

LA SUSPENSIÓN TEMPORAL DE OPERACIONES EN LAS CUENTAS BANCARIAS DE UNIDADES EJECUTORAS, COMO MEDIDA RESTRICTIVA AL SENO DE LA AUTONOMÍA ADMINISTRATIVA, PRESUPUESTARIA Y ECONÓMICA DE LOS GOBIERNOS LOCALES Y REGIONALES

Juan José Díaz Guevara¹

Fecha de publicación: 01/07/2015

SUMARIO: **I.** Introducción. **II.** Análisis: **2.1.** De las restricciones a la autonomía administrativa, económica y presupuestaria conferida a los gobiernos locales y regionales. **2.2.** De la afectación al equilibrio contractual en contratos administrativos por suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado. **III.** Conclusiones.

¹ Doctorado y Máster en Derecho, Docente de Post Grado, ex fiscal provincial anticorrupción, especialista en Derecho Penal, Administrativo, Proyectos de Inversión Pública y Contrataciones del Estado. Presidente de la Asociación Peruana de Derecho Público.

I. Introducción:

La suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado, como prerrogativa del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de su Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) se encuentra establecida en el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería aprobada por Ley N° 28693², modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30115.³

El mencionado dispositivo legal, señala que la Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) del MEF, puede proceder a la suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de aquellas unidades ejecutoras en donde surjan situaciones de conocimiento público que pongan en riesgo el adecuado uso de los fondos públicos. Ello podrá efectuarse a solicitud del titular de la Contraloría General de la República, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, o Ministerio del Interior.

Es importante señalar que la norma bajo comentario prescribe además que las entidades que soliciten la medida deben remitir dentro de los cinco primeros días hábiles de cada mes, una comunicación solicitando que se mantenga la medida de suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias. De no hacerlo en dicho plazo, la DGETP la levantará de inmediato; sin perjuicio de que se vuelva a presentar una nueva solicitud.

Finalmente el dispositivo gubernamental, establece que la DGETP queda facultada para levantar parcialmente la suspensión de las operaciones bancarias efectuada en las entidades a las que se hubiera aplicado la medida, únicamente para la atención del pago de ingresos de personal, cargas sociales, pensiones, así como obligaciones relacionadas con el Programa del Vaso de Leche u otros programas sociales.

Si bien es cierto, la mencionada potestad del MEF es una respuesta ante los serios cuestionamientos públicos a la gestión de los gobiernos regionales, (muchos de los cuales cuentan con titulares que afrontan procesos penales por delitos de corrupción de funcionarios y contra la

² Esta norma tiene como objeto establecer las normas fundamentales para el funcionamiento del Sistema Nacional de Tesorería, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 28112 - Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.

³ Ley de equilibrio financiero del presupuesto del sector público para el año fiscal 2014.

administración pública – incluso algunos afrontando medidas coercitivas personales como prisión preventiva), cabe formularnos por un lado, si ésta capacidad conferida al MEF vulnera la autonomía administrativa – presupuestaria y económica atribuida a los diferentes niveles de gobierno, y por otro, si esta prerrogativa pone en riesgo el equilibrio contractual en los contratos administrativos celebrados entre el estado y particulares.

II. Análisis:

2.1 De las restricciones a la autonomía administrativa, económica y presupuestaria conferida a los gobiernos locales y regionales:

A efectos de vislumbrar hipótesis respecto de las interrogantes formuladas, conviene en un primer plano, desnudar la naturaleza jurídica de las unidades ejecutoras. En este extremo, es importante señalar que, la unidad ejecutora, es un instituto jurídico afín al sistema presupuestal, por lo que para definirla es imprescindible recurrir al marco normativo presupuestario.

