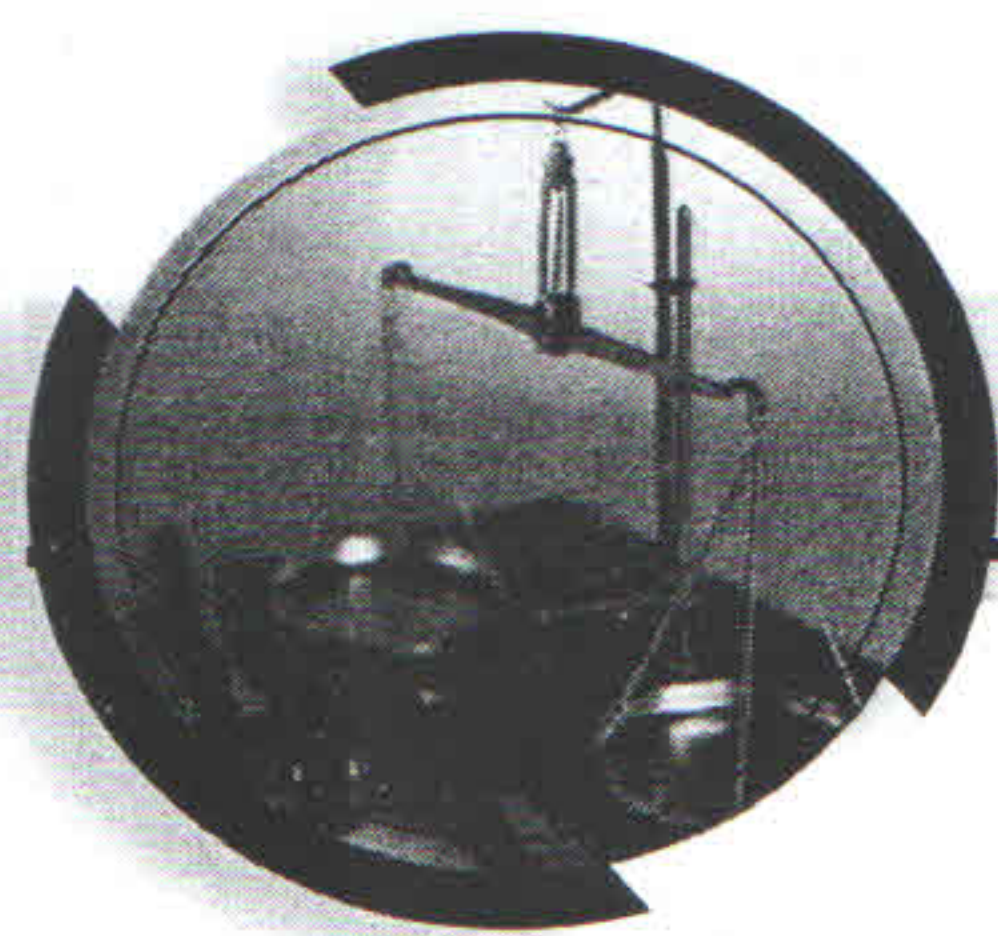




LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LAS OPINIONES DE OSCE

Daniel HENOSTROZA DE LA CRUZ^(*) 

SUMILLA

I. Consideraciones generales; II. Régimen legal de los contratos entre entidades de la administración pública y los convenios de colaboración interinstitucional; III. Criterios para diferenciar un contrato entre entidades de la administración pública y un convenio de colaboración interinstitucional; IV. Casos en los que procede la suscripción de un convenio de colaboración interinstitucional; V. Convenio de colaboración y uso eficiente de los recursos públicos; VI. Régimen de las contrataciones realizadas por la entidad que presta la colaboración; VII. Solución de controversias derivadas de un convenio de colaboración; VIII. Conclusión.

RESEÑA

“El presente estudio tiene por objeto dar a conocer los criterios que viene aplicando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en su calidad de Ente Rector del Sistema Peruano de Contratación Pública”.

(*) Abogado. Arbitro del OSCE, de la Cámara de Comercio de Lima y del Colegio de Ingenieros del Perú. Curso de Formación de Arbitros del OSCE – CCL, Derecho Administrativo Económico – ESAN, Especialización en Concesiones y Derecho Administrativo.

COMENTARIO

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1. El presente estudio tiene por objeto dar a conocer los criterios que viene aplicando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE, en su calidad de Ente Rector del Sistema Peruano de Contratación Pública⁽¹⁾, en lo referido a los Convenios de Colaboración Interinstitucional que pueden suscribir las Entidades de la Administración Pública, de conformidad a lo establecido en el Art.77.3° y siguientes de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). En este sentido, nos basaremos fundamentalmente en las opiniones y la praxis de este Organismo, debido a su carácter orientador para otras Entidades de la Administración Pública.

