



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

**SENTENCIA
DEL PLENO JURISDICCIONAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

Del 20 de setiembre de 2011

PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD

Yohny Lescano Ancieta Ancieta y otros congresistas de la República contra los
Decretos de Urgencia Nos. 001-2011 y 002-2011.

Síntesis:

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don Yohny Lescano Ancieta Ancieta y otros congresistas de la República, contra los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011.

Magistrados firmantes:

ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima (Arequipa), a los 20 días del mes de setiembre de 2011, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los magistrados Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Urviola Hani, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Demanda de inconstitucionalidad presentada por el congresista don Yohny Lescano Ancieta y otros congresistas de la República, que en conjunto superan el veinticinco por ciento del número legal de congresistas, contra los Decretos de Urgencia N° 001-2011 y N° 002-2011, publicados, respectivamente, el 18 y 21 de enero de 2011 en el diario oficial "El Peruano".

II. NORMAS IMPUGNADAS

A- Decreto de Urgencia N° 001-2011: Dictan disposiciones extraordinarias a ser aplicadas durante el año 2011, para facilitar la promoción de la inversión privada en determinados proyectos de inversión, asociaciones público privadas y concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos por parte del Gobierno Nacional

Artículo 1.- Objeto

El presente decreto de urgencia tiene como objeto dictar disposiciones extraordinarias a ser aplicadas durante el año 2011, para facilitar la promoción de la inversión privada en determinados proyectos de inversión, asociaciones público privadas y concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, por parte del Gobierno Nacional. Dichas disposiciones extraordinarias comprenden únicamente los proyectos de inversión referidos en el artículo siguiente.

Artículo 2.- Declaración de Necesidad Nacional

Declarar de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSIÓN, los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de los siguientes proyectos de inversión:

1. Terminal Norte Multipropósito del Callao.
2. Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1.
3. Concesión de un Establecimiento Penitenciario en la Región Lima.
4. Proyecto Isla San Lorenzo - Isla El Frontón
5. Terminal Portuario de General San Martín, (provincia de Pisco, Departamento de Ica).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

6. Planta de Desalinización de Agua de Mar - Aguas de Lima Sur II.
7. Terminal Portuario de Yurimaguas.
8. Terminal Portuario San Juan de Marcona.
9. Navegabilidad de rutas fluviales: Ruta fluvial Yurimaguas - Iquitos-Frontera con Brasil
10. Reserva Fría de Generación.
11. Línea de Transmisión Trujillo - Chiclayo en 500 kV y subestaciones asociadas.
12. Línea de Transmisión Cajamarca - Cáclic - Moyobamba.
13. Línea de Transmisión Moyobamba-Iquitos.
14. Proyecto Choclococha Desarrollado, comprendiendo a) Construcción Presa de Tambo. b) Construcción de Canal Colector Ingahuasi y c) Refacción de Obras Existente.
15. Afianzamiento Hídrico de la Cuenca del Río Pisco-Río Seco.
16. Carretera IIRSA - Centro (Eje multimodal Puerto del Callao - Puerto de Pucallpa) en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
17. Autopista del Sol, tramo Sullana - Frontera con el Ecuador, según determine el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
18. Panamericana Sur: Ica - Frontera con Chile, en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
19. Longitudinal de la Sierra en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
20. Longitudinal de la Selva en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
21. Gasoducto a Trujillo (Gas Natural)
22. Hub petrolero Bayóvar.
23. Nudo Energético del Sur.
24. Aeropuerto Internacional de Chinchero - Cusco.
25. Terminal Portuario de Iquitos (Provincia de Maynas, Departamento de Loreto).
26. Túnel Trasandino (Provincia de Yauli, Departamento de Junín).
27. Sistema de Distribución de Gas Natural para el Sur - Gas para todo el Sur, para las ciudades de Cusco, Arequipa, Moquegua, Juliaca, Puno y Tacna.
28. Sistema de Distribución de Gas Natural para el Norte Medio - Gas para todo el Norte Medio, para las ciudades de Ayacucho, Huancayo, La Oroya, Chimbote y Trujillo.
29. Sistema de Abastecimiento de LNG para el Mercado Nacional.
30. Desarrollo de la Banda Ancha y masificación de la Fibra Óptica en zonas rurales y lugares de preferente interés social del país: Proyectos Cobertura Universal Sur, Cobertura Universal Norte y Cobertura Universal Centro y otros que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones

Artículo 3.- Viabilidad de los proyectos

La viabilidad de los proyectos a que se refiere el artículo 2 que requieran cofinanciamiento podrá ser otorgada con estudios a nivel de prefactibilidad.

Artículo 4.- Opiniones Previas

El diseño de la transacción y del contrato de Asociación Público-Privada para los proyectos considerados en el presente decreto es responsabilidad de PROINVERSION. La versión final del contrato requerirá opinión del sector en los aspectos técnicos y del Regulador en los temas tarifarios, de acceso y de calidad de servicio y del Ministerio de Economía y Finanzas en los aspectos tributarios y aduaneros.

Cuando se requiera el otorgamiento de garantías o cofinanciamiento, se requerirá la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas de acuerdo a lo estipulado en el inciso 9.2 del artículo



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO

FOJAS

213



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

9 del Decreto Legislativo 1012, así como el de la Contraloría General de la República en los aspectos que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado, de conformidad con el inciso l) del Artículo 22 de la Ley N° 27785;

El plazo para emitir las opiniones será de diez (10) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud de PROINVERSIÓN. Todo pedido de información adicional para emitir las opiniones previas respecto de la versión final del contrato de concesión, necesariamente deberá formularse dentro del plazo de tres (03) días hábiles de recibida la solicitud y por única vez. En tanto no se reciba la información adicional se suspende el cómputo de los plazos establecidos en el presente párrafo. De no pronunciarse en ese plazo se entenderá que la opinión es favorable.

Artículo 5.- Medidas de simplificación de exigencias legales

5.1. A partir de la vigencia del presente decreto de urgencia, los actos que a continuación se señalan requerirán únicamente de la aprobación del Consejo Directivo de PROINVERSIÓN mediante acuerdo que deberá ser publicado en el Diario Oficial El Peruano:

- a. Aprobación del Plan de Promoción de la Inversión privada y sus modificatorias.
- b. Autorización de viajes al exterior con motivo de actividades de promoción.

5.2. Las publicaciones que por mandato de normas se requieran realizar en el Diario Oficial El Peruano u otros medios escritos contendrán únicamente el objetivo de la publicación y la dirección electrónica en la página Web de PROINVERSIÓN donde se encuentra publicado íntegramente el documento.