En este extremo, es importante señalar que según el artículo 6 de la Ley N° 28112, Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público, se establece que la “unidad ejecutora” constituye el nivel descentralizado u operativo en las entidades y organismos del Sector Público, con el cual se vinculan e interactúan los órganos rectores de la Administración Financiera del Sector Público, la misma que debe contar con un nivel de desconcentración administrativa que le permita:

- Determinar y recaudar ingresos.
- Contraer compromisos, devengar gastos y ordenar pagos con arreglo a la legislación aplicable.
- Registrar la información generada por las acciones y operaciones realizadas.
- Informar sobre el avance y/o cumplimiento de metas.
- Recibir y ejecutar desembolsos de operaciones de endeudamiento; y/o
- Emitir y/o colocar obligaciones de deuda.

El marco normativo expuesto señala además que, “El Titular de cada entidad propone al Ministerio de Economía y Finanzas, para su autorización, las Unidades Ejecutoras que considere necesarias para el logro de sus objetivos institucionales.”

En cuanto a la autonomía, el artículo 8° de la Ley de Bases de la Descentralización N.º 27783 la define como “(...) el derecho y la capacidad efectiva del gobierno en sus tres niveles, de normar, regular y administrar los asuntos públicos de su competencia. Se sustenta en afianzar en las poblaciones e instituciones la responsabilidad y el derecho de promover y gestionar el desarrollo de sus circunscripciones, en el marco de la unidad de la nación. La autonomía se sujeta a la Constitución y a las leyes de desarrollo constitucional respectivas”.

En este contexto, el Tribunal Constitucional, en sentencia de fecha 5 de enero de 2006 obrante en el Expediente N° 0015-2005-PI/TC, ha señalado que “en el ejercicio de la garantía constitucional-institucional de autonomía, los niveles de gobierno se encuentran vinculados por el principio de unidad del Estado, que se encuentra consagrado tanto en el artículo 43° de la Constitución, en cuanto declara que “(...) El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo, descentralizado y se organiza según el principio de separación de poderes”; como en su artículo 189°, que dispone que “El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establecen la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación”.

Sobre las dimensiones de la autonomía municipal, el Tribunal Constitucional, ha señalado que la Ley de Bases de la Descentralización ha desarrollado el contenido de cada uno de los ámbitos (político, administrativo y económico) donde se materializa la potestad autónoma. Al respecto, define:

-Autonomía política

Como la facultad de adoptar y concordar las políticas, planes y normas en los asuntos de su competencia, aprobar y expedir sus normas, decidir a través de sus órganos de gobierno y desarrollar las funciones que les son inherentes.

-Autonomía administrativa

Viene a ser la facultad de organizarse internamente, determinar y reglamentar los servicios públicos de su responsabilidad.

-Autonomía económica

Consistente en la facultad de crear, recaudar y administrar sus rentas e ingresos propios y aprobar sus presupuestos institucionales conforme a la Ley de Gestión Presupuestaria del Estado y las Leyes

Anuales de Presupuesto. Su ejercicio supone reconocer el derecho de percibir los recursos que les asigne el Estado para el cumplimiento de sus funciones y competencias.

Como se puede apreciar, el contenido institucional de la autonomía, hace referencia a la posición de niveles de gobierno en el desempeño de sus funciones, es decir, la autonomía como ejercicio bajo la propia responsabilidad del ámbito de funciones públicas conferido por el legislador, con lo que se alude a cierto grado de libertad e independencia que caracteriza la posición de la actuación de los niveles de gobierno frente a injerencias de instancias superiores.⁴

Ahora bien, en cuanto a la autonomía administrativa, “ésta implica que quien la ejerce tiene facultad para ejercer función administrativa a través de una o más de las maneras como ésta se manifiesta. En tal sentido, se ejerce autonomía administrativa cuando se reglamentan normas con naturaleza de ley, al emitirse actos administrativos (declaraciones unilaterales que producen efectos jurídicos individuales), al realizar actos de administración interna (respecto de los diferentes sistemas administrativos), al contratar administrativamente y al ejecutar materialmente”⁵.

Por otro lado, según el Glosario de Términos del Sistema de Gestión Presupuestaria del Estado aprobado por Resolución Directoral N° 007-99-EF-76.01, se considera autonomía presupuestal a la “Atribución que detentan los Pliegos Presupuestarios, para ejecutar su Presupuesto Institucional y cumplir con las Metas Presupuestarias contempladas en el mismo”.

