



DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN Y REGLAMENTO
PERIODO ANUAL DE SESIONES 2021-2022

Señora Presidenta:

Ha ingresado para dictamen el **Decreto de Urgencia 005-2021**, que establece medidas para la sostenibilidad de los servicios de saneamiento e inversión del sector vivienda, construcción y saneamiento.

El presente dictamen fue aprobado por MAYORÍA en la Vigésima Cuarta Sesión ordinaria de la Comisión de Constitución y Reglamento, de fecha 10 de mayo de 2022, con 10 votos a favor de los congresistas titulares ARAGÓN CARREÑO, Luis; BELLIDO UGARTE, Guido; ECHAÍZ DE NUÑEZ ÍZAGA, Gladys; ELÍAS ÁVALOS, José; JUÁREZ GALLEGOS, Carmen Patricia; MORANTE FIGARI, Jorge; MOYANO DELGADO, Martha; MUÑANTE BARRIOS, Alejandro y SOTO PALACIOS, Wilson y la congresista accesitaria CORDERO JON TAY, María (en reemplazo del congresista titular Alejandro Aguinaga Recuenco).

Votaron en contra los congresistas titulares QUITO SARMIENTO, Bernardo Jaime y REYMUNDO MERCADO, Edgard; PAREDES GONZÁLES, Alex (en reemplazo del congresista titular José Balcázar Zelada).

I. SITUACIÓN PROCESAL

1.1 Periodo parlamentario 2016-2021

El Decreto de Urgencia 005-2021, que establece medidas para la sostenibilidad de los servicios de saneamiento e inversión del sector vivienda, construcción y saneamiento, fue publicado en el diario oficial El Peruano el día 21 de enero de 2021.

Mediante Oficio 061-2021-PR, de fecha 22 de enero de 2021, el presidente de la República dio cuenta al Congreso de la publicación del decreto antes mencionado. Dicho

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

documento fue ingresado al Área de Trámite Documentario la misma fecha que señala el oficio en mención.

La Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso Complementario 2020-2021, encargado de ejercer el control político correspondiente, no emitió un dictamen sobre este decreto de urgencia.

1.2 Periodo parlamentario 2021-2026

Mediante Oficio Circular 051-2021-2022-ADP-CD/CR, se informó a la Comisión de Constitución y Reglamento del periodo anual de sesiones 2021-2022 que el Consejo Directivo, por Acuerdo 054-2021-2022/CONSEJO-CR, dispuso que se continúe con el trámite procesal parlamentario de control sobre las normas y tratados recibidos durante el periodo parlamentario anterior, y que los dictámenes emitidos serían devueltos a las comisiones pertinentes, para evaluación y pronunciamiento.

La Comisión de Constitución y Reglamento del periodo anual de sesiones 2021-2022 se instaló el día 17 de agosto de 2021. Su Plan de Trabajo, aprobado el 24 de agosto del mismo año, señala que se seguiría con el trabajo de control constitucional de **357** normas del periodo parlamentario anterior que no fueron dictaminadas; sin embargo, debido al acuerdo del Consejo Directivo señalado en el párrafo anterior, corresponde también evaluar y pronunciarse sobre aquellas normas que fueron dictaminadas por el anterior Congreso.

Bajo este parámetro normativo, y teniendo en cuenta que existen **127** dictámenes expedidos por la Comisión en el periodo parlamentario anterior, la Presidencia de la Comisión ha considerado que las normas que tuvieron dictamen por parte del anterior Congreso sean evaluadas directamente por la Comisión; y que aquellas que quedaron pendientes de dictaminar —357— sean remitidas al grupo de trabajo conformado para evaluar los actos normativos del presidente de la República, que se encuentra bajo la coordinación de la señora congresista Adriana Tudela Gutiérrez, con el fin que emitan,

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

oportunamente, el informe correspondiente; el cual servirá para la elaboración del dictamen correspondiente por parte de esta Comisión.

El Decreto de Urgencia 005-2021 fue remitido al grupo de trabajo antes mencionado el día 16 de setiembre de 2021, mediante Oficio 161-2021-2022-CCR-CR, para la emisión de informe sobre la constitucionalidad de la norma.