5.3. Asimismo, serán aplicables las siguientes disposiciones:

a. Las certificaciones ambientales, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental, y a la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, serán requeridas por la entidad concedente antes del inicio de la ejecución de los proyectos o de las actividades de servicios y comercio correspondientes, y no serán requisito para la obtención de las autorizaciones administrativas de carácter sectorial, otorgadas por dichas entidades, para el ejercicio de las actividades económicas materia del proyecto adjudicado.

b. Los terrenos y/o edificaciones de propiedad directa o indirecta del Estado incluyendo las empresas del Estado, requeridos para la concesión, serán transferidos automáticamente por la entidad titular de los mismos al concedente en la oportunidad en que éste lo señale y a título gratuito, por el solo mérito del Decreto Supremo del sector correspondiente.

c. La Superintendencia Nacional de los Registros Públicos queda obligada a registrar los terrenos y/o edificaciones a nombre de la entidad concedente con la sola presentación de la solicitud correspondiente acompañada del Decreto Supremo a que se refiere el párrafo anterior, libre del pago de derechos.

d. El Estado podrá imponer con carácter forzoso el establecimiento de las servidumbres requeridas para la ejecución de los proyectos priorizados. Para estos efectos, la entidad concedente deberá oír al titular del predio sirviente, siguiendo el procedimiento que se establezca por Decreto Supremo. El derecho de servidumbre implica la obligación de indemnizar el perjuicio que éste cause y el pago de una indemnización por el uso del bien gravado, la cual será fijada por acuerdo de partes, o en caso contrario, conforme lo establezca el Decreto Supremo antes mencionado.

Artículo 6.- Vigencia

El presente decreto de urgencia entra en vigencia a partir del día siguiente al de su publicación en el Diario Oficial El Peruano hasta el 31 de diciembre de 2011.

Artículo 7.- Refrendo

El presente decreto de urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

B- DECRETO DE URGENCIA N° 002-2011: Modifican Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 001-2011

Artículo 1.- Modificación

Modifíquese el Artículo 2 del Decreto de Urgencia N° 001-2011, el que quedará redactado de la siguiente manera:

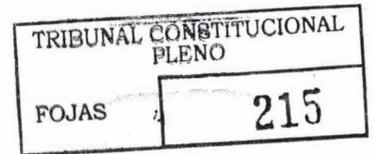
“Artículo 2.- Declaración de Necesidad Nacional

Declarar de necesidad nacional y de ejecución prioritaria por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION - los procesos de promoción de la inversión privada vinculados con la concesión de los siguientes proyectos de inversión:

1. Terminal Norte Multipropósito del Callao.
2. Sistema Eléctrico de Transporte Masivo de Lima y Callao, Línea 1 - Línea 2.
3. Concesión de un Establecimiento Penitenciario en la Región Lima.
4. Proyecto Isla San Lorenzo - Isla El Frontón.
5. Terminal Portuario de General San Martín (provincia de Pisco, Departamento de Ica).
6. Planta de Desalinización de Agua de Mar - Aguas de Lima Sur II.
7. Terminal Portuario de Yurimaguas.
8. Terminal Portuario San Juan de Marcona.
9. Navegabilidad de rutas fluviales: Ruta fluvial Yurimaguas - Iquitos-Frontera con Brasil.
10. Reserva Fría de Generación.
11. Línea de Transmisión Trujillo - Chiclayo en 500 kV y subestaciones asociadas.
12. Línea de Transmisión Cajamarca - Cáclic - Moyobamba.
13. Línea de Transmisión Moyobamba-Iquitos.
14. Proyecto Choclococha Desarrollado, comprendiendo a) Construcción Presa de Tambo. b) Construcción de Canal Colector Ingahuasi y c) Refacción de Obras Existentes.
15. Afianzamiento Hídrico de la Cuenca del Río Pisco-Río Seco.
16. Carretera IIRSA - Centro (Eje multimodal Puerto del Callao - Puerto de Pucallpa) en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
17. Autopista del Sol, tramo Sullana - Frontera con el Ecuador, según determine el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
18. Panamericana Sur: Ica - Frontera con Chile, en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
19. Longitudinal de la Sierra en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
20. Longitudinal de la Selva en los tramos que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
21. Gasoducto a Trujillo (Gas Natural).
22. Hub petrolero Bayóvar.
23. Nodo Energético del Sur.
24. Aeropuerto Internacional de Chinchero-Cusco.
25. Terminal Portuario de Iquitos (Provincia de Maynas, Departamento de Loreto).
26. Túnel Trasandino (Provincia de Yauli, Departamento de Junín).
27. Sistema de Distribución de Gas Natural para el Sur - Gas para todo el Sur, para las ciudades de Cusco, Arequipa, Moquegua, Juliaca, Puno y Tacna.
28. Sistema de Distribución de Gas Natural para el Norte Medio - Gas para todo el Norte Medio, para las ciudades de Ayacucho, Huancayo, La Oroya, Chimbote y Trujillo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

29. Sistema de Abastecimiento de LNG para el Mercado Nacional.
30. Energía de Nuevas Centrales Hidroeléctricas.
31. Sistema GLP para Lima y Callao.
32. Desarrollo de la Banda Ancha y masificación de la Fibra Óptica en zonas rurales y lugares de preferente interés social: Proyectos Cobertura Universal Sur, Proyectos Cobertura Universal Norte y Cobertura Universal Centro y otros que establezca el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.
33. Proyecto Especial Chavimochic Fase I - Tercera Etapa.

Artículo 2.- Refrendo

El presente Decreto de Urgencia será refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por el Ministro de Economía y Finanzas.

III. ANTECEDENTES

Argumentos de la demanda

Con fecha 4 de marzo de 2011, don Yonhy Lescano Ancieta y otros congresistas interponen demanda de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N° 001-2011, que facilita la promoción de la inversión privada en determinados proyectos de inversión, asociaciones público-privadas y concesión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos por parte del Gobierno Nacional, y contra el Decreto de Urgencia N° 002-2011, que modifica el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 001-2011. Argumentan que los decretos impugnados se han expedido sin cumplir los supuestos habilitantes del inciso 19 del artículo 118° de la Constitución, dado que no existía una circunstancia extraordinaria, imprevisible y que ponga en peligro la economía nacional o las finanzas públicas. Asimismo, consideran que los decretos materia del presente proceso vulneran los principios de separación de poderes y seguridad jurídica.

Para los demandantes, los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011 no regulan un asunto que necesite medidas extraordinarias, ni que responda o se origine en hechos imprevisibles o que constituyan un riesgo inminente o peligro para la economía nacional o las finanzas públicas. Todo lo contrario, la promoción de la inversión privada en proyectos de inversión, asociaciones público privadas y concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos son asuntos ordinarios, completamente previsibles que no entrañan ningún peligro ni riesgo inminente para la economía nacional en su conjunto.