En una conjunción de lo expuesto, podemos inferir que un pliego presupuestario o unidad ejecutora tiene autonomía administrativa – presupuestaria cuando, dentro del procedimiento de ejecución de su presupuesto institucional, puede ejecutar actos administrativos y/o de administración interna, tendientes a materializar contratos con terceros y operativizarlos, dentro de los límites de las leyes especiales, en pro de consolidar sus fines institucionales.

⁴ A mayor detalle, se recomienda revisar a **ANTONIO FAULO LORAS**, en “Fundamentos constitucionales de la autonomía local”. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

⁵ **RICARDO SALAZAR CHÁVEZ**: Municipalidades y Contratos de la Administración Pública. En Guía Maestra de la Gestión Municipal y de la Descentralización. Instituto Peruano de Gestión Municipal y Regional y Editora Jurídica Grijley. Edición 2005. Pág. 205.

Adicionalmente, es necesario sentar que, el instituto jurídico de la autonomía, es extensivo a los diferentes niveles de gobierno. En efecto la Ley N° 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo establece en su artículo 46° que “En ejercicio de la rectoría, el Poder Ejecutivo es responsable de reglamentar y operar los Sistemas Administrativos, aplicables a todas las entidades de la Administración Pública, independientemente de su nivel de gobierno y con arreglo a la Ley de Procedimiento Administrativo General. Esta disposición no afecta la autonomía de los Organismos Constitucionales, con arreglo a la Constitución Política del Perú y a sus respectivas Leyes Orgánicas”.

Asimismo la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, establece que los entes rectores, entiéndase Ministerios, tienen como competencias o funciones, entre otros “Programar, dirigir, coordinar, supervisar y evaluar la gestión del proceso y Expedir las normas reglamentarias que regulan el Sistema...”⁶; siendo así se colige que la supervisión y evaluación de la ejecución presupuestaria está a cargo del MEF.

Por otro lado, la Ley N° 27787 Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, señala que “Los Gobiernos Regionales emanan de la voluntad popular. Son personas jurídicas de derecho público, con autonomía política, económica y administrativa en asuntos de su competencia, constituyendo, para su administración económica y financiera, un Pliego Presupuestal”.

Por su parte, la Ley N° 27972 Ley Orgánica de Municipalidades, establece que “Los gobiernos locales gozan de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. La autonomía que la Constitución Política del Perú establece para las municipalidades radica en la facultad de ejercer actos de gobierno, administrativos y de administración, con sujeción al ordenamiento jurídico”.

Sin embargo el supremo interprete de la norma normarum, ha establecido en el Exp. 0007-2001-AA/TC, entre otros, que la “(...) autonomía no debe confundirse con autarquía (...)”, pues en su opinión “(...) no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema

⁶ Asimismo, mantener actualizada y sistematizada la normatividad del Sistema; Emitir opinión vinculante sobre la materia del Sistema; capacitar y difundir la normatividad del Sistema en la Administración Pública; llevar registros y producir información relevante de manera actualizada y oportuna; supervisar y dar seguimiento a la aplicación de la normatividad de los procesos técnicos de los Sistemas; promover el perfeccionamiento y simplificación permanente de los procesos técnicos del Sistema Administrativo; y, las demás que señalen las leyes correspondientes.

jurídico y político que le sirve de fundamento a este y, por supuesto, a aquel”.

En suma, en el criterio de interpretación establecido por el Tribunal Constitucional, si bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales y regionales gozan de la garantía institucional de la autonomía en materia política, económica y administrativa, y que, además, son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica que tales organismos gocen de una irrestricta discrecionalidad en el ejercicio de tales atribuciones, toda vez que, conforme al principio de unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente⁷, máxime si sus propias leyes orgánicas establecen que dichos niveles de gobierno están sujetos a las leyes y disposiciones que, de manera general y de conformidad con la Constitución Política del Perú, regulan las actividades y funcionamiento del Sector Público, así como considerando que sus competencias y funciones específicas se cumplen en armonía con las políticas y planes nacionales, emitidos por el poder ejecutivo.

Por tanto, considerando lo expuesto, somos de la opinión que la facultad de suspender temporalmente las operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado, atribuida al Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de su Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) conforme los alcances del artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería aprobada por Ley N° 28693, no vulnera la autonomía administrativa, presupuestaria, económica y administrativa atribuida a los gobiernos locales y regionales y sus unidades ejecutoras, sino por el contrario constituye una competencia funcional atribuida por ley especial (Ley N° 28693) a favor del MEF en concordancia con los principios de unidad del estado y rectoría en materia de supervisión y evaluación de la ejecución presupuestaria establecido en la Ley N° 29158 Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y el Decreto Legislativo N° 183 Ley Orgánica del MEF la cual establece entre otros que “los Organismos Públicos Descentralizados del Sector (...) se ciñen a la política general del Sector Economía, Finanzas”; siendo que por mandato de esta norma le “(...) corresponde planear, dirigir y controlar los asuntos relativos a la tributación, política aduanera, financiación, endeudamiento, presupuesto,

⁷ Para mayor detalle revisar los alcances de la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0038-2004-AI/TC.

tesorería y contabilidad, así como armonizar la actividad económica nacional”.⁸

2.2 De la afectación al equilibrio contractual en contratos administrativos por suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado:

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, define a los procesos de selección como “un procedimiento especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra”; según los parámetros normativos del mencionado reglamento, ésta etapa, concluye con el consentimiento de la entrega de la buena pro que no es otra cosa que el acto administrativo que materializa la elección del postor ganador, la fuente o puente jurídico que permite convertir al postor licitatorio en contratista del estado, status jurídico ganado luego de un proceso de evaluación riguroso; así, en palabras del Tribunal Constitucional, “la contratación estatal 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.”⁹

Por ello, el Organismo Superior de las Contrataciones del Estado - OSCE, ha señalado que, “todo esto determina que a los contratos que celebran las Entidades con los particulares se les apliquen, en primer orden, las normas del Derecho Público, y solo de manera subsidiaria o supletoria, las normas del Derecho Privado, dando lugar a una categoría típica del Derecho Administrativo, el “contrato administrativo”.¹⁰

En doctrina jurídica, el contrato administrativo, es concebido como “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el

⁸ Según modificatoria del Decreto Legislativo N° 325

⁹ Numeral 11 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004

¹⁰ Opinión N° 078-2012/DTN.

órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.”¹¹

Otros señalan que “en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.).”¹²

Es importante agregar que según Manuel María Diez los elementos del contrato administrativo son los siguientes:

- a) El elemento subjetivo: “(...) el contrato administrativo es un acuerdo de voluntades entre dos partes, de las cuales una de ellas por lo menos es un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa. La otra parte sería **una persona física o jurídica privada**, por cuanto si fuera pública nos encontraríamos frente a los contratos interadministrativos.”¹³
- b) El acuerdo de voluntades: “(...) para que exista contrato se requiere la concurrencia de dos voluntades opuestas y válidas de los sujetos que concurren a su formación. En el contrato administrativo, uno de los sujetos de la relación contractual es la administración y el otro el co contratante. El acuerdo de voluntades o consentimiento implica, entonces, una manifestación de voluntad coincidente de las partes y presupone, por un lado, la capacidad jurídica del cocontratante de la administración y por el otro la competencia del órgano estatal.”¹⁴
- c) El elemento objetivo: “El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye, obligación que tiene por contenido una prestación de dar y hacer o no hacer querida por las partes. (...) Los contratos administrativos pueden tener por objeto una obra o servicio público y cualquier otra prestación que tenga por objeto

¹¹ **MARÍA DIEZ, Manuel:** Derecho Administrativo, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

¹² Ídem, pág. 21.

¹³ Ídem, Pág. 28.

¹⁴ Ídem, Pág. 31.

el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales.”¹⁵

- d) La causa: “(...) la causa tiene carácter objetivo: es la situación de hecho que ha considerado la administración y que la determina a contratar para satisfacerla.”¹⁶
- e) La forma: “En el caso del contrato también la forma comprenderá no solamente la exteriorización del acuerdo de voluntades, sino también todas las formalidades requeridas para la formación de la voluntad administrativa y su notificación.”¹⁷
- f) La finalidad: “El último elemento del contrato administrativo es el fin. La administración persigue un fin, la satisfacción del interés general. De manera que el contrato debe ser realizado por la administración teniendo en cuenta este fin. La finalidad constituye un elemento esencial en la contratación administrativa.”¹⁸ Para Juan Carlos Cassagne, “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.”¹⁹

Adicionalmente a los elementos antes detallados, es importante resaltar una de las características más distintivas de los contratos administrativos, que es la de ser “contratos de colaboración”; al respecto, Manuel María Diez indica que: “(...) los contratos administrativos son en muchos casos contratos de colaboración y el particular actúa colaborando con la administración.”²⁰. No obstante, dicha colaboración implica el pago del precio la prestación o contraprestación al particular.

Otra de las características distintivas de estos contratos que también es importante resaltar, es que la Entidad, al actuar en ejercicio de la función administrativa y tutelando del interés público, goza de especiales

¹⁵ MARÍA DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, 2ª edición, Tomo III, Pág. 33.

¹⁶ Ídem, Pág. 35.

¹⁷ Ídem, Pág. 35.

¹⁸ Ídem, Pág. 37.

¹⁹ CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 13.

²⁰ Ídem, Pág. 23.

potestades que, como señala Juan Carlos Cassagne, le otorgan “(...) prerrogativas de modificar unilateralmente el contrato, de aplicar multas por sí y ante sí, entre otras.”²¹ Estas especiales potestades o prerrogativas son las denominadas “cláusulas exorbitantes”, que “Se llaman así porque son evidentemente diferentes del derecho común. No se concebirían en los contratos civiles porque quedaría roto el principio de igualdad de las partes y el de la libertad contractual.”²².

Sin embargo, independientemente de la naturaleza jurídica del contrato administrativo expuesta precedentemente, en la relación contractual el Estado generalmente tiene la posición de dominio, dando lugar en varias ocasiones, que los actos que ejerce el estado en función a su *ius imperium* puede afectar el equilibrio contractualmente establecido en la provisión de bienes y servicios y/o ejecución de obras públicas. Entiéndase equilibrio contractual, como la ponderación y armonía en el cumplimiento de las obligaciones principales del contrato que son por un lado la ejecución del servicio o entrega del bien por parte del contratista y por otro el pago a cargo de la entidad.

De acuerdo con la normativa de contrataciones públicas, tanto el valor referencial como las propuestas que formulen los postores deben incluir todos los costos que incidan en el servicio a contratar, lo que incluye todos los tributos que resulten aplicables; sin embargo, puede suceder que pese a haberse observado tales disposiciones, durante la ejecución contractual el gobierno cree nuevos tributos que influyan en el costo del servicio contratado o eleve la remuneración mínima vital por ejemplo lo cual afecta directamente el quantum proyectado por el contratista, verbigracia la contratación de vigilancia y seguridad para instalaciones de la entidad.

En este escenario, si el acto de gobierno dictado en ejercicio del *ius imperium*, afecta la operatividad del contratista para cumplir con su obligación, al no ser un acto imputable a la entidad y al contratista – sino de fuerza mayor, puede generar la resolución del contrato, no obstante el OSCE ha señalado que en estos casos, corresponderá a la Entidad adoptar las medidas que fueran pertinentes para reajustar el monto del contrato, a efectos que éste se ejecute de acuerdo a lo previsto originalmente, sin que ello determine un perjuicio económico para el contratista. Ello, con la finalidad de restablecer la justicia contractual original, manteniendo el

²¹ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 26.

²² **MARÍA DIEZ, MANUEL.** *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, 2ª edición, Tomo III, Pág. 41.

equilibrio económico financiero del contrato²³, sin embargo el ente rector de las contrataciones en el Perú, precisa que el reajuste del monto contractual implica la aprobación de presupuestos complementarios por parte de la Entidad; por lo que, antes de realizar dicho reajuste debe verificar si cuenta con disponibilidad presupuestal para ello. Así, sólo en caso que la Entidad cuente con recursos suficientes podría reajustar el monto del contrato, de lo contrario la sombra de la resolución del contrato se mantiene perenne.

Es de acotar que, mediante la resolución del contrato se busca “dejar sin efecto la relación jurídica patrimonial, convirtiéndola en ineficaz de tal manera que ella deja de ligar a las partes en el sentido que ya no subsiste el deber de cumplir las obligaciones que la constituyen ni, consecuentemente, ejecutar las respectivas prestaciones”²⁴.

En este contexto, el OSCE ha establecido que “si durante la ejecución de un contrato (...), se produjera la variación de las condiciones económicas en las que se formula la oferta, lo cual genere una alteración del equilibrio económico contractual y, por tanto, que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa²⁵, haciéndose

²³ **BANDEIRA DE MELLO**, “Entiéndese por ecuación económico – financiera, la relación de igualdad y equivalencia, entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo como consecuencia del contrato y la compensación económica que en razón de aquellos le corresponderá”. **BANDEIRA DE MELLO**, Celso Antonio. *Las Cláusulas de Reajuste de Precios en los Contratos Administrativos*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, Pág. 904. Citado por OSCE en la Opinión N° N° 104-2012-DTN

²⁴ Manuel de la Puente y Lavalle. **El Contrato en General**. Tomo I. Palestra Editores, Lima – 2001. Pág. 455.

²⁵ **Artículo 1440° del Código Civil: Excesiva onerosidad de la prestación**. “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad. Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La reducción no se extiende a las prestaciones ejecutadas.” A partir de lo señalado en el Código Civil, los elementos condicionantes de la solicitud de excesiva onerosidad de la prestación son: (1) Que se presente en los contratos de ejecución continuada, periódica y diferida. En los contratos ya ejecutados no se da la excesiva onerosidad. (2) Que se dé la excesiva onerosidad por acontecimientos posteriores a la celebración del contrato de carácter extraordinario e imprevisible, como por ejemplo el alza de materiales, la suba de la mano de obra por un aumento no previsto de sueldos, un proceso devaluatorio o inflacionario, entre otros casos. El hecho extraordinario será aquel que está alejado de lo que frecuentemente sucede como situación normal o corriente; en cambio lo imprevisible está vinculado con lo que ordinariamente puede esperarse, esto es, lo que surge del razonamiento común y corriente de los seres humanos. (3) La parte perjudicada, tiene el derecho de pedir al Juez —en el caso de los contratos del Estado, al árbitro— la revisión del contrato, para que reduzca la prestación o

inviabile la continuación del contrato, las partes podrían evaluar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor a efectos de acordar la resolución del contrato”.

En suma, “las consecuencias de la aplicación de un acto de gobierno pueden ser definitivas o provisionales, causando la resolución del contrato o el reajuste de las prestaciones durante la ejecución del mismo, respectivamente²⁶.”

Sin embargo, ¿qué sucede en el supuesto de un acto de gobierno, diferente a la creación o variación de tributos o remuneración mínima vital, como por ejemplo al materializado en la suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado, como acto de poder del MEF, que impide que éstas no cumplan con el pago contractualmente establecido?

En este caso, somos de la posición en que a diferencia de los actos de gobierno comentados anteriormente que suponen un escenario de legalidad – acción legislativa con efectos erga omnes, la suspensión temporal de operaciones bancarias a la que alude el Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería, implica hechos facticos puntuales relacionados a un escenario de manejo ilegal de la cosa pública en una entidad pública o unidad ejecutora, un escenario de corrupción, que involucra una o varias situaciones contractuales específicas. Esto último se explica porque dicha potestad del MEF se ejecuta previa solicitud de un tercero ajeno a la relación contractual (a solicitud del titular de la Contraloría General de la República, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, o Ministerio del Interior), cuyo ámbito de acción circunda entre otros en el respeto a los derechos fundamentales, el uso adecuado de recursos públicos y el orden interno.

Así, la suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado, constituiría una medida cautelar administrativa sui generis, encaminada por un lado a asegurar el uso adecuado de los fondos públicos, así como que el proceso de ejecución de gasto estatal sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades de hecho y jurídicas en un contexto de eficacia y eficiencia. Es decir constituye una medida cautelar administrativa tendiente a

aumente la contraprestación, a fin de hacer cesar la excesiva onerosidad. De darse estas condiciones se podrá revisar el contrato pero respecto a las prestaciones por cumplirse, ya que las ya -ejecutadas constituyen hechos consumados que no dan derecho a revisión.

²⁶ Esta es la posición adoptada por **Miguel MARIENHOFF** en “Tratado de Derecho Administrativo”. Buenos Aires: T. III-A; 3° ed. Abeledo - Perrot. Pág. 493 y 494

proscribir acciones de ejecución de gasto público de manera ilegal, inútil, innecesario y desmesurado.

Sin embargo, esta medida cautelar, si afecta las relaciones contractuales en que es parte la entidad o unidad ejecutora afectada, ya que le imposibilita directamente cumplir con el pago de sus contratistas que le proveen bienes, servicios o ejecución de obras quienes están sujetos a este cumplimiento a efectos de cumplir sus obligaciones.

Así el riesgo de esta medida es que el contratista afectado inicie dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado el procedimiento de resolución de contrato por causa imputable a la entidad persiguiendo la subsiguiente indemnización en el plano arbitral teniendo muchas posibilidades en dicho fuero de lograr su pretensión.

No obstante es preciso señalar que conforme a lo establecido por el artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, cuando la ejecución de las obligaciones contenidas en un contrato se vea imposibilitada por causas ajenas a las partes, cualquiera de ellas puede ponerle fin al contrato.

Lógicamente, no basta que las partes estén de acuerdo en resolver el contrato para que ello proceda; dicho acuerdo presupone la inexistencia de un incumplimiento de obligaciones imputable a alguna de las partes, pues, de otro modo, el mutuo acuerdo encubriría una infracción contractual que, en el ámbito de las compras públicas, podría acarrear, incluso, responsabilidades administrativas²⁷.

Por lo manifestado, en el escenario de suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado por presuntos actos de corrupción - delitos, consideramos como remedio de gestión eficaz, a la situación que genera la medida interpuesta por el MEF, la resolución del contrato para el caso de bienes y servicios; siendo que en este plano operaría una exoneración por desabastecimiento inminente²⁸ y en cuanto a la ejecución de obras además de la resolución del

²⁷ Sobre el particular, cabe precisar que conforme con lo establecido en el marco de la ley de contrataciones del estado sus los tribunales del OSCE pueden imponer sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

²⁸ Respecto a esta causal, el artículo 22° de la Ley establece que “Se considera desabastecimiento a aquella situación inminente, extraordinaria e imprevisible en la que la ausencia de bien, servicio u obra compromete en forma directa e inminente la continuidad de las funciones, servicios, actividades u operaciones productivas que la Entidad tiene a su cargo”. (El resaltado es agregado). Por su parte, el artículo 129° del Reglamento precisa que “La necesidad

contrato podría continuarse su ejecución bajo administración directa conforme a los parámetros de la Resolución de Contraloría 195-88-CG , de lo contrario se prorrogaría en demasiado el proceso adquisitivo de bienes y servicios o ejecución de obras, hasta el esclarecimiento de los hechos que motivaron tal medida, afectándose directamente el servicio público.

En este escenario jurídico, consideramos acertada la aprobación de la Ley N° 30231 que crea una unidad ejecutora para cautelar el adecuado uso de recursos de los gobiernos regionales y locales cuyas cuentas sean congeladas, y garantizar la prestación de servicios públicos a favor de la población. La unidad ejecutora de "naturaleza "extraordinaria, transitoria y especial" será creada por el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) en el pliego del Gobierno Nacional que determine, por 60 días hábiles prorrogables. La creación de este organismo se realizará a través de un decreto supremo firmado por el jefe del Gabinete, el titular del MEF. Señala además que la Contraloría General de la República realizará control simultáneo sobre las acciones que desarrolla la unidad ejecutora para la ejecución del gasto público. La suspensión temporal de las operaciones en las cuentas bancarias del gobierno regional o local intervenido, se mantiene hasta la liquidación de la unidad ejecutora extraordinaria.

