



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de noviembre de 2014, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Blume Fortini; Sardón de Taboada, en reemplazo del magistrado Ramos Núñez por encontrarse de licencia; y Ledesma Narváez, pronuncia la siguiente sentencia.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Medifarma S.A., representada por su abogado don Carlos Rodríguez Manrique, contra la resolución de fojas 748, su fecha 22 de octubre de 2013, expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 23 de marzo de 2010, la recurrente, representada por su apoderado judicial don Enrique Arturo Klein Bracamonte (fojas 318), interpone demanda de amparo en contra el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) y el Ministerio de Salud (Minsa), con citación de sus respectivos procuradores, así como en contra del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (Osce) y el Seguro Social de Salud (Essalud), con el objeto de que:

- a) Se inaplique el pronunciamiento emitido por el Osce titulado "Precisión sobre bonificación del 20% adicional" que se sustenta en el Oficio 616-2009-EF/13.01 y el Informe 662-2009-EF/60.01, de manera que a la actora se le aplique la bonificación precitada, de manera adicional al puntaje obtenido por las propuestas técnicas y económicas que presenten en los procesos de selección para contratar con el Estado, conforme a la Ley 27143 y sus modificatorias, las Leyes 27633 y 28242, especialmente en los procesos que desarrollen el Minsa y Essalud; y,
- b) Se disponga que las salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, órgano del Osce, en los procedimientos administrativos en los que la actora participe como impugnante o tercero administrado con legítimo interés, en su condición de adjudicatario de la buena pro en los procesos de selección para contratar con el Estado, evalúe y califique sus propuestas aplicando el beneficio del 20% a que se hace referencia, por la postura de bienes elaborados dentro del territorio nacional, conforme a la legislación precitada, y al Decreto Supremo 003-2001-PCM.

En ese sentido, refiere como actos lesivos a sus derechos constitucionales, primero, el pronunciamiento del Osce del 4 de mayo de 2009 a través de su página web institucional, titulado "Precisión sobre bonificación del 20% adicional", en el que se expone que conforme al artículo 4 del Decreto Supremo 184-2008-EF,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la bonificación del 20% sobre la sumatoria del puntaje obtenido por la propuesta técnica y económica no resulta aplicable; y, en segundo lugar, el Oficio 616-2009-EF/13.01 de la Secretaría General del MEF, así como el Informe 662-2009-EF/60.01 de la Oficina de Asesoría Jurídica de dicho ministerio, publicados también en la página web del Osce, en la fecha precedentemente indicada. Refiere, además, que los actos considerados como vulneratorios de sus derechos son continuados y afectan su derecho constitucional a la igualdad ante la ley, así como a la igualdad de oportunidades en materia económica, previstos ambos en los artículos 2, inciso 2, y 59 de la Constitución, respectivamente.

Alega que mediante la Ley 27143, Ley de Promoción Temporal al Desarrollo Productivo Nacional, se estableció que, para los efectos del artículo 31 de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en los procesos de adquisición de bienes por el Estado y para el otorgamiento de la buena pro debía aplicarse una bonificación del 10% adicional a la sumatoria de la calificación técnica y económica obtenida por las posturas de bienes elaborados dentro del territorio nacional, conforme al reglamento de la materia; este porcentaje fue aumentado al 15% mediante el Decreto de Urgencia 064-2000, incorporando, en su ámbito de aplicación, a los servicios y hasta el 30 de julio de 2001; hasta el 30 de julio de 2002 mediante el Decreto de Urgencia 083-2001. Posteriormente, la Ley 27633 incrementó la bonificación al 20% y amplió su vigencia hasta el 30 de julio de 2005; fecha en que la Ley 28242, complementaria a la Ley 27143, amplió indefinidamente la vigencia de la Ley 27143. Refiere también que la Ley 27143 fue impugnada ante el Tribunal Constitucional, el que declaró infundada la demanda, en todos sus extremos.