A juicio de los demandantes, el camino correcto que el Poder Ejecutivo debió seguir fue presentar al Congreso de la República un proyecto de ley (incluso con carácter de urgencia) que busque flexibilizar las exigencias y procedimientos en la presentación y ejecución de proyectos de inversión, al amparo de los artículos 107° y 105° (parte final) de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

También los demandantes afirman que los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011 no cumplen con los criterios para el dictado de decretos de urgencia señalados en la STC 0025-2008-PI/TC, pues el actual escenario económico mundial de crisis no es un evento imprevisible, sino por el contrario, presente y por todos conocido y analizado desde el año 2008, de carácter cíclico, originado en los países desarrollados tales como los Estados Unidos y otros de la Unión Europea.

Argumentos de la contestación de la demanda

Con fecha 10 de mayo de 2011, el Procurador Público Adjunto especializado en materia constitucional del Ministerio de Justicia contesta la demanda, solicitando que sea declarada infundada. Alega que debido a que el control parlamentario de los impugnados Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y N° 002-2011 no se ha realizado, se ha producido *“una convalidación tácita”* de éstos.

Para el emplazado, los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011 se limitan a reiterar una regulación ya prevista expresamente en el Decreto de Urgencia N° 121-2009 para la mayoría de proyectos de inversión contenidos en los decretos impugnados. *“En otras palabras —señala—, las medidas facilitadoras para la aceleración del trámite y ejecución de estos proyectos de inversión ya existían de acuerdo con el Decreto de Urgencia N° 121-2009, razón por la cual puede afirmarse que los Decretos de Urgencia N° 001-2011 y 002-2011 se limitan a reiterar la sujeción a esas condiciones por parte de los proyectos referidos a incluir nuevos proyectos de inversión entre aquellos”*.

Según el emplazado, de la lectura de los considerandos del Decreto de Urgencia N° 121-2009 —antecedente de los decretos de urgencia impugnados— se concluye que éste fue expedido debido a la situación de excepcionalidad originada por la crisis financiera internacional, la misma que ha venido generando una gran incertidumbre en la economía mundial. En ese contexto, se consideró que en la medida que la promoción de la inversión privada en proyectos había demostrado ser un mecanismo dinamizador de la economía nacional debido a su alto impacto en la generación de empleo y competitividad en el país, debían declararse de necesidad nacional algunos grandes proyectos de inversión y, en consecuencia, otorgarse una serie de medidas facilitadoras para su trámite y ejecución.

Así, refiere que en vista de que dos años después de la expedición del mencionado Decreto de Urgencia N° 121-2009 el trámite o ejecución de proyectos de inversión que fueron incluidos en él aún no se había concretado, el Poder Ejecutivo decidió dictar el Decreto de Urgencia N° 001-2011, en el cual se reitera la necesidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	217



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

priorizar el trámite y ejecución de estos proyectos y se adiciona algunos otros de gran envergadura. A su juicio, en la medida que muchos de los proyectos de inversión cuyo trámite y ejecución se decidió favorecer mediante el Decreto de Urgencia N° 121-2009 son los mismos que los contenidos en el Decreto de Urgencia N° 001-2011, la situación de excepcionalidad de ambos decretos es la misma, que viene dada por la incertidumbre que se ha generado en la economía nacional a raíz de la crisis financiera internacional. Es verdad que se han incluido nuevos proyectos de inversión en los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011, sujetos a las medidas de aceleración previstas ya en el Decreto de Urgencia N° 121-2009. Sin embargo, debe entenderse que esas inclusiones también obedecen al mismo fundamento, esto es, la generación de medidas que favorezcan el dinamismo en la economía a fin de paliar la incertidumbre o los riesgos que, aun cuando bajos, pueden mantenerse actualmente a partir de la crisis financiera internacional.

También argumenta que se han cumplido los demás criterios para la expedición de un decreto de urgencia contenidos en la STC 008-2003-AI/TC. Así, considera que la *necesidad* se justifica en que si se optara por el proceso legislativo ante el Congreso de la República, las medidas de facilitación de la inversión privada no serían inmediatas, pues su aprobación por el Congreso extenderse en demasía, reduciéndose el impacto de los proyectos de inversión en la economía peruana.

Finalmente, refiere que mediante Decreto de Urgencia N° 005-2011 publicado en el diario oficial "El Peruano" el 17 de febrero de 2011, se derogó el literal a) del numeral 5.3 del artículo 5° del Decreto de Urgencia N° 001-2011, con lo cual ha quedado sin efecto la exoneración de las certificaciones ambientales para la obtención de autorizaciones administrativas para el ejercicio de las actividades económicas de los proyectos señalados en el Decreto de Urgencia N° 001-2011, modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2011. Por ello, el emplazado plantea que se declare la sustracción de la materia en cuando al pedido de declarar la inconstitucionalidad del artículo 5° numeral 5.3 literal a) del Decreto de Urgencia N° 001-2011.

Con fecha 24 de mayo de 2011, el Instituto de Defensa Legal presentó a este Tribunal un "*Informe de Amicus Curiae*", opinando sobre la inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011.

IV. FUNDAMENTOS

§1. Delimitación del petitorio de la demanda



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO

FOJAS Nº

218



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

1. Se ha solicitado, en base a diferentes motivos, que este Tribunal declare la inconstitucionalidad de los Decretos de Urgencia Nos. 001-2011 y 002-2011.

§2. Sobre la supuesta convalidación de los Decretos de Urgencia Nos. 001-2011 y 002-2011 por la no realización del control parlamentario

2. El Procurador Público Adjunto en materia constitucional aduce que tras la expedición de los decretos de urgencia cuestionados, el Poder Ejecutivo dio cuenta al Parlamento, y que este dar cuenta

“no puede entenderse como un acto meramente administrativo y estadístico, sino a través de ello, el Parlamento, por medio de la Comisión de Constitución y Reglamento tiene el ‘deber’ de ejercer el control sobre los decretos de urgencia dictados por el Presidente de la República, el no ejercicio de estas vías de control político (...) evidencia dos situaciones, la primera manifiesta la desidia, inactividad e incompetencia de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso para realizar el control político de los decretos de urgencia y la segunda evidencia una convalidación tácita del Parlamento respecto al decreto de urgencia” (sic).

Los demandantes arguyen que la no realización del control parlamentario de los decretos de urgencia no excluye la capacidad de las minorías parlamentarias para interponer una demanda de inconstitucionalidad y tampoco tiene por efecto convalidar tácitamente los referidos decretos de urgencia.