Con fecha 24 de noviembre de 2021, el grupo de trabajo aprobó por **unanimidad**, el informe respectivo, el mismo que señala que al no estar vigente el Decreto de Urgencia 005-2021, carece de objeto el pronunciamiento del grupo de trabajo en mención, recomendando su archivamiento.

II. MARCO NORMATIVO

2.1 Constitución Política

"**Artículo 80**°:

(...)

Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso de la República 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".

"**Artículo 118**°: Corresponde al 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 y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia."

"**Artículo 123**°. Al Presidente del Consejo de Ministros, quien puede ser ministro sin cartera, le corresponde:

(...)

3. Refrendar los decretos legislativos, los decretos de urgencia y los demás decretos y resoluciones que señalan la Constitución y la ley."

"**Artículo 125**°. Son atribuciones del Consejo de Ministros:

(...)

2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley

(...)."

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

2.2. Reglamento del Congreso¹

Función del Control Político

"Artículo 5. La función del control político comprende la investidura del Consejo de Ministros, el debate, la realización de actos e investigaciones y la aprobación de acuerdos sobre la conducta política del Gobierno, los actos de la administración y de las autoridades del Estado, el ejercicio de la delegación de facultades legislativas, el dictado de decretos de urgencia y la fiscalización sobre el uso y la disposición de bienes y recursos públicos (...)."

"Artículo 91. El Congreso ejerce control sobre los Decretos de Urgencia dictados por el Presidente de la República en uso de la facultad que le concede el inciso 19) del artículo 118 de la Constitución Política, de acuerdo con las siguientes reglas:
(...)"

2.3. Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público

"Artículo 46. Modificaciones Presupuestarias en el Nivel Institucional

46.1 Constituyen modificaciones presupuestarias en el Nivel Institucional: los Créditos Suplementarios y las Transferencias de Partidas, los que son aprobados mediante Ley:

1. 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; y,
2. Las Transferencias de Partidas, constituyen traslados de créditos presupuestarios entre Pliegos.

46.2 En el caso de los Gobiernos Regionales y Gobiernos Locales, los créditos suplementarios se aprueban en el marco del párrafo 50.4 del artículo 50 y del artículo 70 por Acuerdo de Consejo Regional o Concejo Municipal según sea el caso."

III. INFORME RECAÍDO SOBRE EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, APROBADO POR EL GRUPO DE TRABAJO ENCARGADO DEL CONTROL DE LOS ACTOS NORMATIVOS DEL PODER EJECUTIVO, A TRAVÉS DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS, DECRETOS DE URGENCIA Y TRATADOS INTERNACIONALES EJECUTIVOS

El grupo de trabajo, mediante informe aprobado por unanimidad, en su Primera Sesión Extraordinaria de fecha 24 de noviembre del año 2021, recomendó archivar el Decreto de

¹ Aplicación supletoria.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

Urgencia 005-2021, justificando ello, en que al estar extinguida su vigencia, carece de objeto el pronunciamiento sobre su constitucionalidad.

IV. CONTENIDO DEL DECRETO DE URGENCIA 005-2021

El decreto de urgencia en estudio tenía por objeto aprobar medidas extraordinarias en materia económica y financiera, que permitieran a las empresas prestadoras de servicios de saneamiento reponer parte de los recursos del fondo de inversión utilizados para implementar el Decreto de Urgencia 036-2020, que establece medidas complementarias para reducir el impacto de las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatoria, en la economía nacional y en los hogares vulnerables, así como garantizar la continuidad de los servicios de saneamiento, frente a las consecuencias del COVID-19.