Finalmente, refiere que, el 4 de junio de 2008, se publicó el Decreto Legislativo 1017, que aprobó la nueva Ley de Contrataciones del Estado, cuya Disposición Derogatoria Única derogó expresamente la Ley 26850, así como todas las demás que se opongan a aquella, lo que ha sido interpretado por el Osce, conforme a la publicación realizada en su página web el 4 de mayo de 2009, en el sentido que la bonificación del 20% ya no resulta aplicable. También la Secretaría General del MEF, mediante Oficio 616-2009-EF/60.01 al que acompaña el Informe 662-2009-EF/60.01 de la Jefatura de la Oficina de General de Asesoría Jurídica, refiere que la citada bonificación carece de amparo legal, lo que es precisado en el informe citado, en el sentido que la bonificación no puede ser otorgada debido a que su aplicación estaba supeditada al artículo 31 de la Ley 26850, que se encuentra derogado. Sin embargo, mediante Oficio 079-2010/PRE-DTN del 17 de febrero de 2010, el Presidente Ejecutivo del Osce expuso que si bien el Decreto Legislativo 1017 no derogó la Ley 27143, generó controversias respecto de la posibilidad de aplicar la indicada bonificación, dada la derogación de la Ley 26850 a la que hacía referencia el artículo único de la Ley 27143 y que, mediante la Opinión 016-2009/DTN, OSCE, se pronunció respecto de la aplicación de la bonificación citada y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

señaló, además, que resultaba conveniente una precisión normativa sobre el particular.

La procuradora pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Economía y Finanzas dedujo la excepción de incompetencia, puesto que la materia demandada debía ser discutida en la vía del proceso contencioso-administrativo (fojas 356). Al contestar la demanda, solicita que aquella sea declarada improcedente o infundada; en primer término, porque lo demandado carece de sustento constitucional directo, conforme a lo establecido en el artículo 38 del Código Procesal Constitucional, más aún cuando la pretensión del demandante está dirigida a que se mantenga un supuesto derecho que derivaría de la aplicación de una norma legal para mantener una situación de privilegio. De otro lado, indica que el Artículo Único de la Ley 27143, luego de las modificaciones introducidas tanto por el Decreto de Urgencia 064-2000 como por la Ley 27633, implica que la bonificación del 20% estaba supeditada a la existencia del artículo 31 de la Ley N.º 26850, el que ha sido derogado por el Decreto Legislativo 1017 cuando se derogó la Ley 26850, no siendo posible la aplicación de una norma derogada, ni existe vacío o deficiencia legal que deba ser suplida por el órgano jurisdiccional. Además, la administración pública, en tanto sujeta al principio de legalidad, no está facultada para otorgar beneficios que se encuentren previstos expresa y taxativamente en una norma legal.

El 3 de junio de 2010, la procuradora pública adjunta a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud (fojas 370), solicita la extromisión del Minsa, pues si el acto administrativo que se cuestiona ha sido emitido por un órgano administrativo diferente o distinto a su representada, aquella no tiene porque ser parte del presente proceso.

El 7 de junio de 2010, el procurador público ad hoc del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (Osce) contesta la demanda y solicita que sea declarada infundada o improcedente; en el primer caso porque debe entenderse que la Ley 27134 fue derogada por el Decreto Legislativo 1017, que se aparta de toda asignación de bonificación o beneficio a los postores, más aún si la Sexta Disposición Complementaria Final establece que

En aquellas contrataciones que se encuentren bajo el ámbito de tratados u otros compromisos internacionales, que impliquen la aplicación de los Principios de Trato Nacional y No Discriminación, las Entidades contratantes deberán conceder incondicionalmente los bienes, servicios y proveedores de la otra parte, un trato similar o no menos favorable que el otorgado por la normatividad peruana a los bienes, servicios y proveedores nacionales, de conformidad con las reglas, requisitos, procedimientos establecidos en la presente norma, su Reglamento y la normatividad de la materia.

De otro lado, en cuanto a que se declare la improcedencia de la demanda, alega que lo peticionado no es un derecho consagrado constitucionalmente.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

El mismo 7 de junio de 2010, el apoderado judicial del Seguro Social de Salud (Essalud) contesta la demanda (fojas 402) y refiere que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos establece que el Estado peruano se abstendrá de otorgar beneficios especiales a favor de los nacionales, lo que ha sido reiterado en los tratados de libre comercio con Canadá y, en menor medida, con China, de modo que aún si la Ley 27143, hubiera estado vigente, habría quedado sin vigencia por lo dispuesto en dichos tratados y en el Decreto Legislativo 1035. De otro lado, considera que la derogación de la Ley 27143, y sus modificatorias o complementarias, opera tácitamente al derogarse la Ley 26850, pues dichas normas establecían el beneficio de la bonificación del 20% en aplicación del artículo 31 de la Ley 26850, norma que ha sido derogada. En ese sentido, también expone que los derechos fundamentales, que se afirma han sido lesionados, no guardan relación con la materia controvertida; por el contrario, colisionan y son contradictorios al derecho a la igualdad. Además, dedujo la excepción de incompetencia.