3. El inciso 19 del artículo 118º de la Constitución confiere al Presidente de la República la competencia para expedir decretos de urgencia en materia económica y financiera, y cuando así lo requiera el interés nacional. Dispone, igualmente, que luego de expedirse dichos decretos de urgencia, el Presidente de la República debe dar cuenta de ello al Congreso, el que podrá modificarlos o derogarlos.

La exigencia de que se dé cuenta al Congreso de la República no bien se expida un Decreto de Urgencia tiene como finalidad propiciar que el Parlamento realice el control sobre los actos normativos expedidos por el Presidente de la República. Dicho control representa uno de los medios institucionales mediante los cuales la Constitución asegura la efectividad del principio de separación de poderes (art. 43), al propiciar el *checks and balances* entre el Legislativo y el Ejecutivo. Como en diferentes oportunidades hemos destacado, el principio de separación de poderes

“(…) no debe ser entendido en su concepción clásica, esto es, en el sentido que establece una separación tajante y sin relaciones entre los distintos poderes del Estado; por el contrario, exige que se le conciba, por un lado, como control y balance entre los poderes del Estado –*checks and balances of powers*– y, por otro, como coordinación y cooperación entre ellos”, y además que “Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado”, lo que “sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	219



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado” [STC 0005-2007-PI/TC, Fund. Jur. N.º 7].

4. El control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República es esencialmente un mecanismo de control político. Un “procedimiento del control político”, como especifica la Sección Segunda del Capítulo VI del Reglamento del Congreso de la República, mediante el cual el Parlamento ejerce su función de control, fiscalización y dirección política, a través de la evaluación de la solución gubernamental [de fines y medios empleados] adoptada para hacer frente a los efectos en la economía nacional o en las finanzas públicas de las situaciones extraordinarias e imprevisibles que supusieron el dictado de la legislación de urgencia.

Un control de esta naturaleza no se identifica con lo que es propio del control jurídico. Ello es consecuencia de la naturaleza del órgano que realiza el control y de las tareas que la Constitución asigna a éste. El Parlamento es un órgano político por naturaleza, basado en el mandato representativo, en la elección directa de sus representantes y en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Refleja en su composición a todos los sectores (e intereses) de la sociedad [principio del pluralismo] y, en su seno, quienes los representan debaten públicamente sobre las cuestiones más trascendentales que conciernen a la *res publica*.

5. Precisamente por ello, aunque el derecho regule jurídicamente el ejercicio del control parlamentario, éste no está en la capacidad de alcanzar a los *criterios* que se empleen para evaluar las medidas gubernamentales que se adopten. La regulación jurídica del control político no se proyecta sobre el contenido y la intensidad con que tal control pueda realizarse. Sólo representa el establecimiento de reglas que disciplinan los procedimientos de desempeño de la función misma.

De ahí que, a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidéz del objeto controlado, los *criterios* de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultados para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y, en particular de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener al derecho como fundamento, pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe un catálogo de criterios



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político.

El carácter político del control parlamentario de los decretos de urgencia también se aprecia en el objetivo de éste, que es el control del órgano del que emanan (el Poder Ejecutivo). Por contraposición, el control jurídico se realiza siempre sobre una norma (ley, decreto de urgencia u ordenanza municipal, por ejemplo) y no puede ser entendido como un control sobre el órgano que emite la norma, ya que se encuentra orientado a garantizar la primacía de la Constitución (artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional).

6. Pues bien, en el presente caso, el Tribunal observa que el Procurador Público Adjunto en materia constitucional ha reprochado que el Congreso no haya realizado el control político de los decretos de urgencia y, de ese modo, que haya incumplido con lo que aquel considera constituye un “deber” del Parlamento. El Tribunal no comparte este criterio. La democracia constitucional asegura a favor del Parlamento (y, especialmente, de sus minorías parlamentarias) una serie de medidas institucionales mediante las cuales pueda controlar y fiscalizar al Poder Ejecutivo. No le impone la obligación de hacerlo y, por consiguiente, el momento en el que éste se pueda llevar a cabo. Como antes se ha dicho, si algo caracteriza al control parlamentario, que es una de las modalidades como se lleva a cabo el control político del Legislativo sobre el Ejecutivo, es la simple oportunidad de su ejercicio. Lo que significa tanto como decir que corresponde al Parlamento decidir discrecionalmente si realiza o no el control pero también definir, en caso lo quiera realizar, el cuándo lo efectúa. No existe, por tanto, ningún “deber” de realizar control político alguno.
7. Bastaría la aclaración formulada en el fundamento precedente para expresar que el Tribunal tampoco comparte la *consecuencia* que el Procurador Público Adjunto en materia constitucional extrae del hecho que el Parlamento no haya realizado el control político de los decretos de urgencia. A saber, que se haya convalidado tácitamente la constitucionalidad de las fuentes impugnadas en este proceso. Sucede, no obstante, que este argumento contiene algunas premisas implícitas que este Tribunal está en la necesidad de aclarar. En particular, de las que surgen de la hipótesis inversamente proporcional a la sostenida por el Procurador Público Adjunto, esto es, en las consecuencias para la justicia constitucional de que en ejercicio del control político, eventualmente, el Parlamento hubiera considerado que los decretos de urgencia fueran constitucionalmente válidos: ¿Tal [hipotética] opinión institucional vincula al Tribunal Constitucional? O, en expresión utilizada por el emplazado con la demanda, ¿“convalida” la constitucionalidad de los decretos de urgencia, impidiendo que este Tribunal, de tener una opinión contraria,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS .. Nº	221



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

declare su inconstitucionalidad? ¿Imposibilita que las minorías parlamentarias – derrotadas en virtud del principio mayoritario en el ámbito parlamentario–, puedan interponer una demanda de inconstitucionalidad?

De hecho, algunas de estas cuestiones han sido puestas de relieve por el apoderado de los Congresistas demandantes en su escrito de 21 de julio de 2011. Con relación a la última cuestión formulada, por ejemplo, expresó:

“la labor de control de los decretos de urgencia que corresponde al Parlamento (...) no excluye la facultad que tiene el 25% del número legal de Congresistas para interponer una acción de inconstitucionalidad (...)”.

8. No está en cuestión la competencia del Parlamento para que en ejercicio de su función de control pueda realizar el control de constitucionalidad de las normas que hubiera expedido, o de aquellas que haya dictado el Poder Ejecutivo. Esta es una competencia que desde la primera de nuestras constituciones históricas se le ha reconocido y no hay razón alguna para que ahora se ponga en cuestión.