2. En atención a lo expuesto, nuestro estudio se centrará en aquellos aspectos que han generado dudas y controversias entre las Entidades de la Administración Pública, los cuales, desde nuestro punto de vista, son los siguientes:

2.1. Diferencia entre Contrato entre Entidades y Convenio de Colaboración.

2.2. Casos en lo que procede la suscripción de un Convenio de Colaboración.

2.3. Convenio de Colaboración y Uso Eficiente de los Recursos Públicos.

2.4. Régimen de las Contrataciones realizadas por la Entidad que presta la Colaboración.

2.5. Solución de Controversias derivadas de un Convenio de Colaboración.

II. RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS ENTRE ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

1. Una cuestión fundamental para determinar el régimen jurídico aplicable a un acuerdo bilateral entre dos Entidades de la Administración Pública, y la consecuencias jurídicas derivadas de dicho acuerdo, es la correcta determinación de su naturaleza jurídica, pues como lo ha señalado la Sentencia del Tribunal Supremo Español, del 18 de Febrero de 2004, Recurso N° 6693/2001, **“No ha de ser la denominación que las partes otorguen al negocio objeto de controversia la que determine el régimen jurídico que ha de regularlo, sino la real naturaleza del mismo”**⁽²⁾.

2. En este sentido, en términos generales, un acuerdo entre dos Entidades de la Administración Pública puede ser:

2.1. Un Contrato entre Entidades del Estado, sujeto a las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado (LCE), y su Reglamento (aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; en adelante: RLCE). o;

2.2. Un Convenio de Colaboración Interinstitucional, sujeto a las disposiciones de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante: LPAG).

3. El Contrato entre Entidades de la Administración Pública se sujeta a lo dispuesto en

(1) Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, Art.58°, Funciones.- El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE tiene las siguientes funciones:

i) Absolver consultas sobre las materias de su competencia. Las consultas que le efectúen las Entidades serán gratuitas;

(2) ENRIQUEZ SANCHO, RICARDO, La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. La Ley, Madrid, 2007 (1° edición), página 82.

el Art.3.2° de la LCE, que se aplica a “las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de bienes, servicios u obras, asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos, y demás obligaciones derivadas de la calidad de contratante” (subrayado nuestro). En este sentido, el Art.20°, inciso a) de la LCE permite, de manera excepcional, que una Entidad del Estado contrate con otra sin necesidad de realizar un Proceso de Selección, “siempre que en razón de costos de oportunidad resulten más eficientes y técnicamente viables para satisfacer la necesidad y no se contravenga lo señalado en el artículo 60° de la Constitución Política del Perú”; es decir, siempre y cuando no se infrinja el Principio de Subsidiariedad Económica de la Actividad Empresarial del Estado, y el Principio de Igualdad de Trato Empresarial entre la actividad pública y privada⁽³⁾.

4. En este contexto, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE, en la OPINIÓN N° 028-2008/DOP, ha señalado respecto de los Contratos entre Entidades que: “La normativa vigente no establece restricción alguna que impida la participación de Entidades del Estado en los procesos de selección o que limite que celebren contratos con otras Entidades del Estado. Es más, de una lectura integral de la Ley y su Reglamento, se desprende que las Entidades del Estado no sólo se encuentran habilitadas para contratar con otras Entidades de la administración pública, sino que, para esos efectos, guardan ciertas prerrogativas”.

5. En la misma Opinión, el OSCE considera que algunas de esas prerrogativas consisten en

que “las Entidades públicas no se encuentran obligadas a inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores, requisito indispensable que todo proveedor debe cumplir a efectos de acceder al contrato con la Administración Pública. Tampoco requieren presentar constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado ni garantías en caso sean adjudicados con la Buena Pro y deban suscribir contrato con otra Entidad del Estado”, para concluir indicando que: “las Entidades del Estado pueden contratar entre ellas de forma directa —sin que medie proceso de selección—, pues gozan de una causal de exoneración específica, en tanto se cumplan ciertas condiciones establecidas en la normativa”.

6. De otro lado, los Convenios de Colaboración Interinstitucional se encuentran reglados en la LPAG, como uno de los mecanismos a través de los cuales se puede viabilizar la colaboración entre Entidades de la Administración Pública. En efecto, la LPAG establece en su Art.77.1° que: “Las entidades están facultadas para dar estabilidad a la colaboración interinstitucional mediante conferencias entre entidades vinculadas, convenios de colaboración u otros medios legalmente admisibles” (subrayado nuestro), precisando en el Art.77.3° que: “Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación”.

7. Asimismo, esta norma señala en su Art.79.2° que: “A petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra

(3) Constitución Política del Perú, Artículo 60°.- Pluralismo Económico.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

entidad tendrá que pagar a ésta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad”.