El Noveno Juzgado Constitucional de Lima, mediante resolución del 6 de junio de 2012 (fojas 617), declaró improcedente la solicitud de extromisión procesal formulado por la procuraduría pública del Ministerio de Salud, infundadas las excepciones y fundada la demanda, por considerar que aunque la Ley 26850 ha sido derogada expresamente por el Decreto Legislativo 1017, ello no ha ocurrido con la Ley 27143; además, considera que por sentencia del 19 de marzo del 2012, la Séptima Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en un proceso de acción popular, ha declarado la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del pronunciamiento del Osce cuestionado en autos, por lo que es factible que se aplique a la actora la bonificación del 20% adicional sobre la sumatoria del puntaje obtenido por las propuestas técnicas y económicas que presente en los procesos de selección para contratar con el Estado, conforme a la Ley 27143 y sus modificatorias y demás normas complementarias y reglamentarias, en tanto que la Ley 27143 se encuentra vigente y es constitucional.

La sala revisora confirmó la apelada en el extremo que desestima la excepción de incompetencia y la revoca en el extremo que resolvió declarar fundada la demanda e inaplicable el pronunciamiento del Osce en relación a la precisión sobre la bonificación del 20% adicional, y que dicha bonificación le sea aplicable a la actora; reformándola, declara infundada la demanda, por entender que a) el Decreto Legislativo 1017 derogó la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como se aprecia de la Sexta Disposición Complementaria y Final, la que si bien no suprime a la Ley 27143, su objeto deja de tener sentido al derogarse la ley que complementa; b) la extinción de la norma acotada ha sido corroborada por el artículo 4 del Decreto Legislativo 1035 que aprueba la Ley de adecuación al Acuerdo sobre las medidas en materia de Inversiones relacionadas con el comercio de la Organización Mundial de Comercio, que derogó los artículos 1 a 5, 7 y 8 de la Ley 28242, así como toda norma modificatoria o complementaria y reglamentaria de esta, pues su objeto es mejorar la competitividad en diversos



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

sectores económicos y promover la inversión privada eliminando las barreras al comercio que afecta la competencia para lograr una mayor eficiencia en la toma de decisiones comerciales. Refiere que es compatible con la Resolución Legislativa 28766 que aprueba el Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos; c) dentro del marco del acuerdo binacional indicado, mediante Ley 29157 se otorgaron facultades de legislar al Poder Ejecutivo, expidiéndose los Decretos Legislativos 1017 y 1035, que derogaron la Ley 26850 y la Ley 28242, respectivamente, y cerraron toda posibilidad de ventaja o preferencia existente hasta ese entonces a favor de las empresas nacionales; d) conforme a lo expuesto, la Ley 27143 ha sido derogada tácitamente al resultar incompatible con la normatividad actual que regula la participación igualitaria en los procesos para contratar con el Estado, evidenciándose que la actora pretende la aplicación ultractiva de la aludida norma; y, e) la sentencia que declara fundada la acción popular, que en copia corre a fojas 583 y siguientes, no es vinculante al presente caso, pues no tiene la calidad de cosa juzgada, por lo que no resulta efectuar su análisis.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. El objeto de la presente demanda es que se inaplique a la actora el pronunciamiento emitido por el OSCE titulado "Precisión sobre bonificación del 20% adicional" que se sustenta en el Oficio 616-2009-EF/13.01 y el Informe 662-2009-EF/60.01, de manera que a la actora se le aplique la bonificación precitada, de manera adicional al puntaje obtenido por las propuestas técnicas y económicas que presenten en los procesos de selección para contratar con el Estado, conforme a la Ley 27143 y sus modificatorias, las leyes 27633 y 28242; y, como consecuencia de ello, que las salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, órgano del OSCE, evalúen y califiquen las propuestas de la actora, aplicando el beneficio del 20% en referencia.
2. Este Tribunal advierte que el debate se centra en determinar si el Artículo Único de la Ley 27143, Ley de promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional, que regula la citada bonificación, debe ser aplicada o no a la demandante, pues aquella disposición expresamente refiere que la bonificación del 20% se da en el contexto del artículo 31 de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Sobre el particular, la parte actora refiere que sí, pues la Ley 27143 no ha sido derogada y sigue vigente; por el contrario, para las entidades emplazadas, aquella ha quedado derogada, por efectos derivados del Decreto Legislativo 1017, que aprueba la nueva Ley de Contrataciones del Estado, cuya Disposición Derogatoria Única deroga expresamente la Ley 26850, así como las normas que se opongan a lo dispuesto en aquella norma.
3. Dentro de ese contexto, se alega la presunta vulneración del derecho a la igualdad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por

ENRIQUE ARTURO KLEIN

BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

ante la ley y de igualdad de oportunidades económicas, a efectos que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre si procede o no el otorgamiento precitado.