III. CONCLUSIONES:

- La suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado, como prerrogativa del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) a través de su Dirección General de Endeudamiento y Tesoro Público (DGETP) se encuentra establecida en el artículo 53° del Texto Único Ordenado de la Ley General del Sistema Nacional de Tesorería aprobada por Ley N° 28693²⁹, modificado por la Primera Disposición Complementaria

de los bienes, servicios u obras debe ser actual e imprescindible para atender los requerimientos inmediatos, no pudiéndose invocar la existencia de una situación de desabastecimiento inminente en las siguientes contrataciones: a) En vía de regularización; b) Por períodos consecutivos que excedan el lapso del tiempo requerido para paliar la situación; c) Para satisfacer necesidades anteriores a la fecha de aprobación de la exoneración al proceso de selección; y, d) Por cantidades que excedan lo necesario para atender el desabastecimiento.” De las citadas disposiciones pueden distinguirse tres elementos que necesariamente deben concurrir para que se configure esta causal de exoneración: (i) una situación de ausencia inminente, extraordinaria e imprevisible de determinado bien, servicio u obra; (ii) que dicha ausencia comprometa en forma directa e inminentemente la continuidad de las funciones, servicios, actividades, u operaciones productivas de la Entidad; y (iii) que el requerimiento de compra para paliar la situación sea actual.

²⁹ Esta norma tiene como objeto establecer las normas fundamentales para el funcionamiento del Sistema Nacional de Tesorería, en concordancia con lo dispuesto en la Ley N° 28112 - Ley Marco de la Administración Financiera del Sector Público.

Modificatoria de la Ley N° 30115

- Según el Tribunal Constitucional, si bien la Constitución ha establecido que los gobiernos locales y regionales gozan de la garantía institucional de la autonomía en materia política, económica y administrativa, y que, además, son competentes para aprobar su organización interna y su presupuesto, ello no implica que tales organismos gocen de una irrestricta discrecionalidad en el ejercicio de tales atribuciones, toda vez que, conforme al principio de unidad de la Constitución, esta debe ser interpretada como un todo, como una unidad donde todas sus disposiciones deben ser entendidas armónicamente.
- El OSCE ha establecido que “si durante la ejecución de un contrato (...), se produjera la variación de las condiciones económicas en las que se formula la oferta, lo cual genere una alteración del equilibrio económico contractual y, por tanto, que la prestación asumida por el contratista devenga en excesivamente onerosa, haciéndose inviable la continuación del contrato, las partes podrían evaluar la concurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor a efectos de acordar la resolución del contrato”, así las consecuencias de la aplicación de un acto de gobierno pueden ser definitivas o provisionales, causando la resolución del contrato o el reajuste de las prestaciones durante la ejecución del mismo, respectivamente.
- En el escenario de suspensión temporal de operaciones en las cuentas bancarias de unidades ejecutoras de entidades del estado por presuntos actos de corrupción – delitos (acto de gobierno que afecta el equilibrio de un contrato administrativo), consideramos como remedio de gestión eficaz, a la situación que genera la medida interpuesta por el MEF, la resolución del contrato para el caso de bienes y servicios; siendo que en este plano operaría una exoneración por desabastecimiento inminente y en cuanto a la ejecución de obras además de la resolución del contrato podría continuarse su ejecución bajo administración directa conforme a los parámetros de la Resolución de Contraloría 195-88-CG, de lo contrario se prorrogaría en demasía el proceso adquisitivo de bienes y servicios o ejecución de obras, hasta el esclarecimiento de los hechos que motivaron tal medida, afectándose directamente el servicio público, así como se evitaría un prolongado proceso arbitral; situación que debe preverse en los contratos estatales.