituye

¹ Cfr. Eguiguren Praeli, Francisco (2021) Las relaciones entre el Gobierno y el Congreso en el régimen político peruano. Editorial Palestra. pág. 175.

² Delgado Guembes, Cesar. (2012) Manual del Parlamento. Congreso de la República del Perú y AECID Embajada de España en Perú, pág. 544.

³ Chirinos Martínez, José Carlos. (2020) Serie de cuadernos de capacitación parlamentaria N° 3: El Control Parlamentario. Centro de Estudios Constitucionales y Parlamentarios. Congreso de la República del Perú, pág 83.

la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19) del artículo 118° de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en la norma de desarrollo constitucional contenida en el artículo 91 del Reglamento del Congreso."⁴

b) Cumplimiento de requisitos materiales

De acuerdo con nuestra Constitución, un decreto de urgencia dicta medidas extraordinarias en el sentido señalado por la Constitución y el Reglamento del Congreso, esto es, que su expedición responda a circunstancias anormales e imprevistas que demanden una acción inmediata, debe dictarse exclusivamente de materias económicas y financieras para el interés nacional y no debe contener materia tributaria⁵.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que se deben analizar criterios endógenos y exógenos al Decreto de Urgencia que justifiquen su dictado:

"59. En lo que respecta a los criterios sustanciales, la legitimidad de los decretos de urgencia debe ser determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, del análisis de la materia que regula y de las circunstancias externas que justifiquen su dictado. En cuanto al primer tópico, el propio inciso 19 del artículo 118° de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre "materia económica y financiera". 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. (...)"⁶

Por otro lado, respecto a los criterios exógenos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que los decretos de urgencia deben responder a los siguientes criterios:

- a) Excepcionalidad: 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

⁴ Tribunal Constitucional (2003) Sentencia del Expediente N° 008-2003-AI/TC, fundamento 58.

⁵ Chirinos Martínez, José Carlos. (2020) Ídem. Congreso de la República del Perú, pág 84.

⁶ Tribunal Constitucional (2003) Sentencia del Expediente N° 008-2003-AI/TC, fundamento 59.

"voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables [...].

- b) Necesidad: 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), pudiera impedir la prevención de daños o, en su caso, que los mismos devengan en irreparables.
- c) Transitoriedad: Las medidas extraordinarias aplicadas no deben mantener vigencia por un tiempo mayor al estrictamente necesario para revertir la coyuntura adversa.
- d) Generalidad: [...] 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.
- e) Conexidad: Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. [...] Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo o menos aún, de delegaciones normativas, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

Por tanto, el Poder Ejecutivo solo debería recurrir a la facultad legislativa extraordinaria ante la necesidad urgente e ineludiblemente, pero siempre respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, de tal manera que no se afecte la gobernabilidad democrática.

IV. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DEL DECRETO DE URGENCIA 086-2021

Al respecto, se analizará si el Poder Ejecutivo al promulgar el Decreto de Urgencia N° 086-2021 que autoriza crédito suplementario a favor de la reserva de contingencia del presupuesto público, respetó los parámetros constitucionales.

4.1 Contenido del Decreto de Urgencia 086-2021

El Decreto de Urgencia 086-2021, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 16 de septiembre de 2021, indica que tiene por objeto disponer recursos para asegurar el financiamiento de las demandas de gasto orientadas, principalmente, a continuar con la recuperación de la economía, así como la de amortiguar los efectos económicos

negativos de la emergencia sanitaria producida por la COVID-19, durante el Año Fiscal 2021. Consta de cinco (5) artículos.

En este sentido, la norma en cuestión en el artículo 2, autoriza la incorporación de dos mil novecientos millones de soles (S/ 2 900 000 000,00), a favor de la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas, con cargo a la mayor recaudación de los ingresos tributarios estimados para el presente año para financiar los gastos que se realicen: a) en el marco de la Emergencia Sanitaria producida por la COVID 19, b) la reactivación económica c) los gastos a los que se refiere el artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1440 y d) así como otros gastos que se dispongan mediante norma con rango de Ley y que deban ser financiados a cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas.

Asimismo, en el artículo 3 establece el procedimiento interno para la aprobación institucional, en el cual el Titular del Pliego habilitado, Ministerio de Economía y Finanzas, en el Crédito Suplementario autorizado en el artículo 2 aprueba la desagregación de los recursos que se mencionan mediante Resolución Ministerial en el plazo de cinco (5) días calendario de la vigencia del Decreto de Urgencia.

