

**Université d'Orléans**

---

**From the Selected Works of Luigi V. Santy Cabrera**

---

November, 2014

# Las operaciones de endeudamiento externo en la nueva Ley de Contrataciones del Estado: ¿una solución a la intervención de la Contraloría General?

Luigi V. Santy Cabrera, *Université d'Orléans*



Available at: <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/105/>

## Las operaciones de endeudamiento externo en la nueva Ley de Contrataciones del Estado ¿Una solución a la intervención de la Contraloría General de la República?

Luiggi V. SANTY CABRERA\*

### MARCO NORMATIVO

- Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República (23/07/2002): pássim.
- Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (04/06/2008): pássim.
- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (11/07/2014): pássim.

### I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LAS OPERACIONES DE ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

El Sistema Nacional de Endeudamiento es el conjunto de órganos, normas y procedimientos orientados al logro de una eficiente administración del endeudamiento a plazos mayores de un año de las entidades y organismos del Sector Público. Se rige por los principios de responsabilidad fiscal y sostenibilidad de la deuda<sup>1</sup>. Asimismo, la Ley Anual de Endeudamiento del Sector Público establece los montos máximos de endeudamiento externo e interno que el Gobierno Nacional puede acordar o garantizar durante un Año Fiscal, la estructura general de dicho monto, así como las disposiciones relativas a la aprobación de las operaciones de endeudamiento y de las operaciones de administración de pasivos<sup>2</sup>.

Ahora bien, la operación de endeudamiento público es el financiamiento sujeto a reembolso acordado a plazos mayores de un año, destinado a la ejecución de proyectos de inversión pública, la prestación de servicios, el apoyo a

*En el presente artículo, el autor describe los alcances normativos sobre las operaciones de endeudamiento externo en la Ley de Contrataciones del Estado, precisando las diferencias entre los contratos de préstamo y los contratos de administración de recursos. Señala también cómo se ha regulado la intervención de la Contraloría General en esta clase de operaciones y precisa que, con la reciente publicación de la Ley N° 30225, este ente sí podrá intervenir en los procedimientos de contratación que efectúen las entidades en el marco de las operaciones de endeudamiento público.*

TEMA RELEVANTE

la balanza de pagos y el cumplimiento de las funciones de defensa nacional, orden interno y previsional a cargo del Estado<sup>3</sup>. Esta operación es celebrada por una entidad del Sector Público, con una persona natural o jurídica no domiciliada en el Perú, bajo las siguientes modalidades:

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) con mención "Summa Cum Laude" mediante sustentación de Tesis. Magister en Derecho y Administración Pública, con especialidad en Derecho, Procesos Contenciosos Públicos y Contratación Pública en la Facultad de Derecho, Economía y Gestión de la Universidad de Orleans. Francia. Estudios de especialización en Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho de la Universidad de La Sorbona de París (Universidad París 1 Panteón-Sorbona), en el Centro de Investigaciones en Derecho Administrativo y en la Asociación Francesa para la Investigación en Derecho Administrativo de París. Francia. Estudios de especialización en Contrataciones Públicas en la Facultad de Derecho de la Universidad Jean Moulin Lyon III. Francia. Especialista en Derecho Público, y consultor en temas de Derecho Civil, Derecho Administrativo y en Contrataciones Públicas. Se ha desempeñado como asesor legal en la Contraloría General de la República.

1 Artículo 34 de la Ley N° 28112, Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público.

2 Artículo 38 de la Ley N° 28112, Ley marco de la Administración Financiera del Sector Público.

3 Artículo 3 de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

- a) Préstamos;
- b) Emisión y colocación de bonos, títulos y obligaciones constitutivos de empréstitos;
- c) Adquisiciones de bienes y servicios a plazos;
- d) Avales, garantías y fianzas;
- e) Asignaciones de líneas de crédito;
- f) *Leasing* financiero;
- g) Titulizaciones de activos o flujos de recursos;
- h) Otras operaciones similares, incluidas aquellas que resulten de la combinación de una o más de las modalidades mencionadas en los literales precedentes.

Asimismo, son operaciones de endeudamiento externo aquellas acordadas con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país y operaciones de endeudamiento interno, las que se acuerdan con personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país; salvo en el caso de los empréstitos a que se refiere el literal b) de este artículo, los cuales se consideran que son externos, cuando el lugar de emisión y de pago de las obligaciones esté ubicado fuera del Perú, y son empréstitos internos, cuando el lugar de emisión y pago sea en el país<sup>4</sup>. Debemos precisar que las operaciones de endeudamiento público están exoneradas de las normas

sobre contrataciones y adquisiciones del Estado<sup>5</sup>. También, las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios en el marco de operaciones de endeudamiento externo y donaciones ligadas a dichas operaciones se sujetan a lo establecido en los respectivos contratos de préstamo y de donación<sup>6</sup>. Estos contratos marco de las operaciones de administración de deuda se aprueban por decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas<sup>7</sup>.

En el presente año, se ha facultado al Poder Ejecutivo a fin de que, mediante decreto supremo refrendado por el ministro de Economía y Finanzas, apruebe un nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento, para lo cual se tienen en cuenta todas las modificaciones efectuadas a dicha Ley General<sup>8</sup>. Asimismo, mediante la Ley N° 30116, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2014, se ha modificado el último párrafo del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento con el siguiente texto: “Son operaciones de endeudamiento externo aquellas acordadas con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país y operaciones de endeudamiento interno, las que se acuerdan con personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país; salvo en el caso de los empréstitos a que se refiere el literal b) de este artículo, los cuales se

consideran que son internos cuando la ley aplicable a los títulos de deuda emitidos es la ley peruana, y son empréstitos externos, cuando la ley aplicable es distinta de la ley peruana”<sup>9</sup>.

También, bajo la misma norma, se modificó el numeral 36.1 del artículo 36 de la Ley General con el siguiente texto: “36.1 El Ministerio de Economía y Finanzas, a través de la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público, está autorizado para realizar operaciones de administración de deuda en armonía con los lineamientos contenidos en la Estrategia de Gestión Global de Activos y Pasivos. Estas operaciones no están sujetas a los límites para las operaciones de endeudamiento que fija la ley de endeudamiento del Sector Público para cada Año Fiscal, ni tienen implicancias presupuestales en el Año Fiscal que se acuerden”<sup>10</sup>.

En el mismo orden de ideas, se modificó el primer párrafo de la Décimo Séptima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley General, con el siguiente texto: “Décimo Séptima.- En el marco de lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley, el Ministerio de Economía y Finanzas está autorizado a concertar operaciones de endeudamiento que se destinen a financiar el cumplimiento de metas o a reembolsar los montos utilizados en la realización de dichas metas, siempre que su financiamiento se encuentre previsto en las leyes

4 Texto según modificación aprobada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29953, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2013, publicada el 04/12/2012. El literal h) de este numeral fue adicionado por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29627, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2011, publicada el 09/12/2010.

5 Artículo 10 de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

6 Novena Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

7 Artículo 37 de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

8 Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30116, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

9 Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30116, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

10 Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30116, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2014.

de presupuesto del Sector Público correspondientes a los años fiscales durante los cuales se ejecuta la respectiva operación de endeudamiento, por la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios<sup>11</sup>.

Ahora bien, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, en relación con los Contratos de Endeudamiento y Convenios de Cooperación Técnico Económica, señala dos supuestos<sup>12</sup>:

- Las entidades que utilicen fondos públicos provenientes de donaciones o de operaciones oficiales de crédito sujetarán la ejecución del gasto y los procesos de Licitación y Concurso a lo establecido en los respectivos Convenios de Cooperación y en los documentos anexos, así como, supletoriamente, a las disposiciones contenidas en la Ley General y las Leyes de Presupuesto del Sector Público.
- La aprobación de las operaciones de endeudamiento o cooperación técnica reembolsable y no reembolsable, que se efectúe de conformidad con la normativa vigente, debe contar previamente con la opinión favorable de la oficina de presupuesto o la que haga sus veces en la entidad responsable de la ejecución del proyecto o programa financiado en el marco de dichas operaciones,

respecto al financiamiento de las contrapartidas que se requieran; bajo responsabilidad del titular de la referida entidad.

Ahora bien, es importante precisar que en las operaciones de endeudamiento que acuerden las entidades y organismos públicos, el informe previo de la Contraloría General de la República (en adelante, Contraloría) a que se refiere el literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, debe ser emitido dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de recibido el expediente por dicho órgano de control, bajo responsabilidad del titular<sup>13 14</sup>.

## II. LA INTERVENCIÓN DE LA CONTRALORÍA EN LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y CONTRATOS DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS

En la Constitución peruana de 1993 el concepto clave en materia de competencias de la Contraloría General es el de supervisión. La Norma Suprema, en el acotado artículo 82, le encomienda la supervisión de la legalidad de la ejecución del

presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. La supervisión se distingue

de la dirección por la titularidad del objeto, que está referida a asuntos ajenos, mientras que la dirección se refiere a cosas propias<sup>15</sup>. Asimismo, la Ley N° 27785 –Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República– en su artículo 3, referido al ámbito de aplicación, señala

**Las operaciones de endeudamiento público están exoneradas de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. También, las adquisiciones y contrataciones de bienes y servicios en el marco de operaciones de endeudamiento externo y donaciones ligadas a dichas operaciones se sujetan a lo establecido en los respectivos contratos de préstamo y de donación.**

la que las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes: las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta a control deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema<sup>16</sup>.

11 Octava Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30116, Ley de Endeudamiento del Sector Público para el Año Fiscal 2014.  
 12 Artículo 68 del Decreto Supremo N° 304-2012-EF, Texto Único Ordenado de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.  
 13 Séptima Disposición Complementaria y Transitoria de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.  
 14 El literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, señala: “(...) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior (...)”.  
 15 “El ente supervisor desarrolla su función sin confundirse con la actividad de los sujetos supervisados. En cambio, el ente director comparte con los sujetos dirigidos las actividades e incluso sus consecuencias porque es un actor más del sector correspondiente. En cierta medida se confunde con esos sujetos porque estos realizan lo que él quiere e –incluso– en su grado extremo, el viejo principio según el cual nadie puede ser juez y parte. En el caso de la dirección no existe una equivalente posición de neutralidad. Tan es así que del director no se puede decir que es neutral sino que dirige correcta o incorrectamente, en cambio, del supervisor se podrá decir que es más o menos ecuaníme, neutral o imparcial”. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Las Administraciones independientes: un reto para el Estado social y democrático de Derecho*. Tecnos, Madrid, 1994, p. 4.  
 16 Artículo 3 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

Asimismo, en el artículo 4 de la misma norma, referido al control de recursos y bienes del Estado fuera del ámbito del sistema, se señala que las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, se encuentran obligadas a informar a la Contraloría General, sobre la inversión y sus resultados, derivados de la evaluación permanente que debe practicarse sobre tales recursos. Dichos recursos y bienes serán administrados por los beneficiarios de acuerdo con la finalidad o condición de su asignación, para cuyo efecto se utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico, asimismo, en sus convenios o contratos se establecerá la obligación de exhibir dichos registros ante la Contraloría General, cuando esta lo requiera. Los órganos del Sistema deberán prever los mecanismos necesarios que permitan un control detallado, pudiendo disponer las acciones de verificación que correspondan<sup>17</sup>.

Con relación al párrafo anterior, a través del Comunicado Oficial N° 05-2008-CG, en relación con la “Aplicación de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley N° 27785”, se señala lo siguiente:

“(…) La Contraloría General de la República, recuerda a las entidades sujetas a control, incluidas en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional

de Control y de la Contraloría General de la República, Ley N° 27785 que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 de dicho dispositivo, las entidades que, en uso de sus facultades, destinen recursos y bienes del Estado, incluyendo donaciones provenientes de fuentes extranjeras cooperantes, a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control, deberán tener en cuenta lo siguiente:

1. La entidad sujeta a control deberá realizar una evaluación permanente de los recursos transferidos o asignados.

2. Los destinatarios de los recursos y bienes deben administrarlos conforme a la finalidad o condición para los que fueron asignados.

3. Los destinatarios de los recursos o bienes utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico; debiéndose incluir en los Convenios la obligación de exhibir dichos registros ante la Contraloría General de la República.

4. Los órganos del Sistema podrán disponer las acciones de verificación que correspondan.

En tal sentido, las entidades que suscriban Convenios de Administración de Recursos, Costos Compartidos u otras modalidades similares incluidas en los supuestos del artículo 4, deberán

cautelar el debido cumplimiento de los aspectos mencionados (...).”.

También, en el artículo 15 de la misma Ley, en relación con las atribuciones del sistema, señala: “(...) Son atribuciones del Sistema: a) Efectuar la supervisión, vigilancia y verificación de la correcta gestión y utilización de los recursos y bienes del Estado, el cual también comprende supervisar la legalidad de los actos de las instituciones sujetas a control en la ejecución de los lineamientos para una mejor gestión de las finanzas públicas, con prudencia y transparencia fiscal, conforme a los objetivos y planes de las entidades, así como de la ejecución de los presupuestos del Sector Público y de las operaciones de la deuda pública. (...)”<sup>18</sup>.

Igualmente, conforme al artículo 22 de la mencionada Ley, son atribuciones de la Contraloría General, las siguientes:

“(…) l) Informar previamente sobre las operaciones, fianzas, avales y otras garantías que otorgue el Estado, inclusive los proyectos de contrato, que en cualquier forma comprometa su crédito o capacidad financiera, sea que se trate de negociaciones en el país o en el exterior”<sup>19</sup> (...).

Debemos precisar que este literal tiene su concordancia con el Reglamento para la Emisión de Informe Previo sobre las Operaciones de Endeudamiento y Garantías del Estado aprobado por Resolución de Contraloría N° 052- 2010-CG<sup>20</sup>.

17 Artículo 4 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

18 Artículo 15 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

19 Artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

20 Reglamento para la Emisión de Informe Previo sobre las Operaciones de Endeudamiento y Garantías del Estado

Artículo 1. - Informe previo.- El Informe Previo materia del presente Reglamento, está referido al control previo de las operaciones a que se refiere el literal l) del artículo 22 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, y tiene por propósito cautelar

### III. INAPLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LAS OPERACIONES DE ENDEUDAMIENTO PÚBLICO

Las operaciones de endeudamiento externo mediante contratos de préstamo, también tienen su referencia en el Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, que en el numeral 3.3. del artículo 3, referido al ámbito de aplicación, señala expresamente lo siguiente : “(...) La presente ley no es de aplicación para: **u)** Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones(...)”. Asimismo, dicho dispositivo legal concluye en su párrafo final que en el supuesto mencionado en el literal u), la Contraloría no podrá intervenir. Por ejemplo, conforme al citado dispositivo, la Contraloría General no podrá intervenir en los denominados “contratos de préstamos” por los cuales se ejecutan las citadas operaciones de endeudamiento externo, tal como lo señala el citado numeral 3.3, literal u) de la normativa en Contrataciones del Estado; no obstante, conforme a las normas descritas en líneas precedentes, evidenciamos que existe una contradicción entre las normas que rigen la intervención de la Contraloría en las operaciones de endeudamiento externo y la Ley de Contrataciones del Estado que excluye

a esta de las citadas operaciones de endeudamiento.

Ahora bien, mediante una interpretación literal del literal u) del numeral 3.3 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado, como norma de carácter “Especial” en materia de contrataciones del Estado, se puede entender que en el marco de un procedimiento que se efectúa según las exigencias y procedimientos particulares de un organismo internacional, estados o Entidades Cooperantes, derivada de una operación de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones, no será de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado, y además, no podrá intervenir la Contraloría en dichos procedimientos.

### IV. LOS CONTRATOS DE PRÉSTAMO Y LOS CONTRATOS DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS

El contrato de préstamo es considerado como aquel documento escrito en el cual se plasman los términos y condiciones de una operación de endeudamiento externo o interno<sup>21</sup>, y que es aprobado mediante decreto supremo, y suscrito entre la República del Perú y un organismo internacional, Estado o Entidad cooperante; asimismo, dichos préstamos son destinados a financiar inversiones para el mejoramiento y reforzamiento de

la infraestructura de los proyectos a realizar, tales como programas de apoyo en la reforma del sector salud, entre otros. Es importante señalar que el Ministro de Economía y Finanzas es el Gobernador Titular de la República del Perú ante el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF)<sup>22</sup>.

Ahora bien, se debe señalar que los convenios o contratos

de administración de recursos celebrados por las entidades con organismos internacionales implican la transferencia de fondos públicos a un organismo internacional para que este lleve a cabo las tres etapas de las contrataciones públicas: **i)** actos preparatorios, **ii)** proceso de selección y **iii)** ejecución contractual<sup>23</sup>.

Originalmente, la Séptima Disposición Final de la Ley N° 28411, Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, hacía referencia a las formalidades que debían observarse para la celebración de convenios de administración de recursos, costos compartidos, u otras modalidades similares; sin embargo, esta disposición fue modificada por la Vigésima Quinta Disposición Final de la Ley N° 28927, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007, suprimiéndose toda referencia a la celebración de convenios de administración de recursos. En

**La Ley N° 30225 elimina la realización de convenios de colaboración con organismos internacionales para la realización de actos preparatorios y/o procesos de selección, salvo los convenios de administración de recursos.**

que dichas operaciones cuenten con la documentación sustentatoria respectiva y las opiniones favorables de las unidades orgánicas o entidades competentes en los aspectos técnicos, financieros y legales que correspondan.

Artículo 2.- Objeto y alcance.- El objeto del presente Reglamento es establecer un marco normativo que regule el trámite al que deben someterse las solicitudes de emisión del Informe Previo que se presenten ante la Contraloría General de la República (en adelante, la Contraloría), en el caso de operaciones que comprometan el crédito o la capacidad financiera del Estado a que se refiere la norma legal citada en el artículo anterior.

21 Decreto Supremo N° 043-99-EF, Aprueban Directiva que establece el Procedimiento de Aprobación y Recuperación de las Honras de Aval.

22 Artículo 57 de la Ley N° 28563, Ley General del Sistema Nacional de Endeudamiento.

23 Opinión N° 066-2010/DTN, Opinión N° 015-2011/DTN.

adelante, la autorización para celebrar estos convenios sería establecida en las Leyes de Presupuesto del Sector Público; o, excepcionalmente, en leyes específicas; tal como señalaremos en los siguientes párrafos.

Con relación a los convenios de administración de recursos, las normas presupuestarias del año 2010 al 2014, hemos observado una continua referencia a estos. Asimismo, la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010, estableció que el Seguro Social de Salud (EsSalud) durante el Año Fiscal 2010 podrá suscribir convenios de administración de recursos, compartidos u otras modalidades similares, con organismos o instituciones internacionales, para encargarles la administración de sus recursos, los mismos que se aprobarán por acuerdo de su consejo directivo (...) <sup>24</sup>.

Otro ejemplo en materia presupuestaria, es la Ley N° 29626, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2011, que autorizó a la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida) a suscribir los citados convenios de administración de recursos.

Asimismo, la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012, autorizó por excepción al Ministerio de Salud, durante el Año Fiscal 2012, para celebrar convenios de administración de recursos (...) Asimismo, la citada Ley señala que el Ministerio de Salud, bajo responsabilidad de su titular, debe proveer información de forma periódica a la Contraloría

General de la República, y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) respecto a las contrataciones realizadas, sin perjuicio de la que sea solicitada por estas entidades o por el Ministerio de Economía y Finanzas <sup>25</sup>.

Además, en el marco de la Ley de Presupuesto del Año Fiscal 2012, se autorizó excepcionalmente, al Ministerio de Transportes y Comunicaciones a aprobar mediante resolución ministerial, la suscripción de un convenio de administración de recursos con la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI), a fin de garantizar y asegurar los medios técnicos y profesionales suficientes que permitan a la dirección general de aeronáutica civil cumplir adecuadamente con las actividades de su competencia <sup>26</sup> (...).

De otro lado, mediante la Ley N° 29951, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, referido al Convenio del Ministerio de Salud y EsSalud con la Organización Panamericana de la Salud y Unicef, se autorizó por excepción al Ministerio de Salud y a EsSalud, durante el Año Fiscal 2013, para celebrar convenios de administración de recursos con la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) y con el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (Unicef) (...) el Ministerio de Salud y EsSalud, bajo responsabilidad de su titular, debe proveer información de forma periódica a la Contraloría General de la República, y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) respecto a las contrataciones realizadas, sin

perjuicio de la que sea solicitada por estas entidades o por el Ministerio de Economía y Finanzas <sup>27</sup>.

Asimismo, en el marco de la misma Ley de Presupuesto correspondiente al Año Fiscal 2013, se buscó garantizar la continuidad de las actividades a cargo de los pliegos que a continuación se mencionan; y se autorizó la incorporación en su presupuesto institucional del Año Fiscal 2013 en la Fuente de Financiamiento Recursos Ordinarios, los recursos no ejecutados en el presupuesto institucional del año fiscal 2012 por la fuente de financiamiento de Recursos Ordinarios, de los siguientes pliegos: c) En el pliego Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social, para la ejecución del Convenio de Administración de Recursos que celebre con un organismo internacional, para el Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma <sup>28</sup>.

También se autorizó por excepción, durante el Año Fiscal 2013, a celebrar convenios de administración de recursos y/o adendas con organismos internacionales, a las entidades a cargo del Programa de “Fortalecimiento del Proceso de Descentralización y Modernización del Estado”, del Proyecto “Desarrollo Sostenible del Bajo Urubamba”, del Programa Nacional de Alimentación Escolar QaliWarma, de la construcción e implementación del “Gran Centro de Convenciones de Lima” (...) Las entidades comprendidas en los alcances de la presente disposición, bajo responsabilidad de su titular, debe proveer información de forma periódica a la Contraloría General de la República y al Organismo

24 Undécima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29465, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2010.

25 Vigésima Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

26 Trigésima Primera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29812, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2012.

27 Artículo 20 de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2013.

28 Quincuagésima Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2013.

Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), respecto a las contrataciones realizadas, sin perjuicio de aquella que sea solicitada por estas entidades o por el Ministerio de Economía y Finanzas<sup>29</sup>.

Finalmente, en la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2014, el Convenio del Ministerio de Salud y EsSalud con la Organización Panamericana de la Salud y Unicef, se autoriza por excepción al Ministerio de Salud y al Seguro Social de Salud (EsSalud), durante el Año Fiscal 2014, para celebrar convenios de administración de recursos con la Organización Panamericana de la Salud (OPS/OMS) (...) Asimismo, el Ministerio de Salud y EsSalud, bajo responsabilidad de su respectivo titular, deben proveer información de forma periódica a la Contraloría General de la República, y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) respecto a las contrataciones realizadas, sin perjuicio de la que sea solicitada por estas entidades o por el Ministerio de Economía y Finanzas<sup>30</sup>.

También, se ha autorizado por excepción, a celebrar convenios de administración de recursos y/o adendas con organismos internacionales, a las entidades a cargo del Programa de “Fortalecimiento del Proceso de Descentralización y Modernización del Estado”, del Proyecto “Desarrollo Sostenible del Bajo Urubamba”, de la construcción e implementación del “Gran Centro de Convenciones de Lima”, de la preparación, organización y realización de las

Juntas de Gobernadores del Grupo Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional correspondientes al año 2015, entre otros. Bajo estos términos, las entidades comprendidas en los alcances de la presente disposición, bajo responsabilidad de su titular, debe proveer información de forma periódica a la Contraloría General de la República y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), respecto a las contrataciones realizadas, sin perjuicio de aquella que sea solicitada por estas entidades o por el Ministerio de Economía y Finanzas. La presente disposición rige hasta el 31 de diciembre de 2014<sup>31 32</sup>.

Asimismo, la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, en su artículo 3, referido al ámbito de aplicación, señala que las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes: “(...) g) Las entidades privadas, las

entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren. En estos casos, la entidad sujeta

a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema (...)”. Tal como se observa, el citado artículo 3, hace referencia a los recursos y bienes del Estado que perciban o administren provenientes de entidades internacionales, por tanto, podríamos hablar de los denominados “contratos

o convenios de administración de recursos” donde sería aplicable la intervención de la Contraloría, en el referido artículo.

**En el marco de un procedimiento que se efectúa según las exigencias y procedimientos particulares de un organismo internacional, estados o entidades cooperantes, derivada de una operación de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones, no será de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado, y además, no podrá intervenir la Contraloría en dichos procedimientos.”**

#### **V. INTERVENCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL EN LA NUEVA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

La Contraloría podrá intervenir en los siguientes supuestos: **i)** las operaciones de endeudamiento público (contratos de préstamos)<sup>33</sup>; y **ii)** en los convenios de administración de recursos (contratos de administración de recursos); sin embargo, el literal u) numeral 3.3 del artículo 3 la Ley de Contrataciones del Estado, excluye a la Contraloría de intervenir en las operaciones de endeudamiento público realizados a través de contratos de préstamo.

29 Quincuagésima Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2013.

30 Artículo 22 de la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2014.

31 Décima Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2014.

32 Septuagésima Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30114, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año 2014.

33 Marco normativo mencionado en el apartado II del presente comentario.



Con relación a las contrataciones financiadas por fuentes extranjeras, es de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado en cuanto a la excepción de que la Contraloría no puede intervenir a realizar sus acciones de control sobre este tipo de contratos (contrato de préstamo); sin embargo, aún puede observarse la contradicción entre sendas normas; dado que, este principio también podría aplicarse de forma inversa; esto es, que la Contraloría pueda intervenir<sup>34</sup> bajo las normas del Sistema Nacional de Control como norma especial frente a la Ley de Contrataciones del Estado.

Con relación a lo expuesto, podemos señalar que la Contraloría General es el ente técnico rector del Sistema Nacional de Control, dotado de autonomía administrativa, funcional, económica y financiera, que tiene por misión dirigir y supervisar con eficiencia y eficacia el control gubernamental<sup>35</sup>, y a través de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control<sup>36</sup>.

Lo señalado precedentemente se encuentra en estricta concordancia

con el Reglamento de Organización y Funciones de la CGR, aprobado por Resolución Contraloría N° 016-2014-CG del 24 de enero de 2014, que en su artículo 30 con referencia a las opiniones del Departamento

**Los convenios o contratos de administración de recursos celebrados por las entidades con organismos internacionales implican la transferencia de fondos públicos a un organismo internacional para que este lleve a cabo las tres etapas de las contrataciones públicas: i) actos preparatorios, ii) proceso de selección y iii) ejecución contractual).**

Legal tienen carácter de vinculante para las unidades orgánicas de la Contraloría General de la República y órganos del Sistema Nacional de Control. Asimismo, el artículo 31 del mencionado Reglamento, señala entre las funciones del Departamento Legal: “(...) 3. Emitir opinión legal respec-

to de las consultas formuladas sobre aplicación e interpretación de la normativa que regula el Sistema Nacional de Control; (...) 4. Interpretar las disposiciones y normas referidas al control gubernamental, estableciendo los criterios jurídicos para su aplicación en la institución y en los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control (...)”.

Conforme a lo señalado en el párrafo precedente, la Contraloría puede interpretar normas que regulan su actuación de acuerdo con la Constitución Política y su Ley Orgánica<sup>37</sup>; sin embargo, nos encontramos ante una situación donde la Contraloría

debería preferir a una norma de carácter constitucional como la del artículo 82 de la Constitución Política que le asigna la función de supervisar la legalidad de la ejecución del presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos institucionales sujetas a control frente a la excepción que regula el literal u) numeral 3.3, artículo 3 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017) que prohíbe la participación de la Contraloría sobre las citadas operaciones de endeudamiento público (contratos de préstamos); sin embargo, la preferencia de la Contraloría por la norma constitucional, estaría involucrando derechos fundamentales, dado que, producto de su intervención se identificaría responsabilidad de carácter civil, penal o administrativa funcional a los presuntos funcionarios y servidores públicos que hayan sido parte de una determinada contratación a través de contratos de préstamos (operaciones de endeudamiento público). Además, la Contraloría al no ser un tribunal u órgano colegiado no podría aplicar un control difuso sobre normas<sup>38</sup>.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en la STC Exp. N° 03741-2004-PA/TC, emitida el 5 de noviembre del año 2005 “todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición

34 Artículo 5 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

35 Artículo 16 de la Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

36 Concordancia: Resolución de Contraloría N° 074-2006-CG del 10 de marzo de 2006 con respecto a que las opiniones legales que emita la Gerencia de Asesoría Técnico Legal tienen carácter vinculante para todos los órganos del Sistema Nacional de Control. Publicada el 11/03/2006.

37 Aquella que define la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución, tal como en el caso del artículo 82 referido a la Contraloría General. Ver: artículo 106 de la Constitución Política.

38 Al respecto, vide la Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional. Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional: Cuando exista incompatibilidad entre una norma constitucional y otra de inferior jerarquía, **el Juez debe preferir la primera, siempre que ello sea relevante para resolver la controversia y no sea posible obtener una interpretación conforme a la Constitución.** Los Jueces no pueden dejar de aplicar una norma cuya constitucionalidad haya sido confirmada en un proceso de inconstitucionalidad o en un proceso de acción popular. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.

infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución”. No obstante, actualmente, la sentencia emitida el pasado 18 de marzo del presente año N° 4293-2012-PA/TC, dejó sin efecto la citada STC Exp. N° 03741-2004-PA/TC, en la cual se extendía a los tribunales administrativos la facultad del control difuso frente a normas contrarias a la Constitución. Tal como se observa, se evidenciaba un problema innegable en cuanto al control por parte de la Contraloría en este tipo de contratos de préstamos (operaciones de endeudamiento público).

Si bien, el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE) no se ha pronunciado respecto a esta situación a través de sus opiniones donde se absuelve sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado; esta contradicción ha sido resuelta el 11 de julio de 2014, cuando se publicó en el diario oficial *El Peruano*, la Ley N° 30225, la nueva Ley de Contrataciones del Estado, pues tiene por finalidad establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos que se invierten y promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones de bienes, servicios y obras, de tal manera que estas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, permitan el cumplimiento de los fines públicos y tengan una repercusión

positiva en las condiciones de vida de los ciudadanos.

La anterior norma, Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 3, numeral 3.3, señalaba:

“(…) La presente ley no es de aplicación para: **u**) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones.

(…) En todos los supuestos señalados en el presente numeral, salvo el literal u), intervendrá la Contraloría General de la República (...)”<sup>39</sup>.

Y ahora, con la nueva Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 4, referido a los supuestos excluidos del ámbito de aplicación, señala actualmente lo siguiente:

“(…) La presente Ley no es de aplicación para: **f**) Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de una organización internacional, Estados o entidades cooperantes, siempre que se deriven de operaciones de endeudamiento externo y/o donaciones ligadas a dichas operaciones (...)”.

Como se observa actualmente, se suprimió la excepción dirigida a la Contraloría por la cual no podía intervenir en las operaciones de endeudamiento público (contratos de préstamos); por tanto, todos los dispositivos legales citados en el apartado II del presente comentario, no están en contradicción con la nueva Ley de Contrataciones del Estado, pues se permite la intervención de la Contraloría en esta clase de contratos.

### CONCLUSIONES

1. A partir de la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, nueva Ley de Contrataciones del Estado (la cual será a los 30 días de publicado su Reglamento), la Contraloría sí podrá intervenir en los procedimientos de contratación que efectúen las Entidades Públicas en el marco de las operaciones de endeudamiento público (contratos de préstamos).
2. La intervención de la Contraloría en los denominados contratos de Administración de recursos, se encuentra autorizada en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 2014.
3. La nueva Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, elimina la realización de convenios de colaboración con organismos internacionales para la realización de actos preparatorios y/o procesos de selección, salvo los convenios de administración de recursos.

39 Artículo modificado por el Artículo Único de la Ley N° 29873, publicada el 01/06/2012, vigente a partir del trigésimo día hábil siguiente de la publicación de la modificación del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.