Pero inmediatamente hay que decir que su realización, por la propia naturaleza del órgano que lo realiza y de la composición plural de quienes lo integran, es siempre un control de naturaleza política. Siendo político el control parlamentario de los decretos de urgencia, éste se ejerce con absoluta libertad de criterio por el Congreso, sin que sea determinante que se realice conforme a normas constitucionales o aquellas que conforman el bloque de constitucionalidad, como sucede cuando se realiza el control jurídico. Desde esta perspectiva, el Congreso puede rechazar un decreto de urgencia por considerarlo inoportuno, políticamente inadecuado o tal vez inconveniente, es decir, por razones meramente políticas.

Incluso, en el supuesto que el Congreso derogue o modifique un decreto de urgencia por estimar que excede los límites impuestos por la Constitución, y así lo sustente en dictámenes técnicos (*cfr.* art. 91 “c” del Reglamento del Congreso), ello no elimina el carácter político del control parlamentario. Esto se refleja en la adopción de sus decisiones, que no necesariamente tienen en cuenta la corrección de los argumentos jurídicos, sino la fuerza de los votos, como por lo demás corresponde a un órgano que decide conforme a las reglas del principio mayoritario.

9. Por otro lado, desde el punto de vista institucional, los efectos de una decisión adoptada en ejercicio del control político no son otros que los que se derivan de la norma en la cual se plasma la decisión parlamentaria. Descartada la hipótesis en que el resultado del control termine por aceptar la expedición de la norma controlada –



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO

FOJAS

222



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

que se materializa en un simple acuerdo parlamentario—, cuando el Congreso estima que el decreto de urgencia es inconstitucional y lo deroga, o bien decide conservarlo tras realizarle las modificaciones que correspondan, la ley que contiene la decisión no tiene más efectos que los que son propios de cualquier otra ley parlamentaria. A saber, su obligatoriedad entre tanto se mantenga vigente o se cercene su aplicabilidad tras su declaración de invalidez por un tribunal de justicia.

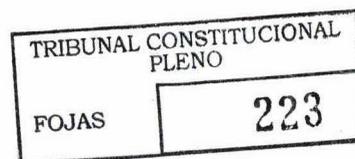
La vigencia de una ley con cualquiera de esos dos contenidos no incide en la competencia de este Tribunal para realizar su control jurídico ni impide que, de ser el caso, con fundamento en la Constitución, se declare su inconstitucionalidad. Ello es así porque en las democracias constitucionales la última palabra sobre la validez jurídica de las normas legales se encuentra en manos de los tribunales de justicia y, en particular, de este Tribunal, al que el artículo 201º de la Constitución le confía la tarea de ser el órgano de control de la Constitución. De modo pues, que el resultado del control político de constitucionalidad de las leyes no vincula jurídicamente a este Tribunal. Y tampoco tiene como efecto “convalidar” y, por tanto, hacer inmune al control jurisdiccional la norma que hubiese podido ser sometida al control político.

10. Finalmente, el Tribunal recuerda que no existe una relación causal entre la realización (o no) del control parlamentario de los actos normativos del Presidente de la República y la legitimación de las minorías parlamentarias para promover la acción abstracta de inconstitucionalidad. Este último es un mecanismo con el que cuentan particularmente las minorías parlamentarias para cuestionar normas legales cuya aprobación se haya efectuado prescindiendo de aquellas reglas y principios que se presentan como indisponibles incluso a la voluntad mayoritaria (la Constitución). Con su ejercicio, las minorías parlamentarias no defienden los intereses parciales de la sociedad que los han elegido sino, esencialmente, aquellos bienes no negociables bajo las reglas del principio democrático, coadyuvando de esa manera con el Tribunal Constitucional en la expulsión de la legislación creada de manera anticonstitucional.

Tratándose de la legislación dictada por el Presidente de la República, el ejercicio de la legitimidad procesal de las minorías parlamentarias no está condicionado a que se realice (o no) el control parlamentario correspondiente y ni siquiera, en caso de llevarse a cabo, al resultado de éste. Como antes se ha dicho, los niveles en que operan los controles político y jurídico son distintos. Mientras que el primero se funda en la voluntad política de las mayorías y su legitimidad descansa en la relación a la representación directa del cuerpo electoral; el control jurídico se funda en la consistencia de las razones que la Constitución suministra al órgano que controla. Y a éstas se llega por medio de discusiones en las que no cuentan los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

números, sino el raciocinio. Por ello, quienes deciden jurídicamente la validez de las normas tienen la enorme responsabilidad de respetar las reglas que disciplinan la estructura racional del proceso de interpretación y aplicación de las normas, encontrándose en el respeto de estas reglas sobre el 'correcto' razonar, la base de la legitimidad de sus decisiones.

Sobre la supuesta sustracción de la materia respecto al literal a) del numeral 5.3 del artículo 5º del Decreto de Urgencia N° 001-2011

11. El emplazado ha invocado la sustracción de la materia respecto al pedido de inconstitucionalidad del literal a) del numeral 5.3 del artículo 5º del Decreto de Urgencia N° 001-2011, por haber sido derogado el 17 de febrero de 2011 en virtud del Decreto de Urgencia N° 005-2011, esto es, antes del 4 de marzo de 2011 en que fue interpuesta la demanda de inconstitucionalidad.
12. Habiéndose verificado esta derogación antes de la interposición de la demanda de inconstitucionalidad, debe concluirse que la demanda es improcedente en lo que respecta al literal a) del numeral 5.3 del artículo 5º del Decreto de Urgencia N° 001-2011, ya que el proceso de inconstitucionalidad procede contra normas *vigentes* con rango de ley, conforme se desprende del artículo 200º inciso 4) de la Constitución y del artículo 77º del Código Procesal Constitucional.
13. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que lo que el Decreto de Urgencia N° 001-2011 (y, consecuentemente, su modificatoria el Decreto de Urgencia N° 002-2011) estableció fue un régimen especial para facilitar (con mayor celeridad y menores trámites) la promoción de la inversión privada en 33 proyectos de inversión, considerados, según el emplazado, de gran importancia. Dentro de tales medidas facilitadoras, el derogado literal a) del numeral 5.3 del artículo 5º del Decreto de Urgencia N° 001-2011, dispuso que si bien los referidos 33 proyectos debían contar con las certificaciones ambientales antes del inicio de la ejecución de los proyectos o de las actividades de servicios y comercio correspondientes, dichas certificaciones no serían un requisito previo para la obtención de las autorizaciones administrativas de carácter sectorial, necesarias para el ejercicio de las actividades económicas correspondientes a dichos proyectos. De modo que, al derogarse el mencionado literal a) del numeral 5.3 del artículo 5º del Decreto de Urgencia N° 001-2011 por el Decreto de Urgencia N° 005-2011, los procedimientos administrativos para la obtención de las mencionadas autorizaciones administrativas de carácter sectorial deben ser resueltos conforme al régimen legal sobre certificaciones ambientales aplicable a los mencionados proyectos hasta antes del Decreto de Urgencia N° 001-2011. Esto debido a que dicho Decreto estableció un régimen especial sólo mientras estuvo vigente, por lo que al quedar derogado, resulta nuevamente aplicable a los



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PLENO

FOJAS

224



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC

25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

referidos proyectos el régimen general sobre certificaciones ambientales para la obtención de autorizaciones administrativas de carácter sectorial, conforme al artículo 3º de la Ley N° 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación del Impacto Ambiental, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, y demás normas aplicables.

Decreto de Urgencia y Estado Constitucional

14. Como este Tribunal ha señalado, *“es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43º de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración. De ahí que el ejercicio de la función legislativa (por antonomasia, parlamentaria) por parte del ejecutivo, no sea, per se, contraria al Estado social y democrático de derecho, siempre que sea llevada a cabo conforme con las reglas que, para dicho efecto, contemple la propia Carta Fundamental”* (STC 0008-2003-AI/TC, fundamento 57). Por ello, tratándose de la impugnación de normas con rango legal expedidas por el Ejecutivo, además de la evaluación de su constitucionalidad sustancial, esto es, de su compatibilidad con los requisitos de orden material exigidos por la Ley Fundamental, resulta de particular relevancia la evaluación de su constitucionalidad formal; es decir, de su adecuación a los criterios de índole procedimental establecidos en la propia Constitución.

15. 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 123º de la Constitución), mientras que el requisito *ex post* lo constituye la obligación del Ejecutivo de dar cuenta al Congreso de la República, de acuerdo con lo previsto por el inciso 19 del artículo 118º de la Constitución, en concordancia con el procedimiento contralor a cargo del Parlamento, contemplado en el artículo 91º del Reglamento del Congreso.

Del análisis de autos, es posible concluir que los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011 han sido expedidos en observancia de las reglas formales constitucionalmente previstas en nuestro ordenamiento.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	225

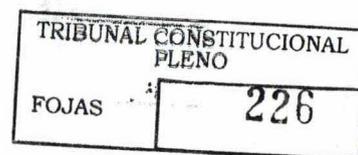


EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

16. En lo que respecta a los criterios sustanciales, este Tribunal, a través de la STC 0008-2003-AI/TC, y en particular en su fundamento 59, ha dejado claramente establecido que *“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 118º de la Constitución establece que los decretos de urgencia deben versar sobre “materia económica y financiera”.*
17. Hemos precisado, igualmente, que el requisito endógeno de la *“materia económica y financiera”*, interpretado a la luz 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 74º de la Constitución). Escaparía a los criterios de razonabilidad, empero, 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.
18. Asimismo, también como criterios sustanciales endógenos para el análisis de constitucionalidad de los decretos de urgencia, se encuentran, de un lado, el respeto de los principios que informan el régimen económico establecido en la Constitución, el cual se ejerce en una economía social de mercado (artículo 58º de la Constitución), que es condición o presupuesto consustancial de nuestro Estado social y democrático de derecho (cfr. STC 0008-2003-AI/TC, fundamentos 13.a y 16), y de otro, por supuesto, el respeto de los derechos constitucionales, pues éstos *“informan y se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico”* (STC 976-2001-AA/TC, fundamento 5).
19. El análisis conjunto de las disposiciones del Decretos de Urgencia N° 001-2011, y su modificatoria el Decreto de Urgencia N° 002-2011, permite concluir que éstos versan sobre materia económica. Como se observa en los considerandos de ambos decretos, éstos tienen como propósito adoptar medidas que faciliten la promoción de la inversión privada en proyectos considerados de necesidad nacional y ejecución prioritaria, para lo cual se dictan medidas que permitan viabilizar los procesos con mayor celeridad y menores trámites, pues se considera esto como *“un mecanismo dinamizador de la economía nacional por su alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país”* (primer párrafo de la parte



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

considerativa del Decreto de Urgencia N° 001-2011). En tal sentido, las normas impugnadas tratan sobre la materia exigida constitucionalmente y no se aprecia en sus textos que afecten los demás criterios sustanciales endógenos mencionados.

20. Asunto distinto, sin embargo, es determinar si las circunstancias fácticas que sirvieron de justificación a la promulgación de los impugnados decretos de urgencia, respondían a las exigencias previstas por el inciso 19 del artículo 118° de la Constitución, interpretado sistemáticamente con el inciso c) del artículo 91° del Reglamento del Congreso. De dicha interpretación se desprende que el decreto de urgencia debe responder a los siguientes presupuestos habilitantes, precisados en las STC 0008-2003-AI/TC [fundamento 60] y STC 00025-2008-PI/TC [fundamento 5], STC 00007-2009-PI/TC [fundamento 9]):

- 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, en 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. 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), no 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 (STC 0001-2003-AI/TC y 0003-2003-AI/TC, fundamento 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 118° de la Constitución,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

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

Las medidas extraordinarias y los beneficios que su aplicación produzcan deben pues surgir del contenido mismo del decreto de urgencia y no de acciones diferidas en el tiempo, pues ello sería incongruente con una supuesta situación excepcionalmente delicada.

Análisis de la constitucionalidad de los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011

21. Al contestarse la demanda, el Procurador Público Adjunto en asuntos constitucionales ha expresado que:

“El Decreto de Urgencia N° 001 tiene como base inicial el Decreto de Urgencia N° 047-2008, dispositivo legal que ordenó dictar disposiciones extraordinarias para la facilitación de las asociaciones público privadas a través de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos por parte del Gobierno Nacional debido al contexto de la crisis financiera internacional ocurrida ese año.”

Es así que mediante el Decreto de Urgencia N° 121-2009, promulgado el 23 de diciembre de 2009 (...), se declaró de necesidad nacional y de ejecución prioritaria en el año 2010, por parte de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada + PROINVERSIÓN, la promoción de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

la inversión privada de diversos proyectos, asociaciones público privadas y concesiones.

Con la vigencia del Decreto de Urgencia N° 121-2009 (...) PROINVERSIÓN, realizó las actividades necesarias para llevar a cabo el proceso de promoción de la inversión privada en los proyectos priorizados, quedando aún pendiente de adjudicación un grupo de los mismos, cuya programación está prevista para el año 2011.