Por otro lado, se establece que el Decreto de Urgencia tiene vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021 y cuenta con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Economía y Finanzas.

4.1.2 Sobre la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas, y el crédito suplementario a cargo a la mayor recaudación de los ingresos tributarios estimados para el presente año

a) Reserva de contingencia

De acuerdo con el artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1440, que regula el Sistema Nacional de Presupuesto Público:

“Las Leyes de Presupuesto del Sector Público consideran una Reserva de Contingencia que constituye un crédito presupuestario global dentro del presupuesto del Ministerio de Economía y Finanzas, destinada a financiar los gastos que por su naturaleza y coyuntura no pueden ser previstos en los Presupuestos de los Pliegos. El importe del crédito presupuestario global no es menor al uno por ciento (1%) de los ingresos correspondientes a la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios que financia la Ley de Presupuesto del Sector Público”.

En el presente caso, de la exposición de motivos del Decreto de Urgencia 086-2021, se indica que al 8 de setiembre de 2021, “los recursos disponibles en la Reserva de

Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas, considerando las transferencias de Partidas y habilitaciones que se han autorizado con cargo a dicha Reserva, ascienden a la suma de S/ 6 780 millones, de los cuales se encuentran comprometidos para su atención, principalmente con norma con rango de Ley, hasta por la suma de S/ 4 692 millones. Por tanto, los recursos disponibles en la **Reserva de Contingencia ascenderían solo a la suma de S/2 088 millones**⁷ (el resaltado es nuestro)

CUADRO 2
ESTADO DE LA RESERVA DE CONTINGENCIA
(En millones de soles)

| CONCEPTO | MONTO |
|--|--------------|
| Recursos disponibles en la Reserva de Contingencia, al 8 de setiembre de 2021 | 6,780 |
| Recursos comprometidos | 4,692 |
| SALDO DISPONIBLE | 2,088 |

Fuente y elaboración: Dirección General de Presupuesto Público – Ministerio de Economía y Finanzas.

Sin embargo, se establece las demandas de financiamiento de los pliegos de los Gobiernos Nacional, Gobierno Regional y Gobierno Local, los gastos con cargo a la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas ascienden a S/ 4 988 millones. Por lo que, se indica que los destinatarios a la emergencia Sanitaria y la Reactivación económica no podrían ser atendidos por la suma de S/ 2 900 millones, lo que justificó, según la fundamentación del Poder Ejecutivo, la aprobación del crédito suplementario.

CUADRO 3
NECESIDADES DE FINANCIAMIENTO
(En millones de soles)

| CONCEPTO | MONTO |
|---|--------------|
| Saldo disponible de la Reserva de Contingencia | 2,088 |
| Demandas de gasto | 4,988 |
| DEMANDAS DE FINANCIAMIENTO SIN ATENDER | 2,900 |

Fuente y elaboración: Dirección General de Presupuesto Público – Ministerio de Economía y Finanzas.

Al respecto, el Consejo Fiscal recuerda que la aprobación del crédito suplementario va dirigido a aumentar los recursos de la reserva de contingencia, por lo que no se tiene

⁷ Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 086-2021

identificado, en específico, el destino de tales recursos⁸. Por tanto, no se ha determinado de manera directa, a qué pliego ejecutor y monto exacto irían los recursos para: a) la Emergencia Sanitaria producida por la COVID 19, b) la reactivación económica c) los gastos a los que se refiere el artículo 53 del Decreto Legislativo N° 1440 y d) así como otros gastos que se dispongan mediante norma con rango de Ley y que deban ser financiados a cargo a los recursos de la Reserva de Contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas.

b) A cargo a la mayor recaudación de los ingresos tributarios estimados para el presente año

Al respecto, el Decreto de Urgencia que aprueba el crédito suplementario a favor de la reserva de contingencia del Ministerio de Economía y Finanzas, se justificó a cargo de la mayor recaudación de los ingresos tributarios estimados para el año 2021.

En atención a la exposición de motivos de la normativa en análisis, en lo que va del año se ha registrado un incremento de la recaudación de ingresos respecto a lo proyectado en la elaboración del Presupuesto Institucional de Apertura 2021. En específico se indica que la proyección actual de Recursos Ordinarios para el año 2021, es superior en S/ 7 449 millones respecto a lo previsto en el Presupuesto Institucional de Apertura (PIA)⁹. Por tanto, la mayor recaudación se sustenta principalmente por mayores ingresos por regularización del impuesto a la renta, mayores pagos de tributos del sector minería y por la recaudación de ingresos extraordinarios derivados de pagos de deudas tributarias¹⁰.

Al respecto, resulta importante recordar que, en atención el Marco de Responsabilidad y Transparencia Fiscal del Sector Público No Financiero, el principio general la política fiscal señala que el Estado indicado en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1276 señala que “(...) debe acumular superávits fiscales en los periodos favorables y permitir únicamente déficits fiscales moderados y transitorios en periodos de menor crecimiento”, como podría ser el contexto del presente caso.

Como antecedente al presente Decreto de Urgencia, el Consejo Fiscal, ha identificado el caso del D.U. 004-2017 (marzo de 2017), mediante el cual se autorizó un crédito

⁸ Consejo Fiscal (2021) Comunicado N° 5. Comunicado sobre el Decreto de Urgencia N° 100-2021 mediante el cual se incorpora un crédito suplementario en el presupuesto del Sector Público. Fecha: 30 de octubre de 2021. Disponible en: <https://cf.gob.pe/documentos/comunicados/comunicado-del-consejo-fiscal-sobre-el-decreto-de-urgencia-n-100-2021-mediante-el-cual-se-incorpora-un-credito-suplementario-en-el-presupuesto-del-sector-publico/>

⁹ Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 086-2021, pág. 6.

¹⁰ Consejo Fiscal (2021) Comunicado N° 4. Comunicado sobre el Decreto de Urgencia N° 086-2021 mediante el cual se incorpora un crédito suplementario en el presupuesto del Sector Público. Fecha: 11 de octubre de 2021. Disponible en: <https://cf.gob.pe/documentos/comunicados/comunicado-del-consejo-fiscal-sobre-el-decreto-de-urgencia-n-086-2021-mediante-el-cual-se-incorpora-un-credito-suplementario-en-el-presupuesto-del-sector-publico/>

suplementario por S/ 4 400 millones, con cargo a mayores ingresos por la fuente de financiamiento Recursos Ordinarios, con la finalidad estimular la economía y financiar las intervenciones ante la ocurrencia de lluvias y peligros asociados al fenómeno climatológico El Niño Costero (FEN). Sin embargo, a raíz de la menor actividad económica producida por el FEN y las medidas de alivio tributario que se brindaron en ese año, la recaudación tributaria terminó siendo aproximadamente S/ 10 500 menor a lo previsto. Es decir, mediante el D.U. 004-2017 se autorizó financiar mayores niveles de gasto con ingresos que no fueron recaudados, siendo un factor para déficit fiscal a 3,0 por ciento del PBI, el mayor nivel visto desde el año 2000¹¹.

4.2 Respecto al procedimiento de aprobación de los créditos suplementarios establecido en la Constitución.

De acuerdo con el artículo 46 del Decreto Legislativo N° 1440 del Sistema Nacional de Presupuesto Público: *“Los créditos suplementarios constituyen incrementos en los créditos presupuestarios autorizados, provenientes de mayores recursos respecto de los montos establecidos en la Ley Anual de Presupuesto del Sector Público”*¹².

Respecto a su procedimiento de aprobación, el artículo 80 de la Constitución establece que *“los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto. Durante el receso parlamentario se tramitan ante la Comisión Permanente. Para aprobarlos, se requiere los votos de los tres quintos del número legal de sus miembros”*, en concordancia con el artículo 81 d) del Reglamento del Congreso, en el cual establece que las *“Leyes sobre créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas; deben tramitarse como la Ley de Presupuesto”*.

En ese sentido, el mandato constitucional busca promover un espacio de deliberación de las políticas fiscales entre ambos Poderes del Estado, y garantizar la adecuada fiscalización del gasto público.

Sin embargo, el profesor Donayre Montesinos observa que *“(..)* en efecto, en nuestro país en no pocos casos los créditos suplementarios y en algunas ocasiones las transferencias de partidas han sido aprobados a través de Decretos de Urgencia e incluso Decretos Supremos, lo cual, como bien podrá percibir el lector, no se ciñe a los parámetros de validez que sobre el particular ha establecido nuestra Carta Magna”¹³.

Al respecto el grupo de trabajo comparte la preocupación señalada en el Documento N° 01-2021-CF/ST respecto al análisis de la normativa que autoriza la incorporación de mayores ingresos al presupuesto de la Dirección de Estudios Macrofiscales – STCF del

¹¹ Ibidem.

¹² Decreto Legislativo N°1440 Sistema Nacional de Presupuesto Público

¹³ Donayre Montesinos, C. (2007). ¿Se pueden aprobar en el Perú créditos suplementarios y transferencias de partidas a través de Decretos de Urgencia o Decretos Supremos? Foro Jurídico, (07), pp. 99-105

Consejo Fiscal, en el cual se detalla que de todas las normas con rangos de ley emitidas entre 2010 y 2021 que autorizaban incorporaciones de recursos vía créditos suplementarios en más del 75% de los casos, dichas autorizaciones se hicieron por Decretos de Urgencia, mientras que solo en un 25% se hicieron a través de leyes o decretos legislativos, es decir con conocimiento y autorización del Poder Legislativo¹⁴, contrario al mandato constitucional.

En tanto, el régimen presupuestario del Estado peruano se rige por el principio de legalidad presupuestaria, que como señalan los profesores Baldo Kresalja y César Ochoa “es el más antiguo y reconocido en materia presupuestaria, en armonía con el Estado de Derecho, que establece que solo por ley se aprueba y autoriza la captación de recursos y se efectúa el gasto”.¹⁵ En tanto, implica para el gasto público “dos efectos principales: le sirve de fuente de gasto y como condición para su reglamentación.”¹⁶.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que “la participación del órgano de representación política en la aprobación de la Ley de Presupuesto se debe a que dicha ley establece cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas, que, en definitiva, son los recursos del pueblo.”¹⁷.

Además, confluyen los principios constitucionales de separación y colaboración de poderes. En particular, entre los poderes ejecutivo y legislativo, a cada uno de los cuales la Constitución le asigna competencias específicas. Así, en primer lugar, corresponde al Poder Ejecutivo enviar al Congreso el proyecto de ley de presupuesto dentro de un plazo que vence el 30 de agosto de cada año (artículo 78 de la Constitución)¹⁸.

Al respecto, es importante señalar que el profesor Morón Urbina indicó que deriva de este principio la noción de legalidad presupuestaria por la cual toda acción financiera y sus derivaciones deben ser aprobadas por la representación popular que se encuentra en el Congreso. Por ello, la constituyente de 1993 establece no sólo la aprobación por éste del presupuesto mismo, sino también, de las modificatorias de los niveles institucionales (créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas) e incluso, durante el receso parlamentario¹⁹. Siguiendo esa línea, recordando al destacado

¹⁴ Consejo Fiscal (2021). Documento N° 01-2021-CF/ST Análisis de la normativa que autoriza la incorporación de mayores ingresos al presupuesto. Disponible en: <https://cf.gob.pe/documentos/sdocumentos/documento-n-01-2021-cf-st-analisis-de-la-normativa-que-autoriza-la-incorporacion-de-mayores-ingresos-al-presupuesto/>

¹⁵ Baldo Kresalja y César Ochoa (2012) El régimen económico de la Constitución de 1993. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú: Lima, pág. 228.

¹⁶ Morón Urbina, Juan. (1999). Los fundamentos constitucionales de la administración financiera peruana. *THEMIS Revista De Derecho*, (39), pág. 173. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/1043>

¹⁷ Tribunal Constitucional (2004) STC 0004-2004-CC/TC, fundamento 27

¹⁸ Ídem, fundamento 14.

¹⁹ Morón Urbina, Juan. (1999). Ídem, pág. 171.

jurista Manuel Vicente Villanran citado por Morón Urbina: "De nada sirve que el Congreso dicte un sabio presupuesto si el gobierno lo infringe impunemente trasladando el dinero de unas partidas a otras o creando nuevos gastos con pretexto de necesidades no satisfechas"²⁰.

Asimismo, el jurista Marcial Rubio Correa, citado en un informe de la Comisión de Constitución del Congreso de la República del año 2004, menciona que "los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, son modificaciones posteriores del Presupuesto originalmente aprobado por el Congreso y se deben a la existencia de mayores ingresos que los previstos y a cambios en la prioridad de los gastos. Nada de eso puede modificarse sin aprobación del Congreso para que haya garantía de que los administradores, finalmente, no manejan los recursos del Estado a su antojo"²¹.

Por tanto, en el presente caso, del análisis del contenido del Decreto de Urgencia 086-2021, que autoriza un crédito suplementario, se observa que no ha seguido el procedimiento previsto en el artículo 80 de la Constitución, el cual señala que "*los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso tal como la Ley de Presupuesto*".

Por tanto, no se ha observado el principio de legalidad presupuestaria y de competencia, en tanto, el Congreso de la República de acuerdo con la Constitución en sus artículos 56, inciso 4; 77; 79; 80; 81 y 102, inciso 4, es el órgano constitucionalmente habilitado para aprobar la Ley de Presupuesto, sus modificaciones, la función presupuestaria del Congreso de la República no es delegable.

Sin perjuicio de lo anterior, se analizarán los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional en el marco del artículo 118 numeral 19 de la Constitución.

4.3 Análisis del cumplimiento de los requisitos formales y materiales del Decreto de Urgencia 086-2021

4.3.1 Cumplimiento de requisitos formales

Al respecto, se observa que el Decreto de Urgencia 086-2021, promulgado el 16 de setiembre de 2021, cuenta con el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros.

²⁰ Villarán, Manuel Vicente. Anteproyecto de Constitución de 1931. Exposición de Motivos y texto. pp. 64.

²¹ Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República (2004) Informe sobre el Oficio N° 0906-2003-2004-DDP-D/CR, remitido por el señor Oficial Mayor del Congreso de la República. Recuperado a partir de

<https://www2.congreso.gob.pe/sicr/apoycomisiones/informes.nsf/3a50baf782e249005256aff00772c6c/9869a1f5e7a4f3e205256e2800781015?OpenDocument>

Asimismo, fue remitido al Congreso de la República en la misma fecha, en cumplimiento del artículo 91 del Reglamento del Congreso.

En ese sentido, el Decreto de Urgencia en análisis ha cumplido con los requisitos formales establecidos.

4.3.2 Cumplimiento de requisitos materiales

- a) El contenido del Decreto de Urgencia debe regular una materia económica y financiera.

Al respecto, siguiendo al profesor César Landa, recordamos que:

“las normas que regulen los decretos de urgencia deben reflejar una posición subordinada a la Constitución antes que, al presidencialismo normativo, debido a que en un estado de derecho su expedición no puede quedar librada a la voluntad propia del positivismo legalista del Presidente, sino que debe quedar vinculada a las normas constitucionales y legales que las desarrollen de manera razonable y previsible, regulando las situaciones de emergencia económica.”²²

En ese sentido, el Tribunal Constitucional señaló en la sentencia N° 0023-2007-PI/TC, que respecto al requisito que exige que los Decretos de Urgencia versen sobre “materia económica y financiera”, el análisis debe desarrollarse atendiendo a los efectos que pueda causar la materia regulada:

“Es decir, debe de tratarse de algún tipo de impacto en la caja fiscal cuya atención no puede esperar el trámite parlamentario habitual, de manera que el principio de legalidad presupuestaria se ve excepcionado a efectos de no dejar sin respuesta oportuna dicha situación extraordinaria. En este extremo, si bien el control resulta siendo amplio, en la medida que la mayoría de las decisiones legislativas tienen alguna incidencia económica o financiera, no obstante, este Tribunal entiende que la naturaleza de los Decretos de Urgencia debe estar referida a cubrir exigencias económicas que no pueden esperar el ciclo normal de la legislación ordinaria.” F.13.

En el caso en concreto, el Poder Ejecutivo indica que nos encontramos ante una disposición que, en sí misma, de naturaleza económica y financiera, en tanto, aprueba un crédito suplementario. En ese sentido, se observa que la normativa en análisis regula una materia económica y financiera. Sin embargo, como se mencionó en el acápite anterior, su contenido no ha cumplido con el procedimiento establecido en el artículo 80 de la Constitución.

²² Landa, Cesar (2003) Ensayo: Los Decretos de Urgencia en el Perú. Pensamiento Constitucional Año IX N.º 9

Sin perjuicio de ello, en el presente análisis de control constitucional del decreto de urgencia 086-2021, se analizará si existen circunstancias de imprevisibilidad y urgencia que amerite la habilitación de legislación extraordinaria²³.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, ha indicado que resulta necesario analizar las circunstancias fácticas que exigen la dación de un decreto de urgencia, estableciendo una serie de características que, son las que van a definir si el decreto expedido por el Presidente de la República es precisamente de urgencia²⁴, tal como se analizará a continuación:

b) Excepcionalidad e imprevisibilidad

En específico, el Poder Ejecutivo, fundamenta este criterio al indicar que el inicio del año 2021 estuvo marcado por la presencia de la segunda ola de contagios por la COVID 19, asimismo, en los últimos meses se ha confirmado la presencia de nuevas variantes en del virus SARSCoV-2 en nuestro país, y la recuperación del empleo no es continua y se mantiene por debajo de los niveles pre COVID -19²⁵.

Al respecto, desde el 11 de marzo de 2020 nos encontramos en emergencia sanitaria, en atención al Decreto Supremo N.º 008-2020-SA y sus prórrogas posteriores, asimismo, nos encontramos en un Estado de Emergencia Nacional en atención a las graves circunstancias que afectan la vida de la persona a consecuencias de la COVID 19, en atención al Decreto Supremo Decreto N.º 184-2020-PCM y prórrogas posteriores.

En ese sentido, el Estado Peruano por segundo año, viene generando estrategias para atender la crisis sanitaria, en un contexto, en el que se cuenta con mayor información respecto de la enfermedad, mayor evidencia científica de su atención, y se busca promover estrategias sostenibles para atender la pandemia.

En el informe del Ministerio de Salud “Tiempos de pandemia 2020-2021” señala que:

En marzo el 2020 llegó el COVID-19 al país, encontrando además un sistema de salud crónicamente enfermo, poco integrado y con limitadas capacidades para el diagnóstico, la

²³ Al respecto, en la segunda sesión ordinaria (informativa) del Grupo de Trabajo, los profesores Juan Carlos Díaz Colchado, Francisco Eguiguren Praeli, se encontraron de acuerdo con la posibilidad de autorizar de modificaciones al presupuesto mediante Decretos de Urgencia, siempre que cumplan con los criterios de excepcionalidad e imprevisibilidad establecidos por el Tribunal Constitucional. Por su parte, los profesores Carlos Hakansson Nieto y Carolina Canales Cama, indicaron que las modificaciones presupuestarias deben realizarse conforme al artículo 80 de la Constitución, en garantía del principio de separación y cooperación entre los mismos.

²⁴ Eto Cruz, Gerardo (2012) Control constitucional y poder político. navegando por los archipiélagos de la jurisprudencia del tribunal constitucional peruano en El control del Poder: Homenaje A Diego Valadez. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Perú, pág. 1040.

²⁵ Cfr. Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N.º 086-2021, fundamento del criterio de Excepcionalidad e imprevisibilidad pág. 7.

vigilancia y el manejo del caso e incluso de los fallecidos, para afrontar a un enemigo poco conocido.

En ese contexto el MINSA afrontó la pandemia fortaleciendo progresivamente sus capacidades de diagnóstico en laboratorio para complementar la vigilancia epidemiológica, la conformación de grupos de intervención rápida, la implementación de camas de hospitalización y de camas UCI, así como la dotación de plantas de oxígeno que no fue tarea fácil, dada la gran demanda de casos y la evolución de la pandemia que inició con una primera ola seguida de una segunda y, pasado el año y medio de la ocurrencia de casos y fallecidos; actualmente estamos en alerta máxima y preparados para una posible tercera ola

Al respecto, el Ministerio de Salud cuenta con un Plan de respuesta ante segunda ola y posible tercera ola pandémica por Covid -19 en el Perú (RM N°038-2021/MINSA) e indica que “si la Pandemia es la imagen de lo urgente, se relleva más aún lo importante, dirigido a evitar impactos mayores de la actual Pandemia, impactos de una nueva Pandemia a futuro y a enfocarnos en una nueva normalidad, que implica una reconversión sanitaria, social, financiera, cultural, etc; esto es, de la forma cotidiana de vivir y convivir a lo largo de varios años, con un fin superior, de cómo deberíamos asumir de forma realista: una nueva convivencia social para sobrevivir como naciones, regiones y humanidad.”²⁶.

Por su parte, el Ministerio de Economía y Finanzas Marco Macroeconómico Multianual 2022-2025, en agosto de 2021, ha establecido que lineamientos de política económica están vinculados con el objetivo de lograr, en el corto plazo, la aceleración del proceso de vacunación masiva que es clave para la reactivación económica, dar impulso a la inversión pública y privada, y promover la generación de empleo de calidad; y en el mediano plazo, están más orientadas a impulsar la competitividad, fomentar la diversificación productiva e innovación tecnológica.

Por tanto, de lo señalado líneas arriba, se puede observar que el contexto de imprevisibilidad alegado por el Poder Ejecutivo, no tiene coincidencia con el marco fáctico actual, en tanto, se cuenta con mayor información y la creación de canales institucionales para atender la crisis sanitaria y reactivación económica.

En ese sentido, al conocer previamente la problemática descrita, resulta necesario que el Poder Ejecutivo siga los procedimientos establecidos en la Constitución para atenderla.

c) Necesidad

²⁶ Ministerio de Salud (2021) Tiempos de pandemia 2020 – 2021. Perú: Lima, julio 2021, pág 185. Recuperado de: <http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5485.pdf>

En este punto, se indicó como fundamento que recurrir al procedimiento parlamentario ordinario, implicaría que no se cuenten con los recursos oportunos cubrir las demandas de financiamiento autorizadas en el Presupuesto para el Año Fiscal 2021.²⁷

Sin embargo, es preciso recordar que el Congreso de la República, se encuentra habilitado para reducir los trámites dentro del proceso parlamentario, para atender demandas urgentes como los establecidos en el inciso 2) del artículo 31-A que establece que le corresponde a la Junta de Portavoces *“La exoneración, previa presentación de escrito sustentado del Grupo Parlamentario solicitante y con la aprobación de los tres quintos de los miembros del Congreso allí representados, de los trámites de envío a comisiones y prepublicación. Esta regla no se aplica a iniciativas de reforma constitucional, de leyes orgánicas ni de iniciativas que propongan normas sobre materia tributaria o presupuestal, de conformidad con lo que establece el artículo 73 del Reglamento del Congreso.* (el subrayado es nuestro)

Asimismo, el artículo 78 del Reglamento del Congreso, en su penúltimo y último párrafo, señala que se encuentran exoneradas de este requisito de doble votación la aprobación de la Ley de Presupuesto General de la República y sus leyes conexas, la aprobación de créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas, y la aprobación de la Cuenta General de la República.

Sin perjuicio de lo anterior, genera preocupación en el análisis de acuerdo con el Oficio N° 1222-2021-EF/10.01 del Ministerio de Economía y Finanzas señalado en el Comunicado N° 05-2021 del Consejo Fiscal, al 25 de octubre de 2021 solo han autorizado transferencias de partidarias con cargo a los recursos autorizados por el Decreto de Urgencia, por menos del 30 % de lo incorporado por la referida normativa (S/ 868 millones).

Por lo cual, se observa que en la ejecución de gasto pudo esperar el procedimiento parlamentario para aprobar la norma en por la vía ordinaria, incumpliendo el requisito previsto.

d) Transitoriedad

El desarrollo de la normativa tiene una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2021, al estar vinculado al presente año fiscal.

e) Generalidad e interés general

²⁷ Cfr. Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 086-2021, fundamento del criterio de necesidad pág. 7.

Al respecto, en la exposición de motivos se señala que la aprobación del Decreto de Urgencia es de interés nacional en tanto, tiene como finalidad el financiamiento de la demanda para la atención de la Emergencia Sanitaria y la reactivación económica.

En ese sentido, se advierte que cumple el requisito, al promover beneficios para la comunidad.

f) Conexidad

En específico, el fundamento de este criterio indica que, con la aprobación de la norma, se permitirá la atención oportuna de la Emergencia Sanitaria y la reactivación de la economía, a través de intervenciones priorizadas²⁸

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la aprobación del crédito suplementario se encuentra dirigido al aumento de la reserva de contingencia. Por tanto, el destino de los recursos en dicha reserva no puede ser plenamente identificados²⁹, lo cual genera que no se pueda identificar los gastos en específico destinados para la Emergencia Sanitaria producida por la COVID 19 y la reactivación económica, incumpliendo el principio de conexidad.

Asimismo, del análisis costo beneficio de la norma se indica que el Decreto de Urgencia se financiará con cargo a la recaudación de mayores ingresos tributarios estimados para el año 2021.

Sin embargo, en el referido análisis no se ha indicado cómo se garantizará el principio de sostenibilidad presupuestal, en tanto, el financiamiento se encuentra proyectado a la recaudación de mayores ingresos tributarios, los cuales también podrían reducirse ante el contexto de la emergencia sanitaria.