8. En este contexto, el Tribunal Supremo Español considera que estos convenios tienen, como una característica esencial, “la inexistencia de contraprestación pecuniaria, dotando de carácter esencialmente gratuito al convenio celebrado”. Asimismo, el Tribunal Supremo Español ha señalado que: “En la actualidad se suele aplicar sin dificultad el concepto de Convenio, como figura de negocio jurídico sustraído a las reglas legales aplicables al contrato administrativo, al tipo de conciertos celebrados por la Administración con la finalidad mencionada en primer lugar, e igualmente la jurisprudencia de esta Sala admite la existencia de convenios de colaboración, o colaboración, para el mejor desarrollo y cumplimiento de una finalidad de carácter público estipulados entre entidades de este carácter, e incluso entre entidades de Derecho Público y sociedades privadas, gestoras de dichos servicios, siempre que ya figuren creadas e integradas en la propia organización de tales entidades publicas, de manera que el ente correspondiente viene a canalizar a través de las organizaciones instrumentales creadas dentro de su misma organización el cumplimiento del interés publico que se trata de satisfacer”⁽⁴⁾ (subrayado nuestro).

9. En este sentido, es pertinente indicar que la LCE señala en su Art.3.3º, inciso r), que dicha norma no es de aplicación a “los convenios de colaboración, gestión u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, o entre éstas y organismos internacionales,

siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por ley les corresponde, y además no se persigan fines de lucro”.

10. En este contexto normativo, seguidamente nos centraremos entre las principales diferencias que el OSCE ha determinado entre el Contrato entre Entidades y el Convenio de Colaboración.

III. CRITERIOS PARA DIFERENCIAR UN CONTRATO ENTRE ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y UN CONVENIO DE COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

1. Sobre la base de estos presupuestos normativos, el OSCE ha señalado en la OPINIÓN Nº 005-2010/DTN, que: “se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley⁽⁵⁾ y de su Reglamento las contrataciones que las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3º de la Ley lleven a cabo, asumiendo la obligación de pagar al contratista una retribución pecuniaria con cargo a fondos públicos” (subrayado nuestro).

2. Asimismo, en la citada Opinión se ha señalado que: “si bien los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley también son acuerdos, tienen características que los diferencian de los convenios, como la onerosidad, la cual se evidencia en el hecho que el contratista presta los bienes, servicios u obras a la Entidad a cambio de una retribución pecuniaria por parte de esta”.

3. En consecuencia, los Convenios de Colaboración poseen determinados rasgos distintivos res-

(4) ENRIQUEZ SANCHO, RICARDO, La Contratación Administrativa en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ed. La Ley, Madrid, 2007 (1º edición), páginas 81- 82.

(5) En referencia a la Ley de Contratación del Estado.

pecto a los Contratos sujetos a la LCE, que según la Opinión en comentario, son los siguientes:

3.1. “Acuerdo celebrado entre Entidades, o entre Entidades y organismos internacionales: Una de las características distintivas de los convenios de colaboración, gestión u otros de naturaleza análoga, es que se celebran entre Entidades o entre Entidades y organismos internacionales”.

3.2. “Acuerdo sin fin de lucro: A través de la celebración del acuerdo las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad), sino otro tipo de beneficios: colaboración mutua, gestión especializada, u otros análogos. En esa medida, la ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la Entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra obligada a pagarle una retribución a la otra Entidad”.

“Cabe precisar que a partir de la celebración de un convenio de colaboración, gestión u análogo, puede generarse el compromiso de alguna de las partes de cubrir determinados costos o gastos administrativos, o de realizar contrataciones para alcanzar la finalidad del convenio, no obstante, ello no enerva la ausencia de un beneficio económico, pues dichos desembolsos no tienen la calidad de retribución”.

3.3. “Acuerdo celebrado para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad: El acuerdo se celebra para brindar los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a las Entidades involucradas; por lo que, no podrían ser materia de estos convenios, bienes, servicios u obras distintos a los antes indicados”.

4. Como fluye de la Opinión precitada, la principal diferencia entre un Contrato entre Entidades y un Convenio de Colaboración radica en que este último carece de finalidad lucrativa. Efectivamente, en la OPINIÓN N° 010-2009/

DTN, el OSCE ha señalado que: “ciertos acuerdos que las Entidades del Estado se encuentran habilitadas para celebrar —en el marco de relaciones de Derecho Administrativo— tienen finalidades que escapan a los objetivos buscados a través de contrataciones reguladas por la Ley y su Reglamento. Así, los acuerdos de voluntades en que sea partícipe la Administración Pública pueden distinguirse, dependiendo de la finalidad perseguida por las partes, en contratos y convenios, siendo el elemento distintivo entre ambos la finalidad lucrativa. Cabe precisar, que la finalidad lucrativa está determinada por el interés de una de las partes, la contraparte de la Entidad, de obtener un beneficio económico por la ejecución de determinada prestación” (subrayado nuestro).