Al respecto, no existe lugar a dudas que la promoción de la inversión privada de proyectos, asociaciones público privadas y concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, han demostrado ser mecanismos dinamizadores de la economía nacional por su alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país (...).

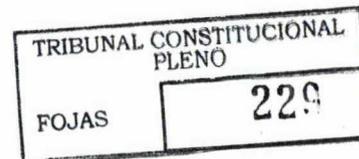
En este sentido, los Decretos de Urgencia N° 001-2011 y 002-2011, se limitan a reiterar una regulación ya prevista expresamente en el Decreto de Urgencia N° 121-2009 para la mayoría de proyectos de inversión referidos. En otras palabras, las medidas facilitadoras para la aceleración del trámite y ejecución de estos proyectos de inversión ya existían de acuerdo con el Decreto de Urgencia N° 121-2009, razón por la cual puede afirmarse que los nuevos Decreto de Urgencia N° 001-2011 y 002-2011, se limitan a reiterar la sujeción a esas condiciones por parte de los proyectos referidos a incluir nuevos proyectos de inversión entre aquellos" (énfasis añadido).

22. Como ya se ha indicado, el Decreto de Urgencia N° 001-2011 estableció un régimen especial para facilitar la promoción de la inversión privada en los proyectos de inversión indicados en su artículo 2°. Por su parte, el Decreto de Urgencia N° 002-2011 sólo modifica dicho artículo para incluir más proyectos de inversión, llegando éstos a totalizar 33. Para el emplazado, la promoción de la inversión privada que se busca con tales medidas de facilitación —que se vienen dictando a raíz la crisis financiera internacional ocurrida en 2008, para la cual se expidió el Decreto de Urgencia N° 047-2008— ha demostrado ser un mecanismo dinamizador de la economía nacional por el alto impacto de tales proyectos en la generación de empleo y en la competitividad del país.

Es decir, según el emplazado la crisis financiera internacional del año 2008 justifica que se continúe con el dictado de medidas de facilitación de la inversión privada en determinados proyectos, indicados en el artículo 2° del Decreto de Urgencia N°



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

001-2011 (modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2011), debido al mecanismo dinamizador de la economía que éstos pueden significar. Corresponde, entonces, comprobar si estos argumentos justifican el recurso a una norma excepcional como el decreto de urgencia.

23. A este fin, conviene recordar los antecedentes de los impugnados Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011, que el emplazado señala que son el Decreto de Urgencia N° 047-2008 y el Decreto de Urgencia N° 121-2009.

a) El Decreto de Urgencia N° 047-2008, publicado el 18 de diciembre de 2008, señaló en sus considerandos lo siguiente:

“Que, la crisis financiera internacional viene limitando los procesos de inversión a nivel global;

Que, a pesar que los indicadores macroeconómicos del país reflejan una sólida posición en comparación con otros países, es inevitable que los efectos de la crisis financiera internacional, dado su carácter global, afecten el desarrollo del aparato productivo del Perú;

Que, las asociaciones público privadas y las concesiones de obras públicas de infraestructura han demostrado ser mecanismos dinamizadores de la economía nacional por su alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país;

Que, dentro del contexto antes descrito resulta imprescindible adoptar medidas extraordinarias en materia económica y financiera que permitan minimizar los riesgos de afectación del aparato productivo nacional, a través del impulso decidido al desarrollo y ejecución de proyectos de inversión a través de asociaciones público privadas y concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos”.

En atención a lo anterior, el Decreto de Urgencia N° 047-2008 dictó medidas de facilitación, “dentro del contexto de la actual crisis financiera internacional” (artículo 1º), para doce proyectos considerados “esenciales para la competitividad y desarrollo del país” (*ibid.*), indicados en su artículo 2º.

b) Por su parte, el Decreto de Urgencia N° 121-2009, publicado el 24 de diciembre de 2009, indicó en su parte considerativa:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLENO	
FOJAS	230



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

“(…)

Que, la promoción de la inversión privada de proyectos, asociaciones público privadas y concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos han demostrado ser mecanismos dinamizadores de la economía nacional por su alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país;

Que, si bien es cierto el país ha venido superando los efectos de la referida crisis financiera internacional, es necesario adoptar medidas extraordinarias en materia económica y financiera que permitan retomar el crecimiento económico a los niveles anteriores a la crisis;

Que, en tal virtud se hace necesario priorizar para el año 2010 la promoción de la inversión privada de nuevos proyectos de inversión, asociaciones público privadas y concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, extendiendo a favor de éstos los alcances de las medidas adoptadas a través del Decreto de Urgencia N° 047-2008”.

En razón de lo expuesto, el Decreto de Urgencia N° 121-2009 dictó medidas facilitadoras para 23 proyectos de inversión (con la modificación introducida por el Decreto de Urgencia N° 039-2010).

- c) A su turno, el ahora impugnado Decreto de Urgencia N° 001-2011 señala en su parte considerativa:

“(…)

Que, la experiencia recogida durante la ejecución de los procesos de promoción de la inversión privada, impulsan la necesidad de evaluar las normas vigentes con el objeto de contar con una normativa que permita viabilizar los procesos con mayor celeridad y con menores trámites, teniendo en consideración que es de significativa importancia para el Perú promover la inversión privada en todos los ámbitos de la actividad económica nacional, como política de Estado, creando nuevas fuentes de empleo, descentralizando y mejorando los ingresos fiscales, así como la producción eficiente de bienes y servicios;

Que, lo indicado en el considerando anterior se sustenta además en un escenario en que la incertidumbre sobre la evolución de la economía mundial, donde subyacen riesgos, no permite descartar escenarios de baja probabilidad pero con un alto impacto sobre la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

actividad económica, siendo por ello necesario establecer medidas extraordinarias en materia económica y financiera, con el objeto de culminar la adjudicación de determinados proyectos de inversión que cuentan con un nivel de avance sustancial. En este sentido, es prioritario facilitar determinados proyectos de inversión que por su importancia se requiere adjudicar en el corto plazo, lo que impone una serie de importantes retos de política pública para los próximos años, exigiendo la adopción inmediata de medidas extraordinarias que deben involucrar incluso la disminución de costos innecesarios, sin que se afecte la transparencia en que esos proyectos deben ejecutarse”.

Con tales consideraciones, el citado Decreto de Urgencia otorga las referidas medidas facilitadoras para 30 proyectos de inversión, que luego aumentan a 33 debido a la modificación realizada a su artículo 2º por el Decreto de Urgencia N° 002-2011 también impugnado por la presente demanda.

24. Como puede apreciarse, si bien con el Decreto de Urgencia N° 047-2008 podría haberse justificado el dictado de medidas extraordinarias de facilitación de la inversión privada en determinados proyectos por la crisis financiera internacional de ese año, casi tres años después este Tribunal no encuentra justificado este argumento. Es decir, el haberse advertido hace casi tres años (como lo demuestra el Decreto de Urgencia N° 047-2008) la situación (crisis financiera internacional) en la que pretenden sustentarse los decretos ahora impugnados, hace que no resulte imprevisible y extraordinaria la situación que se intentaría revertir con tales decretos, por lo que no se cumple con el presupuesto habilitante de **Excepcionalidad** para la expedición de decretos de urgencia. Más aún si se tiene en cuenta que en el Decreto de Urgencia N° 121-2009 —antecedente, según hemos visto, de los decretos ahora impugnados— se señala que “*el país ha venido superando los efectos de la referida crisis financiera internacional*” (tercer párrafo de su parte considerativa).

Abona a este criterio el hecho de que, el propio Poder Ejecutivo en el Decreto de Urgencia N° 001-2011 (tercer párrafo de su parte considerativa) ya ni siquiera hace referencia a la “*crisis financiera internacional*”, como lo hacía en los antecedentes Decretos de Urgencia N°s 047-2008 y 121-200, sino a una genérica “*incertidumbre sobre la evolución de la economía mundial*”, relativizando además el posible riesgo para la actividad económica nacional, pues señala expresamente que esto es un escenario de “*baja probabilidad*”, todo lo cual no justifica recurrir a un mecanismo como el decreto de urgencia, reservado para enfrentar situaciones excepcionales (por extraordinarias e imprevisibles).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

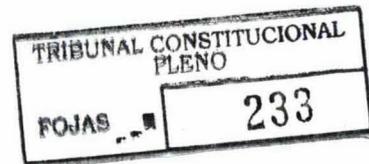
Durante ese período de casi tres años, si el Ejecutivo consideraba de gran importancia para el desarrollo económico del país las medidas de facilitación (con mayor celeridad y menores trámites) de la inversión en los proyectos mencionados en los decretos impugnados, pudo haber presentando al Congreso de la República (inclusive con carácter de urgencia, al amparo del artículo 105º de la Constitución) los proyectos de ley que juzgara necesarios o legislar al respecto por delegación de facultades legislativas (artículo 104º de la Constitución), y no recurrir, año a año, al empleo de una medida de excepción como el decreto de urgencia e incluyendo en cada oportunidad más proyectos dentro del régimen excepcional de mayor celeridad y menores trámites.

25. Asimismo, el Tribunal advierte que el emplazado no justifica los decretos de urgencia en razón del daño que podría ocasionar recurrir al procedimiento legislativo parlamentario, sino simplemente en el menor impacto que tendrían los proyectos de inversión en la economía nacional en caso se esperara la aprobación de leyes por el Congreso. Por ello, el Tribunal es de la opinión que no se ha justificado de manera suficiente el presupuesto habilitante de la *Necesidad* de los decretos de urgencia impugnados.
26. Por lo demás, el alto impacto en la generación de empleo y en la competitividad del país que pueden tener determinados proyectos de inversión, para los que se vienen dando medidas para facilitar su promoción desde 2008, sería un objetivo deseable más allá de cualquier crisis financiera internacional, por lo que en todo caso, para la búsqueda de esa finalidad el Ejecutivo pudo recurrir a los procedimientos constitucionales ordinarios de reforma legislativa y no al procedimiento extraordinario y excepcional de emitir decretos de urgencia, que a casi tres años de haberse advertido la crisis financiera internacional (según consta en el Decreto de Urgencia N° 047-2008) no pueden encontrar justificación en ella, por no ser ya una circunstancia extraordinaria ni imprevisible.

Por el contrario, con el proceder que el Poder Ejecutivo ha venido mostrando al expedir sucesivos decretos de urgencia (a partir del Decreto de Urgencia N° 047-2008) con medidas facilitadoras para determinados proyectos de inversión, da la impresión de haber adquirido la práctica de, año a año, ir reiterando tales medidas de excepción e incluir nuevos proyectos, evitando los mecanismos ordinarios de modificación legislativa previstos en la Constitución, desvirtuando así el ejercicio de las facultades legislativas del Poder Ejecutivo mediante decretos de urgencia, en clara vulneración del equilibrio de poderes, según se ha sustentado en el fundamento 14, *supra*, y del deber del Ejecutivo de cumplir y hacer cumplir las leyes, conforme al artículo 118º, inciso 1, de la Constitución.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00004-2011-PI/TC
25 % DEL NÚMERO LEGAL DE
CONGRESISTAS

27. Del mismo modo, las medidas adoptadas por el Decreto de Urgencia N° 001-2011 y consecuentemente por su modificatoria contenida en el Decreto de Urgencia N° 002-2011, no cumplen con el presupuesto habilitante de *Transitoriedad*. Ello debido a que mientras que en el Decreto de Urgencia N° 001-2011 se señala que éstas tendrán vigencia “*hasta el 31 de diciembre de 2011*” (artículo 6°), el Poder Ejecutivo al contestar la demanda afirma que “*las medidas facilitadoras para el trámite o ejecución de estos proyectos (de inversión) cesará cuando estos sean finalmente adjudicados*”, lo cual arroja incertidumbre para este Tribunal sobre la transitoriedad de las medidas dispuestas por el referido Decreto, apreciándose más bien un carácter indefinido, pues dichas adjudicaciones podrían no producirse el presente año, lo cual podría dar lugar a nuevos decretos de urgencia fundados en la falta de adjudicación de determinados proyectos de inversión, situación que, por lo demás, no podría presentarse como extraordinaria e imprevisible para justificar un decreto de urgencia, pues ya ha ocurrido en otras ocasiones, como lo prueba que los proyectos mencionados en los Decretos de Urgencia N°s 047-2008, 121-2009 y 001-2011 (modificado por el Decreto de Urgencia N° 002-2011) en algunos casos sean los mismos.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda inconstitucionalidad; en consecuencia, inconstitucionales los Decretos de Urgencia N°s 001-2011 y 002-2011.
2. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda en lo que respecta al literal a) del numeral 5.3 del artículo 5° del Decreto de Urgencia N° 001-2011, al haber sido derogado por el Decreto Supremo N° 005-2011 antes de la interposición del presente proceso, sin perjuicio de lo indicado en el fundamento 13, *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

ÁLVAREZ MIRANDA
VERGARA GOTELLI
BEAUMONT CALLIRGOS
CALLE HAYEN
ETO CRUZ
URVIOLA HANI

Lo que certifico:

ANDRÉS ALZAMORA
SECRETARIO RELAT