La norma consta de siete (7) artículos y tres (3) Disposiciones Complementarias Finales, de las cuales -en síntesis- se establece lo siguiente:

- Autorizaba al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento a realizar modificaciones presupuestarias en el Año Fiscal 2021, en el nivel funcional programático hasta por la suma de S/ 327 900 000,00; para financiar intervenciones como:
 - Hasta S/ 198 000 000,00; para financiar la transferencia financiera a favor de la empresa Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (Sedapal), con la finalidad que dicha empresa la destine exclusivamente a su Fondo de Inversión.
 - Hasta S/ 2 919 437,00; para financiar la transferencia financiera a favor del Ministerio de Defensa, destinada a las acciones vinculadas al desarrollo del proyecto de Vivienda de Interés Social (PVIS) Habilitación Urbana Integral y Construcción de Viviendas Unifamiliares de Interés Social "Una Sola Fuerza", que se desarrollan en el marco del Convenio Específico de Cooperación Interinstitucional N° 937-2017-VIVIENDA.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

- Hasta S/ 126 980 563,00; para financiar inversiones del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento señalados en el Anexo N° 01 del Decreto de Urgencia 005-2021.
- Autorizaba la Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021, hasta por la suma de S/ 102 000 000.00, a favor del Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento (OTASS).
- Por último, precisaba que el presente Decreto de Urgencia se financia con cargo a los recursos del presupuesto institucional del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público y su vigencia es hasta el 31 de julio de 2021.

V. EVALUACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DECRETO DE URGENCIA 005-2021

5.1 Parámetros formales

Siguiendo la tendencia interpretativa de la Comisión de Constitución y Reglamento del periodo anterior, la Constitución Política del Perú y el Reglamento del Congreso, los requisitos formales que deben cumplir los decretos de urgencia que emita el Presidente de la República sea en situación de normalidad —artículo 118, numeral 19 de la Constitución Política— o en situación extraordinaria —artículo 135 de la Constitución Política— son: 1) Refrendo de estos 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.

El siguiente cuadro muestra el grado de cumplimiento de los aspectos formales del decreto de urgencia en estudio. La información que se muestra es el resultado de la evidencia descrita en el punto I del dictamen (situación procesal).

Cuadro 1

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

Síntesis de verificación de cumplimiento de requisitos formales del Decreto de Urgencia 005-2021

Requisitos formales de un decreto de urgencia	Cumplimiento de requisitos formales del Decreto de Urgencia 005-2021
Refrendo del presidente del Consejo de Ministros	✓ Sí, fue refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros.
Dación de cuenta al Congreso por escrito, en el plazo de ley, adjuntando copia de la norma.	✓ Sí, se dio cuenta por escrito mediante Oficio 061-2021-PR, al presidente del Congreso, de la emisión del decreto de urgencia. ✓ Sí, se dio dentro de las 24 horas de emitida la norma en estudio. ✓ Se adjuntó copia del referido decreto de urgencia.

Fuente y elaboración: Comisión de Constitución y Reglamento 2021-2022.

En consecuencia, se evidencia que el Decreto de Urgencia 005-2021 cumple con los requisitos formales señalados en la Constitución Política y el Reglamento del Congreso.

5.2 Parámetros sustanciales

Con relación a las características sustanciales que debe tener un decreto de urgencia para su validez, la Constitución Política a partir del artículo 118 inciso 19, ha señalado que este debe ser una medida extraordinaria, en materia económica y financiera, requerido por el interés nacional, y no pueden contener normas sobre materia tributaria.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia recaída en el **EXP. N.º 0008-2003-AI/TC²**, ha señalado que la legitimidad de este tipo de normas es determinada sobre la base de la evaluación de criterios endógenos y exógenos a la norma, es decir, abarcan tanto el análisis del contenido de la norma como las circunstancias que llevaron a su emisión.

Respecto al contenido de un decreto de urgencia, este órgano ha indicado que el requisito de "materia económica y financiera" respecto del contenido de la disposición, teniendo en cuenta que pocas son las cuestiones que no sean reconducibles hacia el

² Ver la sentencia completa en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

factor económico, queda proscrita la materia tributaria. Además, ha precisado que no corresponde 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"³.

Asimismo, ha señalado que deben evaluarse las circunstancias fácticas que justificaron la emisión de la norma y que un decreto de urgencia debe 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 "voluntad" de la norma misma, sino de datos fácticos previos a su promulgación y objetivamente identificables. Ello sin perjuicio de reconocer, tal como lo hiciera el Tribunal Constitucional español -criterio que este Colegiado sustancialmente comparte- que "en principio y con el razonable margen de discrecionalidad, es competencia de los órganos políticos determinar cuándo la situación, por consideraciones de extraordinaria y urgente necesidad, requiere el establecimiento de una norma" (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).
- 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:** El principio de generalidad de las leyes que, conforme se ha tenido oportunidad de precisar en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. Nros. 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, F.J. N.º 6 y ss.), puede admitir excepciones, alcanza especial relevancia en el caso de los decretos de urgencia, pues tal como lo prescribe el inciso 19) del artículo 118º de la Constitución, debe ser el "interés nacional" el que justifique la aplicación de la medida concreta. Ello quiere decir que los beneficios que depare la aplicación de la medida no pueden circunscribir sus efectos en intereses determinados, sino por el contrario, deben alcanzar a toda la comunidad.
- e) **Conexidad:** Debe existir una reconocible vinculación inmediata entre la medida aplicada y las circunstancias extraordinarias existentes. En tal sentido, este Tribunal comparte el criterio de su homólogo español cuando afirma que la facultad del Ejecutivo de expedir decretos de urgencia no le autoriza a incluir en él "cualquier género de disposiciones: ni aquellas que por su contenido y de manera evidente, no guarden relación alguna (...) con la situación que se trata de afrontar ni, muy especialmente aquellas que, por su estructura misma, independientemente de su contenido, no modifican de manera instantánea la situación jurídica

³ Fundamento 59.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

existente, pues de ellas difícilmente podrá predicarse la justificación de la extraordinaria y urgente necesidad" (STC N.º 29/1982, F.J. N.º 3).

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.⁴

Bajo los parámetros formales y sustanciales expuestos, esta comisión realiza el análisis constitucional correspondiente sobre el Decreto de Urgencia 005-2021, en atención a la disposición establecida en el artículo 91 del Reglamento del Congreso de la República.

En primer término, debemos señalar que en el informe del grupo de trabajo encargado del control de los actos normativos del presidente de la República, se concluye que no se justifica la elaboración de un informe sobre la constitucionalidad de la norma, toda vez que esta ha quedado sin efecto, configurándose una sustracción de la materia. Esta conclusión se llega en atención a que el artículo 6 del decreto examinado señala su vigencia fue hasta el 31 de julio de 2021.

Al respecto, debemos señalar que discrepamos respetuosamente de esta afirmación, toda vez que esta función de control político es una competencia que corresponde al Congreso sin plazo de vigencia o fecha de caducidad, salvo en los casos que así expresamente lo señale la Constitución o la ley, como es el caso del procedimiento de acusación constitucional que puede proceder hasta 5 años posteriores a la salida de funcionario con dicha prerrogativa.

En ese sentido, esta comisión considera que el hecho de que una norma sujeta a control constitucional se encuentre derogada o no vigente, no implica la sustracción de la materia, ni limita o caduca la función de control que corresponde hacer a esta comisión en atención al artículo 91 del Reglamento del Congreso, y del 118 de la Constitución Política; toda vez que aunque la norma no tenga vigencia, y por ende

⁴ Fundamento 60.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

no pueda ser derogada o modificada de ser este el caso; sí es posible identificar la posible comisión de actos inconstitucionales o ilegales que podrían generar la activación de otros mecanismos de control político como la censura, la interpelación, o el procedimiento de acusación constitucional, que podrían encontrarse vigentes al momento de la evaluación de la constitucionalidad de la norma sujeta a control parlamentario.

En consecuencia, para esta comisión, se debe cumplir con la función de control político sobre los decretos de urgencia, decretos legislativos y tratados internacionales ejecutivos, al margen de su derogatoria o modificatoria.

Con relación al Decreto de Urgencia 005-2021, luego de un análisis constitucional profundo, esta comisión ha identificado que esta regula transferencias de partidas en el presupuesto de la República del año 2021; por tanto, se trata de una norma que regula **una materia presupuestal sujeta a reserva de ley**, como es el caso de la disposición contenida en el numeral 2.4 del artículo 2, la cual autoriza una transferencia de partidas en el Presupuesto del Sector Público.

En ese sentido, para esta Comisión, queda claro que el decreto de urgencia bajo control fue emitido contraviniendo frontalmente, el artículo 80 de la Constitución Política, que señala que: "(...) Los créditos suplementarios, habilitaciones y transferencias de partidas se tramitan ante el Congreso de la República tal como la Ley de Presupuesto. (...)"; no siendo constitucional, en consecuencia, que la aprobación de una transferencia de partida sea autorizada vía decreto de urgencia.

En relación con ello, esta comisión considera pertinente citar la definición de transferencias de partidas señalada en el numeral 2 del inciso 46.1 del Decreto Legislativo 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, que dice lo siguiente:

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

"Transferencias de partidas: constituyen traslados de créditos presupuestarios entre pliegos."

En otras palabras, las transferencias de partidas solo pueden ser aprobadas por ley.

En consecuencia, esta comisión considera que tanto la Constitución Política del Perú como el Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público expresan, claramente, **que solo por ley se aprueban las transferencias de partidas**, no existiendo ninguna justificación para que, a través de una interpretación laxa, aislada y amplia del numeral 19 del artículo 118 del texto constitucional, el Poder Ejecutivo desconozca el principio de reserva de ley y transgreda la disposición constitucional del artículo 80.

Para esta comisión, la aprobación de una transferencia de partidas a través de un decreto de urgencia vulnera, frontalmente, el principio de legalidad presupuestaria, reserva de ley y de equilibrio entre poderes del Estado.

Respecto a estos principios constitucionales, el Tribunal Constitucional⁵ ha señalado lo siguiente:

18. *A criterio de este Tribunal Constitucional no existe identidad entre el principio de legalidad y el de reserva de ley. Mientras que **el principio de legalidad, en sentido general, se entiende como la subordinación de todos los poderes públicos a leyes generales y abstractas** que disciplinan su forma de ejercicio y cuya observancia se halla sometida a un control de legitimidad por jueces independientes; **el principio de reserva de ley, por el contrario, implica una determinación constitucional que impone la regulación, sólo por ley, de ciertas materias.***

En tal sentido, cabe afirmar que:

*"mientras el **Principio de legalidad supone una subordinación del Ejecutivo al Legislativo, la Reserva no sólo es eso, sino que el***

⁵ Fundamento 18 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído sobre el Exp. 2689-2004-AA/TC

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

Ejecutivo no puede entrar, a través de sus disposiciones generales, en lo materialmente reservado por la Constitución al Legislativo. De ahí que se afirme la necesidad de la Reserva, ya que su papel no se cubre con el Principio de legalidad, en cuanto es sólo límite, mientras que la Reserva implica exigencia reguladora. (el subrayo y negrita es nuestro)

En ese sentido, y siguiendo la línea interpretativa de la Comisión de Constitución y Reglamento desarrollada en diversos dictámenes de control constitucional, afirmamos que el Poder Ejecutivo está impedido de emitir decretos de urgencia con la finalidad de aprobar transferencias de partidas, en razón a que la ley de leyes, la Constitución Política, ha dispuesto que este tipo de transferencias que alteran el presupuesto nacional aprobado por el Congreso, sean emitidas a través de una ley y no por una norma con rango de ley.

En adición a ello, cabe añadir que de acuerdo con el artículo 105 de nuestra Carta Magna, los proyectos de ley enviados por el Poder Ejecutivo tienen carácter de urgentes, es decir, deben ser vistos con prioridad por el Congreso de la República. Esto conlleva a que el Parlamento, en coordinación con el Poder Ejecutivo, y bajo el principio constitucional de cooperación entre poderes del Estado, puede emitir oportunamente una ley para aprobar transferencia de partida; por tanto, la necesidad o urgencia en la aprobación de una materia como esta no justifica que se tenga que usar mecanismos inconstitucionales como su aprobación vía decreto de urgencia, bajo el pretexto de que con esa modalidad, la norma es emitida en menor tiempo que si tuviera que ser aprobada por el Parlamento Nacional.

Por otro lado, sobre el **principio de balance entre poderes**⁶, que es parte del "núcleo duro" de la Constitución Política, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

⁶ Fundamento 56 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente 0006-2018-PI/

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

"Principio de balance entre poderes: Se refiere a la existencia de mecanismos de coordinación (tales como la delegación de facultades, el respaldo a políticas de gobierno a través de la cuestión confianza, las coordinaciones o negociaciones políticas para la aprobación del presupuesto público, la reglamentación de las leyes, la iniciativa legislativa por parte del Poder Ejecutivo o los órganos constitucionales autónomos, etc.); mecanismos de control recíproco (control jurídico y jurídico-político entre los poderes y órganos constitucionales autónomos); y mecanismos de equilibrio entre poderes (respeto a la autonomía de los otros poderes y órganos constitucionales autónomos, regulación de las competencias y funciones ajenas sin desnaturalizarlas, debida asignación presupuestaria para los poderes estatales u órganos constitucionales autónomos, etc.).

Además de que no hay poderes subordinados, a lo cual se refería el principio anterior, el balance entre poderes permite destacar que en nuestro modelo constitucional los poderes públicos se conciben en una dinámica de equilibrio o contrapeso, lo cual exige reconocer y respetar los mecanismos de control constitucionalmente previstos.

Como corolario de lo anterior, se tiene que la regulación, el ejercicio e incluso la interpretación de los alcances de los mecanismos de coordinación, de control recíproco o de equilibrio entre poderes no pueden realizarse alterando o desnaturalizando el balance que ha buscado asegurar la Constitución, y que es parte medular de nuestro modelo."

En ese sentido, podemos señalar que se ha quebrantado el principio de balance entre poderes del Estado, por el hecho que ha desnaturalizado el equilibrio de intervención conjunta que debe existir entre el Poder Ejecutivo y Legislativo para la aprobación de una transferencia de partidas. Y es que, en buena cuenta, el primero tiene la facultad de iniciativa legislativa para presentarlo, mientras que el segundo tiene la obligación de debatirlo y aprobarlo oportunamente.

Si se considerase constitucionalmente válido que un decreto de urgencia contenga materia como la que cuestionamos, se justificaría que el Poder Ejecutivo tenga tanto

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

la facultad de presentación, de aprobación y de ejecución de una transferencia de partidas, dejando de lado al Congreso de la República, quien está legitimado a intervenir en materia presupuestaria por ser el órgano representativo de la Nación, que vela por los intereses de los ciudadanos, en este caso, de los fondos públicos.

Esta obligación de trabajar en conjunto no solo se enmarca en el principio de legalidad y de reserva de ley que la Constitución Política ha optado para la aprobación de las transferencias de partidas, sino también está ligada a la naturaleza de la aprobación de la ley general de presupuesto dentro del Parlamento, pues tal como lo dice el tercer párrafo del artículo 80 de la Constitución Política, las transferencias de partidas son tramitadas como la ley de presupuesto.

En esa misma línea de ideas, es que el Tribunal Constitucional⁷ ha precisado que la Constitución Política otorga preeminencia al Congreso de la República sobre la Ley de Presupuesto; pues esta se aprueba conforme a su artículo 45, relacionado a que el poder emana del pueblo y, conforme al principio representativo, consagrado en el artículo 43 del texto constitucional, concordante con el artículo 77, y a los incisos 1) y 4) del artículo 102 de la Constitución Política; entendiéndose que corresponde al Congreso de la República aprobarlo, pues este actúa en representación del pueblo, quien tiene la última decisión, correspondiéndole determinar cómo se distribuyen los montos y la asignación de las partidas que, en definitiva, son los recursos del pueblo.

Por todo lo anteriormente expuesto, esta Comisión concluye que el Decreto de Urgencia 005-2021, al regular materia presupuestaria que tiene reserva de ley, se extralimita con relación a lo establecido en el numeral 19 del artículo 118, vulnerando frontalmente el tercer párrafo del artículo 80 de la Constitución Política; y por tanto deviene en inconstitucional.

El siguiente cuadro se resume el análisis antes descrito, con relación al cumplimiento de los parámetros sustanciales que debe respetar un decreto de urgencia:

⁷ Fundamento 27 de la Sentencia recaída en el Expediente N.º 004-2004-CC/TC.

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

Cuadro 2
Check list de cumplimiento de requisitos sustanciales del Decreto de Urgencia 005-2021

Requisitos sustanciales del decreto de urgencia		Cumplimiento de requisitos sustanciales del Decreto de Urgencia 005-2021
Sobre el contenido de la norma	Materia económica y financiera, no tributaria	<p>× NO cumple, por regular materia presupuestal con reserva de ley, esto es, y en concordancia al principio de legalidad presupuestaria, que la Constitución Política ha reservado la emisión de normas que aprueban transferencias de partidas a través de leyes aprobadas por el Congreso de la República, y no por una norma con rango de ley, tal como lo son los decretos de urgencia. Ello se encuentra regulado en el tercer párrafo del artículo 80 de la Constitución Política.</p> <p>De igual forma, contraviene el principio de balance de poderes, y es que, con la aprobación de este decreto de urgencia, el Poder Ejecutivo tendría tanto la facultad de presentación, aprobación y ejecución de una transferencia de partida, dejando de lado al Congreso de la República, quien está legitimado a intervenir en materia presupuestaria, por ser el órgano representativo de la Nación, que vela por un correcto uso de los fondos públicos de todos los peruanos.</p> <p>✓ No hay disposiciones en materia tributaria.</p>
Sobre las causas que llevaron a su emisión	Situación extraordinaria: Excepcionalidad, necesidad, transitoriedad, interés público, y conexidad.	<p>× NO legisla sobre situaciones extraordinarias e imprevisibles. Y es que, si bien es cierto la pandemia del COVID-19 ha sido una situación imprevista que afrontó el país para el mes de marzo del año 2020, para el día 21 de enero del año 2021, fecha en que fue emitido el decreto de urgencia examinado, ya se conocía que los efectos del COVID-19 seguirían aun en el país, así como los efectos de las medidas tomadas para combatir la misma. Tal es el caso del uso de dinero del Fondo de Inversión utilizado para implementar el Decreto de Urgencia 036-2020. Se tenía conocimiento del uso de ese dinero, y es que el decreto en mención venía rigiendo desde el 10 de abril de 2020, perdiendo el carácter de situación extraordinario e imprevisible la reposición del dinero de los fondos de inversión.</p>

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

		<ul style="list-style-type: none"> × NO cumple con el criterio de necesidad, toda vez que no era viable que el Poder Ejecutivo, por celeridad, evite la presentación, debate y aprobación de un crédito suplementario ante el Congreso de la República; y es que, de conformidad con el tercer párrafo del artículo 80 de la Constitución Política, solo procede la aprobación de transferencias de partidas por ley expedida por el Parlamento. ✓ Cumple con el criterio de transitoriedad, en virtud que la norma ya no se encuentra actualmente vigente, toda vez que en su artículo 6 estableció que la vigencia de la misma era hasta el 31 de julio de 2021. ✓ Cumple con el criterio de generalidad, pues el objetivo del decreto examinado era permitir a las empresas prestadoras de servicios de saneamiento reponer parte de los recursos del Fondo de Inversión utilizados para implementar el Decreto de Urgencia N° 036-2020, que establece medidas complementarias para reducir el impacto de las medidas de aislamiento e inmovilización social obligatoria, en la economía nacional y en los hogares vulnerables, así como garantizar la continuidad de los servicios de saneamiento, frente a las consecuencias del COVID-19. En ese sentido, si pretendía financiar, en ese entonces, las acciones que garanticen la calidad y continuidad de la prestación de los servicios de saneamiento; así como otras medidas que contribuyan a financiar proyectos de inversión en ejecución del Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento. Todo ello en un marco de beneficio general a la población, enmarcándose en el presente criterio. × NO Cumple con el criterio de conexidad, por no existir una relación entre la medida tomada por el Estado y una circunstancia extraordinaria; y es que, como ya se explicó, el hecho de usar con anterioridad recursos del fondo de inversión para implementar las acciones estipuladas en el Decreto de Urgencia 036-2020, traían como consecuencia, una disminución del fondo de inversión, situación previsible si tenemos en cuenta que el Decreto de Urgencia 036-2020 fue emitido el 10 de abril de 2020. En ese sentido, no existe una situación extraordinaria que necesite de una acción inmediata del
--	--	--

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

		Estado, premisa fundamental para cumplir el presente criterio.
--	--	--

Fuente y elaboración: Comisión de Constitución y Reglamento.

En consecuencia, esta comisión concluye que el Decreto de Urgencia 005-2021 es inconstitucional por violentar el artículo 80 de la Constitución Política, y por no cumplir con los requisitos sustanciales de excepcionalidad y necesidad.

Sin embargo, se debe tener en cuenta que la norma examinada perdió vigencia; pero además, versó sobre modificaciones presupuestales que han sido consumadas en su totalidad durante el ejercicio del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2021; por tanto, esta comisión considera que no sería pertinente realizar modificación o derogación alguna, no obstante ello, sí corresponde **hacer una exhortación al Poder Ejecutivo para que, en lo sucesivo, no apruebe transferencia de partidas vía decreto de urgencia; debiendo proceder conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 80 de la Constitución Política, ante la necesidad de realizar este tipo de transferencia,**

VI. CONCLUSIÓN

La Comisión de Constitución y Reglamento, en atención al Acuerdo del Consejo Directivo 054-2021-2022/CONSEJO-CR; ha procedido a realizar el control constitucional del **Decreto de Urgencia 005-2021**, que establece medidas para la sostenibilidad de los servicios de saneamiento e inversión del sector vivienda, construcción y saneamiento; y **CONCLUYE** que este decreto de urgencia **NO CUMPLE** con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 80 y el artículo 118, inciso 19 de la Constitución Política del Perú, así como tampoco con los criterios de excepcionalidad, necesidad y conexidad.

Sin embargo, considerando que este decreto de urgencia perdió vigencia, y que las modificaciones presupuestales aprobadas por dicha norma ya fueron consumadas en su totalidad, en el Presupuesto del Sector Público para el Año

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.

Fiscal 2021; esta comisión **RECOMIENDA** exhortar al Poder Ejecutivo a dar estricto cumplimiento al tercer párrafo del artículo 80 y el artículo 118, inciso 19 de la Constitución Política; y, por tanto, se abstenga de emitir decretos de urgencia que versen sobre transferencia de partidas, bajo responsabilidad funcional de los ministros de Estado por refrendar normas inconstitucionales.

Dese cuenta.

Lima, 10 de mayo de 2022



Firmado digitalmente por:
JOSE LUIS ELIAS AVALOS
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 26/05/2022 16:07:33-0500

CARMEN PATRICIA JUÁREZ GALLEGOS
Presidenta
Comisión de Constitución y Reglamento



Firmado digitalmente por:
SOTO PALACIOS Wilson FAU
20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/05/2022 17:50:41-0500



Firmado digitalmente por:
JUAREZ GALLEGOS Carmen
Patricia FAU 20161749126 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 11/05/2022 18:56:48-0500



Firmado digitalmente por:
ECHAIZ DE NUÑEZ IZAGA
Gladys Margot FAU 20161749126
soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 24/05/2022 16:51:06-0500

DICTAMEN RECAÍDO EN EL DECRETO DE URGENCIA 005-2021, QUE ESTABLECE MEDIDAS PARA LA SOSTENIBILIDAD DE LOS SERVICIOS DE SANEAMIENTO E INVERSIÓN DEL SECTOR VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO.



Firmado digitalmente por:
MOYANO DELGADO Martha
Lupe FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/05/2022 12:43:50-0500



Firmado digitalmente por:
SALHUANA CAMDES Eduardo
FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 18:52:12-0500



Firmado digitalmente por:
ARAGON CARREÑO Luis Angel
FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/05/2022 15:22:44-0500



Firmado digitalmente por:
MORANTE FIGARI Jorge
Alberto FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 13:15:15-0500



Firmado digitalmente por:
CORDERO JON TAY Maria Del
Pilar FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 25/05/2022 14:00:58-0500



Firmado digitalmente por:
BELLIDO UGARTE Guido FAU
20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 24/05/2022 15:48:14-0500



Firmado digitalmente por:
MUÑANTE BARRIOS Alejandro
FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 31/05/2022 20:59:26-0500



Firmado digitalmente por:
TUDELA GUTIERREZ Adriana
Josefina FAU 20161740126 soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 26/05/2022 19:25:59-0500