Análisis del caso concreto

4. En anteriores pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha manifestado que el contenido constitucionalmente protegido de la igualdad jurídica detenta una doble condición, de principio y de derecho fundamental. En cuanto principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye un derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la Constitución: origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o por otras que, jurídicamente, resulten relevantes (cfr. sentencia del Exp. 00045-2004-PI/TC, fundamento 20).

5. Asimismo, este Tribunal ha dejado sentado en la sentencia del Exp. 00035-2010-PI/TC, que

este derecho no garantiza que todos seamos tratados igual siempre y en todos los casos. Puesto que la igualdad presupone el trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es, hemos afirmado que su programa normativo admite la realización de tratos diferenciados. Esto último no puede confundirse con el trato discriminatorio. La cuestión de cuál sea la línea de frontera entre una diferenciación constitucionalmente admisible y una discriminación inválida fue expuesta en la STC 0045-2004-PI/TC. Allí dejamos entrever que el trato diferenciado dejaba de constituir una distinción constitucionalmente permitida cuando esta carecía de justificación en los términos que demanda el principio de proporcionalidad (FJ 31 in fine). Desde esta perspectiva, pues, el trato diferenciado deviene en trato discriminatorio y es, por tanto, incompatible con el contenido constitucionalmente protegido del derecho de igualdad, siempre que éste no satisfaga las exigencias derivadas de cada uno de los subprincipios que conforman el principio de proporcionalidad” (fundamento 28).

6. Adicionalmente a ello, cabe recordar que la determinación de la existencia de una injerencia injustificada al mandato de no discriminación resulta compleja con relación al análisis que se efectúa frente a la lesión de otros derechos fundamentales; sin embargo, dicha identificación se encuentra sujeta a un análisis de comparación, lo cual comporta un análisis del trato que se cuestiona con un objeto, sujeto, situación o relación distintos, siendo finalidad de dicho análisis identificar la existencia de supuestos iguales sometidos a consecuencias jurídicas distintas, o si se ha dado un trato semejante en situaciones desiguales. “En el juicio de igualdad, ese objeto, sujeto, situación o relación con el cual se realiza el contraste, se denomina término de comparación (*tertium comparationis*)” (sentencia del Exp. 00035-2010-PI/TC, fundamento 30).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 03374-2013-PA/TC

LIMA

MEDIFARMA S.A. Representado(a) por
ENRIQUE ARTURO KLEIN
BRACAMONTE - APODERADO JUDICIAL

7. En el presente caso, el problema planteado en autos no está relacionado a un tópico en el que el legislador, mediante la ley, haya introducido un tratamiento diferenciado, sin base objetiva y razonable, sino —como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia— a la no aplicación de una disposición legal que concedía una bonificación a la actora en los procesos de selección para contratar con el Estado.
8. Esto es, no se ha demostrado que el Osce, que es el órgano que participa en los procesos de selección para contratar con el Estado, le niegue la bonificación aludida, pero que a terceros que participan en dichos procesos, si se les conceda, de modo que no solo se carece de un elemento fáctico para proceder a evaluar la existencia de un trato discriminatorio, sino que además, la actuación de la administración aparece como uniforme en dichos procesos de selección, lo que es suficiente para rechazar la demanda, conforme a lo establecido en el artículo 2 del Código Procesal Constitucional, *contrario sensu*.
9. No obstante lo expuesto, en relación a la aplicación del Artículo Único de la Ley 27143, este Tribunal debe recordar que, en la resolución del Exp. 01082-2011-PC/TC (fundamento 6), expuso lo siguiente:

la norma legal materia de cumplimiento (artículo único de la Ley 27143) no se infiere indubitablemente un mandato vigente, cierto y claro, a favor de la Asociación demandante ya que se trata de una norma de carácter general que supedita su eficacia a otra (artículo 31 de la Ley 26850) que en la actualidad ya está derogada por la nueva Ley de Contrataciones del Estado, razón por la cual, no procede lo solicitado.

Por estas consideraciones, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

BLUME FORTINI
SARDÓN DE TABOADA
LEDESMA NARVÁEZ

Lo que certifico:

30 MAYO 2016

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL