

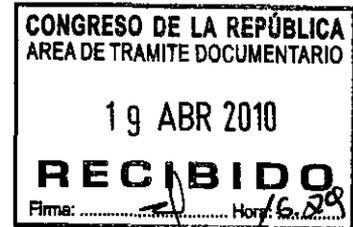


CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA

OFICIO N° 00364-2010-CG/DC

Jesús María, 16 de abril de 2010

Señor Congresista
Luis Alva Castro
Presidente del Congreso de la República
Congreso de la República
Plaza Bolívar Av. Abancay s/n - Palacio Legislativo
Lima /Lima /Lima



ASUNTO : Proyecto de Ley para el fortalecimiento del control gubernamental en la administración de recursos públicos, en el marco de convenios suscritos por entidades del Sector Público con organismos internacionales .

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en virtud a la facultad conferida a la Contraloría General de la República para presentar proyectos de normas legales conforme a lo previsto en el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, así como el literal h) del artículo 32° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República; a fin de alcanzar a vuestro Despacho un Proyecto de Ley para el fortalecimiento del control gubernamental en la ejecución de recursos públicos administrados, en el marco de convenios suscritos por entidades del Sector Público con organismos internacionales.

Al respecto, la referida propuesta legislativa busca establecer mecanismos para fortalecer el ejercicio del control gubernamental en cautela del correcto uso de los recursos estatales en los convenios de administración de recursos, costos compartidos u otras modalidades similares que las entidades del Gobierno Nacional, Regional o Local suscriban con organismos internacionales, así como en los convenios de encargo que se acuerden con dichos organismos, y, en general, en los Convenios de Cooperación y/o Contratos de Endeudamiento, propuesta que se enmarca y responde a lo señalado en el artículo 82° de la Constitución Política del Perú y la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

En ese sentido, acorde con el artículo 75° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República, se acompaña el texto del Proyecto de Ley, la exposición de motivos y el análisis costo/beneficio de la citada norma e impacto en la legislación nacional, para su consideración y trámite correspondiente.

Sin otro particular, hago propicia la oportunidad para expresarle las seguridades de mi especial consideración.

Atentamente,



Fuad Khoury Zarzar
Contralor General de la República

PROYECTO DE LEY

I. FORMULA LEGAL

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

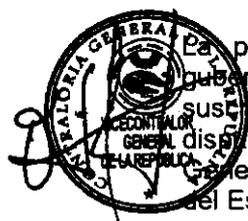
Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA,

Ha dado la Ley siguiente:

LEY PARA EL FORTALECIMIENTO DEL CONTROL GUBERNAMENTAL EN LA ADMINISTRACIÓN DE RECURSOS PÚBLICOS, EN EL MARCO DE CONVENIOS SUSCRITOS POR ENTIDADES DEL SECTOR PÚBLICO CON ORGANISMOS INTERNACIONALES

Artículo 1.- Objeto y Finalidad



La presente Ley tiene como objeto establecer mecanismos de fortalecimiento del control gubernamental respecto de la administración de recursos públicos, en el marco de los convenios suscritos por entidades del sector público con organismos internacionales, en armonía con lo dispuesto en la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, con la finalidad de cautelar la correcta aplicación de los recursos y bienes del Estado.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación



El ámbito de aplicación de la presente ley alcanza a todas las entidades comprendidas en los artículos 3° y 4° de la Ley N° 27785, que se encuentren habilitadas, de acuerdo al marco legal vigente, para celebrar convenios de administración de recursos, costos compartidos o modalidades similares.

Artículo 3.- Acreditación de los organismos internacionales y sus prestaciones



Los organismos internacionales con los cuales las entidades suscriban convenios de administración de recursos, costos compartidos o modalidades similares, deberán encontrarse acreditados en el Perú de acuerdo con las normas sobre la materia. Las prestaciones a cargo del organismo internacional se deberán circunscribir al ámbito de la finalidad y especialidad de dicho organismo.

Artículo 4.- Requisitos para la suscripción del convenio y efectos del incumplimiento de la presente ley

Para suscribir convenios que impliquen la administración de recursos, costos compartidos u otras modalidades similares, se requerirá ley expresa, así como informe previo favorable de la Oficina de Administración de la entidad sobre las ventajas y beneficios de su concertación, de la Oficina de Presupuesto en que se demuestre la disponibilidad de recursos para su financiamiento y de la Oficina de Asesoría Jurídica sobre el cumplimiento de la Ley, así como del contenido y forma del convenio. Los mismos requisitos serán de aplicación para modificar la finalidad, alcances, metas generales y objetivos, establecidos en los citados convenios.



Asimismo, el Titular de la entidad cautelará, bajo responsabilidad, que el convenio incluya las disposiciones previstas en la presente ley, bajo sanción de nulidad del convenio suscrito sin incorporarlas.

Artículo 5.- Naturaleza de los recursos y normativa aplicable

Los recursos transferidos en virtud de los convenios a que se refiere la presente Ley constituyen recursos públicos, siendo de aplicación la normativa nacional a los procesos de selección o ejecución contractual que se desarrollen en el marco de los mismos.

Los procesos de contratación deberán estar incluidos en el Plan Anual de Contrataciones de la entidad, la que registrará en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), la convocatoria de los procesos, sus resultados, los proveedores adjudicados, los montos y los contratos celebrados.



Artículo 6.- Documentación derivada de la administración de recursos.

La documentación que se genere en todas las operaciones desarrolladas para la administración de los recursos transferidos, son propiedad del Estado Peruano, por lo que la entidad pública que suscribe el convenio, es responsable de efectuar las acciones necesarias para contar en sus archivos con el respectivo acervo documentario actualizado; sin perjuicio del cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 7° de la presente ley.



Artículo 7.- Acceso a la información y documentación

La presente Ley garantiza el acceso irrestricto del Sistema Nacional de Control, a toda la información y documentación relacionada a los recursos administrados en virtud a los convenios, cualquiera sea la oportunidad en que se formule el requerimiento a las partes que los suscriben; sin afectar el acceso a la información de carácter público, según la legislación de la materia. Asimismo, brindarán información periódica al Ministerio de Economía y Finanzas y al OSCE en lo que corresponda, respecto de la ejecución de los recursos administrados, sin perjuicio de aquella que sea solicitada por estas entidades.



Artículo 8.- Control del cumplimiento de la presente ley

El Titular de la entidad, dentro de los cinco (5) días hábiles de suscrito el Convenio, o sus modificaciones, debe remitir copia del mismo al Órgano de Control Institucional; debiendo dicho órgano de control verificar el cumplimiento de la presente ley.

Los funcionarios y/o servidores públicos que incumplan las disposiciones contenidas en la presente ley asumirán las responsabilidades que correspondan.



Artículo 9.- Convenios de encargo

Las disposiciones establecidas en los artículos precedentes, son de aplicación a los convenios de encargo de proceso de selección a organismos internacionales, previstos en el artículo 6° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS

DISPOSICIONES FINALES

ÚNICA.- Modifíquese el literal t) del numeral 3.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, conforme al siguiente texto:





3.3 La presente norma no es de aplicación para:

“t) Las contrataciones realizadas en el marco de Contratos de Endeudamiento y/o Convenios de Cooperación, cuyo financiamiento sea mayor al 70% con recursos públicos provenientes de operaciones oficiales de crédito o donaciones”.



DISPOSICIÓN DEROGATORIA

ÚNICA.- Deróguese cualquier disposición que se oponga a la presente ley.





II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Antecedentes

En la actualidad existen distintos Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos o modalidades similares suscritos entre Entidades Públicas y Organismos Internacionales como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), la Organización de Estados Iberoamericanos (OEI), y la Oficina de Servicios para proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), que se han concretado en base a un marco legal generado para tal efecto en las Leyes Anuales de Presupuesto y en Decretos de Urgencia específicos, que se caracterizan por viabilizar la transferencia de recursos del Estado Peruano (pertenecientes a los presupuestos de las entidades) hacia los organismos internacionales, para fines que estos últimos los "administren", lo cual, en términos de los referidos convenios, comprende la realización de procesos de selección y/o ejecución contractual, para la adquisición de bienes, servicios u obras.

De otro lado, existe una carencia de información y control sobre los recursos públicos transferidos por las Entidades Públicas en el marco de dichos Convenios, no teniendo el Sistema Nacional de Control pleno acceso a la documentación relacionada a los recursos públicos transferidos por las Entidades Públicas a los Organismos Internacionales.

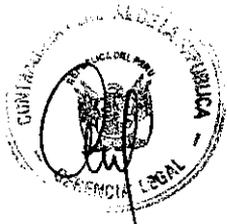
Adicionalmente, el literal t) del artículo 3.3) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, establece como un supuesto de inaplicación de la citada Ley a: "Las contrataciones realizadas de acuerdo con las exigencias y procedimientos específicos de organismos internacionales, Estados o entidades cooperantes, siempre que estén asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito", lo que permite una inaplicación genérica de las normas nacionales, aún cuando el aporte internacional o donación sea mínima en comparación a los recursos de fuente nacional que se hubieran comprometido.

Asimismo, en el artículo 6° de la Ley de Contrataciones del Estado, así como en los artículos 86° y 89° de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, se regula la posibilidad que las Entidades Públicas "encarguen" la realización de procesos de selección a organismos internacionales, posibilidad que, por tratarse de un supuesto similar, también requiere de normas adecuadas que faciliten el control gubernamental.

En ese orden de ideas, conforme al marco legal antes señalado y teniendo en cuenta la experiencia acumulada en el ejercicio del control gubernamental, se desprende la necesidad de perfeccionar la regulación nacional, para fines de permitir un control más eficaz y eficiente por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control sobre los procesos de selección y correspondiente ejecución contractual, que se desarrollan en el marco de los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos o modalidades similares suscritos entre Entidades Públicas y Organismos Internacionales, así como en los Convenios de encargo de proceso de selección con organismos internacionales y en los Convenios de Cooperación Técnico Económica y/o Contratos de Endeudamiento.

El ejercicio del control gubernamental en el marco de convenios con Organismos Internacionales

1. El artículo 82° de la Constitución Política del Perú establece que la Contraloría General de la República "(...) supervisa 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 (...)", disposición a partir de la cual se infiere que el control gubernamental se encuentra relacionado a: i) los recursos que integran el presupuesto público, y, ii) los actos de las entidades comprendidas en el Sistema Nacional de Control.





Contraloría General de la República

2. El artículo 3º de la Ley N° 27785- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, identifica las entidades comprendidas en el ámbito del Sistema Nacional de Control, precisando en el literal g) que se encuentran sujetas al mismo, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen: *"Las entidades privadas, las entidades no gubernamentales y las entidades internacionales, exclusivamente por los recursos y bienes del Estado que perciban o administren"*, supuesto en el cual se precisa que: *"En estos casos, la entidad sujeta a control, deberá prever los mecanismos necesarios que permitan el control detallado por parte del Sistema"*.
3. En función a lo antes señalado, se infiere que una entidad u organismo está comprendida en el ámbito del Sistema Nacional de Control cuando: i) se trata de una entidad privada, no gubernamental o internacional; y, ii) que perciba o administre recursos o bienes del Estado; supuesto en el cual, el ejercicio del control sigue a los recursos y bienes que tengan o hubieran tenido la condición de públicos, correspondiendo a dichas entidades establecer los mecanismos que permitan el accionar del Sistema Nacional de Control.

En dicho supuesto, la entidad privada, entidad no gubernamental o entidad internacional, al estar formalmente comprendida en el ámbito del Sistema Nacional de Control, se entiende que respecto a las mismas, el ordenamiento jurídico nacional ha optado por ejercer el control sobre las referidas entidades de manera directa y con carácter permanente en relación a los bienes y recursos del Estado que perciban o administren, encontrándose por ende obligadas al cumplimiento de las normas que regulan el control gubernamental.



4. Para el caso de las entidades que no se encuentren comprendidas en el ámbito del Sistema Nacional de Control -es decir que no se subsuman en los supuestos señalados en el artículo 3º de la Ley N° 27785 o que no hayan sido comprendidos en el ámbito del Sistema Nacional de Control por disposición legal expresa- en el artículo 4º de la Ley Orgánica se establece 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 a 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 ésta lo requiera.

Los órganos del Sistema deberán prever los mecanismos necesarios que permitan un control detallado, pudiendo disponer las acciones de verificación que correspondan."



La referida disposición, siguiendo las premisas establecidas para el ejercicio del control gubernamental, establece los criterios para el ejercicio del control gubernamental sobre los recursos y bienes del Estado, aún cuando los mismos hubieran sido destinados a: *"(...) a entidades no gubernamentales nacionales o internacionales no sujetas a control (...)"*, señalando las condiciones para la aplicación de la referida disposición, así como las obligaciones asignadas a las entidades y destinatarios de dichos recursos y bienes, y estableciendo criterios para el ejercicio del control sobre los mismos.

Tal como se puede apreciar, en el literal g) del artículo 3º y en el artículo 4º de la Ley N° 27785, se establecen disposiciones que permiten el ejercicio del control gubernamental sobre los bienes y recursos estatales que son destinados a entidades





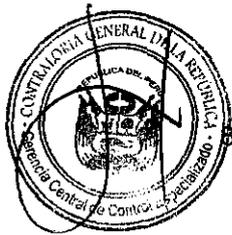
que normalmente no integran el aparato estatal, marco a partir del cual, la Contraloría General de la República ha tomado la iniciativa para promover el cumplimiento de dichas normas, mediante la emisión del Comunicado Oficial N° 05-2008-CG del 18 de enero de 2008, cuyo numeral 3 precisa que los destinatarios de los recursos y bienes utilizarán registros y/o cuentas especiales que permitan su análisis específico, estando obligadas a incluir en los convenios la obligación de exhibir dichos registros ante la Contraloría General de la República.

Las limitaciones para el ejercicio del control gubernamental en el marco de convenios con Organismos Internacionales

6. El Sistema Nacional de Control al procurar ejercer el control gubernamental sobre los recursos y bienes nacionales transferidos a los organismos internacionales, específicamente en los denominados Convenios de Administración de Recursos, no obstante las disposiciones contenidas en la Ley N° 27785, ha tenido limitaciones para acceder a la información relevante y necesaria que permita conocer la manera y resultados de la administración de los recursos transferidos, debido a que los representantes de dichos organismos, se escudan en las inmunidades y privilegios acordados por el Estado Peruano para fines de no proporcionar la información que los mismos han generado en torno a las operaciones o labores desarrolladas para la administración de los recursos o cumplimiento del encargo efectuado.



7. Se ha constatado que las entidades públicas ante la solicitud por parte de los órganos del Sistema Nacional de Control de la documentación que sustenta los procesos de selección y/o ejecución contractual desarrollados en el marco de los citados Convenios, han dado respuesta señalando que la atención de esos requerimientos debe ser efectuada por los organismos internacionales, por cuanto ellos han tenido a su cargo la administración de estos procesos. Así, ante el requerimiento de información del órgano de control institucional de la Municipalidad Metropolitana de Lima sobre cuatro obras ejecutadas en el marco de Convenios con la OIM (tres obras) y la UNOPS (una obra), el Gerente Técnico de dicha municipalidad le responde con Oficio N° 227-2008-EMAPE-GT indicándole: "(...) para manifestarle que la información requerida según su oficio de la referencia (a), corresponde ser atendida por los Organismos que administraron directamente dichas obras...".



8. Pero al recurrir a los organismos internacionales, estos no han proporcionado a los órganos del Sistema Nacional de Control la documentación y/o información requerida; así tenemos que habiendo una Comisión de Auditoría de la Contraloría General de la República solicitado al Director Regional de la Organización de Estados Iberoamericanos, con Oficio N° 060-2009-GC/ORHZ-GRHZ de 09 de setiembre del 2009, información y documentación relacionada con el Convenio Internacional N° 0054-2007, suscrito entre el Gobierno Regional de Ancash y la OEI; dicho pedido motivó que el Director de Desarrollo y Asistencia Técnica de la OEI se dirigiera al Director de Privilegios e Inmunidades del Ministerio de Relaciones Exteriores, con Oficio OEI 2450/2009 de 16 de setiembre del 2009, para solicitarle: "(...) de acuerdo a lo pactado en el literal d) del artículo XXVIII del **"Acuerdo entre la República Peruana y la Oficina de Educación Iberoamericana para el establecimiento en Lima de la Sede de la representación permanente en el Perú y sus privilegios e inmunidades"**, suscrito entre OEI y el Estado Peruano, recurrimos a su Entidad a fin que se materialice el apoyo ahí acordado, en lo que respecta a nuestra representación y sus Funcionarios.", en virtud de lo cual, la Directora General de Asuntos Legales del Ministerio de Relaciones Exteriores se dirige a la Comisión de Auditoría solicitante, con Oficio OF. RE (DGL) N° 2-6/125 de 07 de octubre de 2009, para precisarle que los funcionarios y sus bienes gozan en el Perú de inmunidad de jurisdicción, así como de inviolabilidad de sus archivos y documentación, indicándole que: "(...) resulta pertinente señalar que, la OEI es una organización internacional, regida por las normas del Derecho Internacional Público. El status de dicha organización en el Perú y la de sus funcionarios están enmarcados en el Acuerdo de Sede que suscribió con el Gobierno





Contraloría General de la República

peruano con fecha 27 de Diciembre de 1978. Según el mencionado Acuerdo de Sede dicha organización internacional, sus funcionarios y sus bienes gozan en el Perú de inmunidad de jurisdicción, así como de inviolabilidad de sus archivos y documentación”.

9. En efecto, el Estado Peruano ha suscrito Convenios de Inmunidades y Privilegios con los organismos internacionales, los que, conforme a su naturaleza y forma de relación, generan las siguientes limitaciones:

- La necesidad de respetar acuerdos internacionales que contengan normas específicas para el ejercicio de la auditoría sobre la actuación de dichos organismos.
- Las inmunidades reconocidas a los organismos y su personal, entre otros, para suministrar información o permitir el acceso a sus registros.
- La imposibilidad de identificar responsabilidades en las personas que laboran en los organismos internacionales, aún cuando los mismos se encuentren comprendidos en el ámbito del Sistema Nacional de Control, pues dicha condición no implica necesariamente que dichas personas tengan la calidad de funcionarios públicos.

10. A la problemática generada en torno a los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos o modalidades similares, se agrega la generada a partir de la incorporación en dichos documentos de cláusulas de donación, que pretenden sustraer de toda norma nacional a la ejecución de los recursos transferidos, amparados en el argumento que la indicada donación –independientemente que sea financiada con los recursos transferidos- determina la aplicación de lo señalado en el numeral 68.1 del artículo 68° de la Ley N° 28411 – Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto.



11. Asimismo, en los mencionados Convenios se establecen prestaciones a ser ejecutadas por los organismos internacionales que exceden al ámbito de la finalidad y especialidad de dichos organismos, como es el caso de adquisición de bienes, ejecución de servicios u obras, cuya naturaleza difieren de su quehacer propio. Sobre el particular, con Oficio N° 026-2009-CG/SSO-MINSA de 15 de junio de 2009, una Comisión de Auditoría formuló consulta al Ministerio de Relaciones Exteriores, respecto a si la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura – OEI esta facultada para brindar servicios de administración de recursos al sector salud y desarrollar procesos de selección para la adquisición de bienes y servicios, recibiendo respuesta del Director (e) de Tratados del citado Ministerio con Oficio OF. RE (TRA) N° 2-6/85 de 13 de Julio del 2009, mediante el cual adjunta un informe técnico legal en el que se indica : “ Por lo expuesto, si se tiene en cuenta que la Selección por Encargo es considerada como un mecanismo de cooperación y coordinación, conforme lo dispone el Estatuto de la OEI, así como los Lineamientos Técnicos antes citados, este organismo únicamente podría efectuar los contratos de selección por encargo, siempre y cuando las licitaciones públicas encomendadas a dicho organismo, tenga como fin el desarrollo de la educación, sea desde la construcción y mejora de infraestructura, hasta la capacitación de educadores y otro personal encargado en la elaboración e implementación de las políticas educativas en los Estados Parte”; lo que corrobora la necesidad de delimitar la actuación de los organismos internacionales al ámbito de su finalidad y especialidad, justificando su participación únicamente en los campos en los que cuenta con la calificación suficiente.



12. De la revisión a las páginas web de los Organismos Internacionales, tales como la Organización de Estados Americanos – OEI, se aprecia que la información consignada en torno a los procesos de selección “encargados” por entidades públicas en el marco de los antes mencionados Convenios, es incompleta en algunos casos y en otros no esta registrada. A ello se agrega, que el Ministerio de Relaciones Exteriores ha informado a la Contraloría General de la República con Oficio OF.RE (GAB) N° 2-6/36 del 22 de Marzo del 2010 que “...el Ministerio no mantiene ningún archivo o registro de los Convenios de Administración de Recursos que celebren las entidades del Poder





Ejecutivo, los Gobiernos Regionales o Locales, o los Organismos Constitucionalmente Autónomos. Asimismo, esta Cancillería no coordina su suscripción, ya que no cuenta con la competencia funcional para ello, debido a que dichos convenios no obligan a Estados, sino que involucran competencias y responsabilidades exclusivas de la entidad que los suscribe y cae por tanto, dentro de la esfera de control de cada entidad”.

- 13. A lo anteriormente señalado, se suman las denuncias públicas relacionadas a presuntas irregularidades en las operaciones de adquisición de bienes, servicios u obras, efectuadas con fondos públicos en el marco de los mencionados convenios, situaciones ante las cuales, este Organismo Superior de Control, ha intentado generar mecanismos de control en la suscripción y ejecución de este tipo de convenios, para lo cual emitió el mencionado Comunicado Oficial N° 05-2008-CG, precisando las disposiciones previstas en los artículos 3° y 4° de la Ley N° 27785, acción que sin embargo, ha resultado insuficiente, por lo que se hace necesario impulsar una propuesta legislativa orientada a permitir el efectivo ejercicio del control gubernamental sobre los recursos transferidos para su administración por los organismos internacionales, incrementando la transparencia en su ejecución y estableciendo requisitos mínimos de procedimiento y autorización para su suscripción.



La primacía de la legislación nacional en la contratación estatal

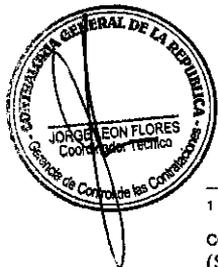
- 14. En los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos y modalidades similares, así como en los convenios de encargo de proceso de selección y acuerdos de operaciones oficiales de crédito y donaciones, suscritos con organismos internacionales, la legislación nacional permite la inaplicación general de las normas nacionales que regulan los procesos de contratación pública, específicamente de aquellas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, sus normas reglamentarias y complementarias, permitiendo que los procesos de selección y ejecución contractual relacionados a dichos acuerdos, se regulen íntegramente por las disposiciones emitidas o aplicadas en cada organismo internacional, incluso en aquellos casos en que los referidos procesos son financiados íntegramente o en buena parte por recursos de origen nacional.



- 15. Sin embargo, la inaplicación de las normas nacionales que regulan la contratación estatal, en ningún caso debería generar la renuncia a la primacía del derecho interno (sustentada en el principio de territorialidad), en los casos de acuerdos suscritos con organismos internacionales, cuando los mismos sean suscritos en territorio nacional, para el desarrollo de prestaciones que se ejecutarán en territorio nacional y sean financiadas íntegramente o fundamentalmente por recursos de origen nacional, en tanto resultan de titularidad del Estado Peruano, quien, por el principio – deber de soberanía ¹, se encuentra premunido de una inalienable y permanente autonomía que le permite generar su propio ordenamiento jurídico, para fines de disponer, ordenar y dar solución a sus propios asuntos, lo que comprende la contratación de los bienes, servicios y obras que pudiera requerir.



- 16. El principio de aplicación territorial en materia de obligaciones, aunque sea en forma supletoria, se encuentra recogido en la legislación nacional, específicamente en el numeral 2 del artículo 2058° y en el artículo 2095° del Código Civil, en que, desde la



¹ En cuanto a los principios de soberanía y territorialidad en la primacía de las normas nacionales establecidas para la contratación estatal, los mismos han sido desarrollados ampliamente por la Corte Constitucional de Colombia (Sentencia C-249/04 del 16 de marzo de 2004) en que se señala que "...el proceso evolutivo del principio de soberanía de las naciones en el concierto internacional debe entenderse ligado a la inalienable y permanente autonomía de los pueblos para darse su propio ordenamiento jurídico interno, para disponer y resolver sobre sus propios asuntos y, en general, para actuar libremente en todo aquello que no altere o lesione los legítimos derechos e intereses de otros Estados..." (FJ 2.1), precisando que "...el principio de la aplicación territorial de la ley tiene un doble contenido: i) positivo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas localizados en un territorio están sometidos a la ley de ese territorio; ii) negativo, según el cual los hechos, actos, bienes y personas no localizados en un territorio no están sometidos a la ley de este territorio..."



perspectiva de la solución de controversias, se establece que la competencia de los tribunales peruanos comprende las "...acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que deriven de contratos celebrados o de hechos realizados en dicho territorio...", mientras que, en cuanto al régimen legal aplicable, se indica que "...Las obligaciones contractuales se rigen por la ley expresamente elegida por las partes y, en su defecto, por la ley del lugar de su cumplimiento. Empero, si deben cumplirse en países distintos, se rigen por la ley de la obligación principal y, en caso de no poder ser determinada ésta, por la ley del lugar de celebración...", esquema de sometimiento a la legislación nacional que, en el caso de los organismos internacionales, es ratificado en el artículo 2072° del mismo cuerpo legal, que se precisa: "...Los Estados y demás personas jurídicas extranjeras de Derecho Público, así como las personas jurídicas internacionales de Derecho Público cuya existencia emane de acuerdos internacionales obligatorios para el Perú, pueden adquirir derechos y contraer obligaciones en el país, de conformidad con las leyes peruanas..." (el subrayado es nuestro)

- 17. En los supuestos de inaplicación señalados en el numeral 3.3 del artículo 3° de la Ley de Contrataciones del Estado - con excepción del supuesto contenido en el literal t) - se respeta el principio de aplicación territorial, por cuanto, estando dicha inaplicación referida únicamente a las normas que regulan las contrataciones estatales, no sustrae a los mencionados supuestos de las disposiciones nacionales que fueran aplicables en cada caso (para la contratación laboral, contratación de servicios de auditoría, contratación de asesoría legal, entre otros), reconociendo la aplicación de la legislación de cada país, en los casos de contrataciones efectuadas en el exterior (contrataciones con proveedores no domiciliados en el país y contrataciones de las Misiones del Servicio Exterior de la República).

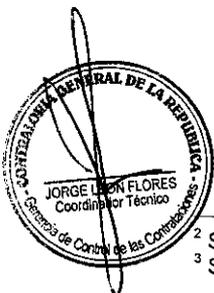


Transparencia en los procesos de contratación estatal

- 18. El artículo 76° de la Constitución Política del Perú, establece que "...Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes....", precisando que "...La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades....", preceptos constitucionales a partir de los cuales el Tribunal Constitucional ha señalado que la contratación "...tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones..." (el subrayado es nuestro)², indicando que la función constitucional de dichas disposiciones es cautelar: 1) "...que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar..."; 2) "...que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica..."; y, 3) "...respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores..."³.



- 19. En ese orden de ideas, las disposiciones constitucionales que regulan las contrataciones estatales, imponen la necesidad de contar con un procedimiento adecuado, premisa que, en el ámbito de la función administrativa y por principio de legalidad, precisa de la configuración y aplicación de normas legales de habilitación y procedimiento, en que, además, debido a la peculiar exigencia del régimen de contratación pública, se permita y fomente la transparencia de las operaciones desarrolladas, como presupuesto necesario e indispensable para la labor de control,



² STC 0020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004 (FJ 11)

³ STC 0020-2003-AI/TC del 17 de mayo de 2004 (FJ 12)



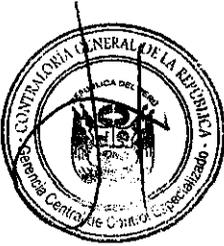
Contraloría General de la República

sea aquella que corresponde a la ciudadanía en general, o a los órganos que ejercen la función de control, en especial, aspecto este último que ha sido resaltado por el Tribunal Constitucional, al indicar que una garantía fundamental del régimen de contratación estatal, es la intervención de la Contraloría General de la República "...a través de adecuados mecanismos de fiscalización...", por cuanto "...el objetivo constitucional de dar un uso correcto a los fondos públicos se desnaturaliza totalmente cuando no se presentan adecuados procesos de control y fiscalización..."⁴.

En esta línea de argumentación, resulta apropiado hacer mención al criterio jurisprudencial construido por la Corte Constitucional de Colombia, - a partir de una demanda en que se discutía la posibilidad de apartarse discrecionalmente del ordenamiento jurídico nacional para someterse a legislación extranjera -, que precisa los presupuestos del régimen de contratación estatal, señalando: *"El Estatuto de Contratación Pública se edifica sobre la noción de negocio jurídico, con dos extremos que hacen parte de una misma ecuación, a saber: de un lado aparece un amplio margen de autonomía e independencia en cabeza del ordenador del gasto, y de otro, el cúmulo de responsabilidades correlativas. A esa autonomía e independencia concurre el control posterior y selectivo que le compete a los contralores, el cual retroalimenta la gestión fiscal en procura de la materialización de los fines del Estado..."*, pronunciamiento que, desde la perspectiva del derecho colombiano, no hace más que confirmar la posición, finalidades e imperiosa necesidad de asegurar el adecuado control gubernamental, en el régimen de la contratación pública.



20. En el caso de las contrataciones estatales que se sustraen a la aplicación de la legislación nacional, además de configurar un fenómeno de abstención de la función de ejecución que naturalmente corresponde a la Administración Pública, se someten los intereses del Estado Peruano a las disposiciones de los organismos internacionales, sin necesariamente asegurar la presencia de la "especial regulación" y "procedimiento peculiar" a que se hace referencia en el artículo 76° de la Constitución Política del Perú, debido a que, como se ha señalado anteriormente, el régimen de inmunidades y privilegios que se han reconocido a los organismos internacionales no permite o impone restricciones para acceder a información y ejercer el control sobre los recursos públicos que transfirieren las Entidades Públicas, lo cual, por afectar el principio de transparencia y garantía de adecuada fiscalización que rigen el régimen de contratación pública, desde una perspectiva constitucional, no resulta sustentada la inaplicación de las normas nacionales que actualmente se permite y acuerda en los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos y modalidades similares, así como en los convenios de encargo de proceso de selección y acuerdos de operaciones oficiales de crédito y donaciones, suscritos con organismos internacionales.



21. Es pertinente resaltar que la aplicación de la legislación nacional a los procesos de selección y/o ejecución contractual, especialmente en el caso de los convenios de administración de recursos, costos compartidos u otras modalidades similares, permitirá, entre otros, que la Contraloría General de la República pueda participar en el proceso de autorización previa a las prestaciones adicionales de obra y mayores gastos de supervisión, cuando los mismos superen el 15% del monto original, asegurando el control sobre la necesidad y sustento de dichas prestaciones adicionales, para fines de limitar el gasto público a lo estrictamente requerido, impidiendo el incremento injustificado y desproporcionado en los costos de las obras públicas cuya ejecución se encarga a los organismos internacionales, asegurando que se asuman las responsabilidades correspondientes y se ahorren recursos al Estado Peruano.



De esta manera se fortalecerá el ejercicio del control gubernamental en cautela del correcto uso de los recursos estatales en los procesos de contratación pública en el



marco de los convenios de administración de recursos, costos compartidos u otras modalidades similares que las entidades del Gobierno Nacional, Regional o Local suscriban con organismos internacionales, así como en los convenios de encargo de procesos de selección que se acuerden con dichos organismos y, en general, en los Convenios de Cooperación y/o Contratos de Endeudamiento, al establecer además de la transparencia del proceso y acceso a la información, la aplicación de la legislación nacional. Asimismo, de manera excepcional en el caso de las contrataciones asociadas a donaciones u operaciones oficiales de crédito, se posibilita inaplicar la legislación nacional, únicamente en aquellos casos en que los recursos provenientes de dichas donaciones u operaciones sean superiores al setenta por ciento (70%), lo que permitiría lograr el siguiente esquema:

OPERACION	ESQUEMA VIGENTE		PROPUESTA	
	Norma nacional	Normas organismos internacionales	Norma nacional	Normas organismos internacionales
Convenios de Administración de Recursos		✓	✓	
Convenios de encargo de proceso de selección		✓	✓	
Convenios de Operaciones oficiales de crédito y donaciones		✓	✓ recursos de financiamiento del organismo internacional menores o iguales al 70%	✓ recursos de financiamiento del organismo internacional superiores al 70%

Propuestas

22. En tal medida, a tenor de lo antes señalado, para fines de cautelar el ejercicio del control respecto de la administración de recursos públicos, en el marco de convenios suscritos por entidades del Sector Público, es necesaria la emisión de una Ley, que señale los requisitos mínimos para suscribir o modificar dichos acuerdos, considerando lo siguiente:

- Que los organismos internacionales se encuentren acreditados en el Perú, para asegurar que se trata de instancias reconocidas por las autoridades nacionales y se pueda tener conocimiento certero de las finalidades y alcances de su creación y funcionamiento, recogiendo y generalizando de esa manera, el requisito que actualmente se establece en el artículo 89° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para el encargo de proceso de selección.
- Que la suscripción y modificación sustancial de dichos convenios haya sido autorizada con ley expresa, contando además con los informes favorables de la Oficina de Administración, de la Oficina de Presupuesto y de la Oficina de Asesoría Jurídica de la Entidad, para fines de asegurar la conveniencia de dicha suscripción, así como la disponibilidad de los recursos presupuestales necesarios y el cumplimiento de requisitos legales establecidos, pronunciamentos que, en tanto documentos iniciales relacionados al financiamiento de los programas y proyectos a los que se encuentran relacionados los convenios, proporcionarán insumos importantes para el ejercicio del control gubernamental por resultados.

Que los recursos transferidos a los organismos internacionales, tienen y mantiene condiciones de recursos públicos, debiendo los procesos de selección y/o



ejecución contractual ser efectuados conforme a las normas nacionales, lo cual, además de asegurar la uniformidad en el tratamiento de las contrataciones estatales, permitirá asegurar los principios constitucionales que rigen la contratación estatal, a través de procedimientos adecuados y específicos, en los que primen la transparencia y los mecanismos de control, teniendo en cuenta que, por principio de territorialidad, es menester asegurar la aplicación de normas nacionales a los acuerdos suscritos en territorio nacional, para la ejecución de prestaciones en territorio nacional y que son financiados por recursos públicos.

- Que los procesos de contratación y los actos relacionados a los mismos sean incluidos en el Plan Anual de Contrataciones de cada entidad y registrados en el SEACE, para fines de cautelar la transparencia y el acceso a la información relacionada a las contrataciones públicas ejecutadas en el marco de dichos convenios, permitiendo de esa manera, asegurar el principio constitucional de transparencia que rige la contratación estatal.
- Que la documentación generada a consecuencia de las operaciones de administración de recursos son propiedad del Estado Peruano, lo que hace a la entidad pública responsable por su recopilación y conservación, estando las partes obligadas a proporcionar a los órganos del Sistema Nacional de Control toda la información y documentación que posean en relación a las actividades desarrolladas con los recursos administrados, lo que, recogiendo y sustentándose en uno de los principios del control gubernamental, coadyuvará a la oportunidad y eficacia en el ejercicio del control gubernamental; sin afectar el acceso a la información de carácter público.
- Que obligatoriamente se deberá remitir al Órgano de Control Institucional copia del convenio suscrito o sus modificaciones, para fines que dicha instancia verifique el cumplimiento de los requisitos y obligaciones antes señalados.
- Que las disposiciones establecidas para los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos o modalidades similares, también resultan de aplicación a los convenios de encargo de procesos de selección a organismos internacionales, previstos en el artículo 6° de la Ley de Contrataciones del Estado, lo que permitirá asegurar también el ejercicio del control gubernamental sobre dicha modalidad, cuando participan organismos internacionales.
- Finalmente, se incluye la modificatoria del literal t) del artículo 3.3) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, a fin de precisar que la inaplicación de la Ley comprende a las contrataciones realizadas en el marco de Contratos de Endeudamiento y/o Convenios de Cooperación cuyo financiamiento con recursos provenientes de donaciones u operaciones oficiales de crédito, sea superior al 70%.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente Proyecto de Ley propone establecer requisitos mínimos que deben cumplir las entidades públicas para suscribir válidamente o modificar los Convenios de Administración de Recursos, costos compartidos u otras modalidades similares, con el objeto de asegurar se efectúe una adecuada gestión de los recursos públicos nacionales involucrados, además de establecer la obligación de proporcionar a los órganos del Sistema Nacional de Control toda la información y documentación relacionada con los citados convenios; planteando además la primacía y aplicación de la legislación nacional a los procesos de selección y ejecución contractual que sean consecuencia de dichos convenios y, en general de aquellos convenios relacionados a operaciones oficiales de crédito y donaciones en que los recursos del financiamiento no superen el setenta por ciento (70%) del total de recursos comprometidos. Asimismo la presente propuesta comprende a los convenios de encargo de proceso de selección a organismos internacionales. De esta manera se introduce mecanismos que



Contraloría General de la República

fomentan la transparencia en las operaciones que se desarrollan en el marco de dicho convenios, fortaleciendo el control gubernamental en dichas operaciones.

IV. ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa esta orientada a cautelar la correcta utilización de los recursos del Estado, a través de la definición de los requisitos que deben cumplirse para la suscripción y/o modificación de los convenios de Administración de Recursos, costos compartidos y similares, comprendiendo también a los Convenios de encargo de proceso de selección a los organismos internacionales, estableciéndose en todos los casos la obligación de proporcionar acceso irrestricto a la información y documentación al Sistema Nacional de Control, así como precisar la normativa aplicable a los Convenios de cooperación técnico económica y/o Contratos de Endeudamiento, sin irrogar gasto alguno al Tesoro Público, dado que, por el contrario, se busca asegurar el correcto y eficiente uso de los recursos y bienes del Estado.