Por otro lado, tampoco se ha analizado la conveniencia de incrementar el gasto, en lugar de reducir el déficit fiscal con el ingreso de los tributos estimados para el año 2021 no

²⁸ Cfr. Exposición de motivos del Decreto de Urgencia N° 086-2021, fundamento del criterio de conexidad pág. 9.

²⁹ Consejo Fiscal (2021) Comunicado N° 5. Comunicado sobre el Decreto de Urgencia N° 100-2021 mediante el cual se incorpora un crédito suplementario en el presupuesto del Sector Público. Fecha: 30 de octubre de 2021. Disponible en: <https://cf.gob.pe/documentos/comunicados/comunicado-del-consejo-fiscal-sobre-el-decreto-de-urgencia-n-100-2021-mediante-el-cual-se-incorpora-un-credito-suplementario-en-el-presupuesto-del-sector-publico/>

previstos a inicios de año. En ese sentido, el Poder Ejecutivo no ha cumplido con fundamentar adecuadamente el análisis costo beneficio del decreto de urgencia.

En atención a lo desarrollado, es importante recordar que el cumplimiento de los requisitos de análisis desarrollados por el Tribunal Constitucional y que forman parte del control constitucional de Poder Legislativo, son concurrentes. Por lo que el incumplimiento de uno o más de ellos significa, que el Decreto de Urgencia no ha seguido los criterios constitucionales, como se ha detallado en el presente caso.

Finalmente, es importante recordar en un Estado Democrático, es fundamental garantizar la institucionalidad fiscal y la transparencia en el manejo de la política fiscal y se pueda sustentar en el debate público la conveniencia de mayores niveles de gasto o reducir los niveles de déficit fiscal y fomentar ahorros fiscales.

Por ello, resulta necesario seguir los procedimientos y criterios que se desprenden de la Constitución para la aprobación de créditos suplementarios, lo cual supone mayores espacios de deliberación por parte del Poder Legislativo, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 80 de la Carta Fundamental, al corresponderle la aprobación y control del gasto público, en garantía del principio de colaboración entre poderes.

Debemos recordar que, la Constitución dispone cómo los poderes del Estado deben cooperar para la perfección de la decisión política³⁰, de esta manera, como lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional “entre los poderes públicos resulta de aplicación el principio de lealtad constitucional, el cual, además del respeto a las competencias y funciones ajenas, orienta el comportamiento de los actores estatales hacia la consecución del bien común, que debe ser el último de la política”³¹.

V. CONCLUSIÓN

En el presente caso, la autorización del crédito suplementario establecido en el Decreto de Urgencia 086-2021, no ha seguido los lineamientos del régimen presupuestario desarrollados en el artículo 80 de la Constitución.

Al respecto, el Congreso de la República es el único habilitado para la aprobación de créditos suplementario, mediante una ley, en tanto, toda acción financiera y sus derivaciones deben ser aprobadas por la representación nacional que se encuentra en el Congreso, situación que en el caso en concreto no se ha observado.

³⁰ Cfr. Hakansson Nieto, Carlos (2021). El Neopresidencialismo: La forma de gobierno en la Constitución peruana. Editorial Yachay Legal. Perú, pág. 212.

³¹ Cfr. Tribunal Constitucional. Exp N° 0006-2019-CC/TC, fundamento 22.

Sin perjuicio de ello, se observa que el presente decreto de urgencia no se encuentra en un contexto de excepcionalidad e imprevisibilidad en tanto, desde marzo del año 2020 nos encontramos en un contexto de emergencia sanitaria por Covid-19, lo cual ha generado canales institucionales públicos para su atención.

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; concluye que el Decreto de Urgencia N° 086-2021, NO CUMPLE con lo dispuesto en por la Constitución Política, ACUERDA remitir el presente informe a la Comisión de Constitución y Reglamento y RECOMIENDA derogarlo.

Sala Virtual

Lima, 24 de noviembre de 2021



Firmado digitalmente por:
MOYANO DELGADO Martha
Lupe FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2021 13:32:44-0500



Firmado digitalmente por:
TUDELA GUTIERREZ Adriana
Josefina FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2021 10:24:00-0500



Firmado digitalmente por:
ARAGON CARREÑO Luis Angel
FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2021 13:19:13-0500



Firmado digitalmente por:
MUÑANTE BARRIOS Alejandro
FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2021 13:54:09-0500



Firmado digitalmente por:
SALHUANA CAMDES Eduardo
FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/11/2021 18:07:18-0500