5. En este orden de ideas, para el Ente Rector de la Contratación Pública, “la celebración de un acuerdo puede perseguir una finalidad lucrativa, es decir, la obtención de determinado beneficio o lucro como contraprestación por las labores realizadas, en cuyo caso nos encontraremos ante los denominados “contratos”. En cambio, con la celebración de “convenios”, las partes involucradas persiguen una finalidad distinta a la lucrativa –entre otros, la colaboración técnica– no obstante que la celebración de dichos acuerdos pueda involucrar la erogación de recursos públicos para cubrir los costos administrativos de las actividades acordadas. La consecuencia de tal distinción, es que tratándose de contratos, su celebración debe sujetarse a la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, mientras que, la celebración de convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de dicha normativa” (subrayado nuestro).

6. En la misma orientación, OSCE ha señalado en la OPINIÓN N° 100-2008/DOP, que: “de acuerdo con lo establecido en los artículos 1° y 2° de la Ley, se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley y el Reglamento

los contratos celebrados por las Entidades, por los cuales el Estado asuma la obligación de retribuir con una suma dineraria al contratista por su prestación que puede consistir en la entrega de bienes, realización de servicios o ejecución de una obra. Derivado de lo anterior, no todos los acuerdos en los cuales sea partícipe la administración se encontrarán sujetos a la Ley. Así, conviene precisar la naturaleza particular de ciertos acuerdos que las Entidades del Estado —en el marco de relaciones de Derecho Administrativo— celebran, cuyas finalidades propiamente escapan a los objetivos buscados con la realización de los procesos de selección regulados por la Ley, como son los convenios de gestión, colaboración u otros de naturaleza análoga” (subrayado nuestro).

7. En consecuencia, de acuerdo con esta Opinión, “un acuerdo celebrado por la Administración puede perseguir finalidad lucrativa para el particular con el cual se celebra el acuerdo. No obstante, en otros acuerdos dicha finalidad puede estar exenta. En el primer caso, esto es, cuando se persigue la celebración de un acuerdo de carácter oneroso, para la prestación de bienes, servicios u obras, deberán realizar previamente las etapas previas de programación y el proceso de selección correspondiente, y contratar con el postor seleccionado. Dichos acuerdos se sujetan a las disposiciones de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado. En el segundo caso, los acuerdos se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento, por la misma naturaleza que reviste la celebración de un acuerdo exento de finalidad lucrativa” (subrayado nuestro).

8. En atención a lo expuesto, dadas las distintas finalidades que las partes persiguen con la suscripción de un Contrato, y con la celebración de un Convenio, “la finalidad buscada con la celebración de un convenio no puede asimilarse a la que subyace a la celebración de

un contrato oneroso. Así, por ejemplo, cuan-do los particulares o una Empresa del Estado deciden participar en los procesos de selección, lo hacen en el entendido de maximizar sus beneficios; es decir, participan como agentes del mercado con fines lucrativos, siendo esta la finalidad principal de su intervención en nuestro sistema de contrataciones, finalidad que no se verifica en la celebración de un convenio entre Entidades del Estado. En consecuencia, no es de aplicación la Ley y su Reglamento a los convenios celebrados por el Estado, entendiendo que dichos acuerdos suponen la ausencia de finalidades lucrativas para las partes” (subrayado nuestro).

9. En virtud de lo expuesto, aún cuando un documento sea firmado por dos Entidades de la Administración Pública, y lleve el título de “Convenio”, no será realmente un Convenio si en él se prevé que la Entidad que presta la “colaboración” percibirá de la otra una utilidad, retribución o rédito económico por el cumplimiento de las prestaciones a su cargo. En ese supuesto, el acuerdo firmado sería en realidad un Contrato entre Entidades del Estado, que por esta razón, debería sujetarse al régimen normativo de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

10. Ello es así, debido a que en un Convenio de Colaboración no puede existir lucro ni utilidad a favor de la Entidad que colabora con otra. Así lo indica, de manera expresa, el Art.79.1° de la LPAG, al señalar que: “La solicitud de colaboración no genera el pago de tasas, derechos administrativos o de cualquier otro concepto que implique pago alguno, entre entidades de la administración pública”.

11. Sin embargo, no debemos confundir la obtención de una utilidad con el reembolso de los gastos que se generen como consecuencia de la colaboración. En efecto, como señala JUAN CARLOS MORON URBINA, al comentar el

Art.79.2º de la LPAG⁽⁶⁾, “si la colaboración⁽⁷⁾ determina la realización de una actividad fuera del ámbito previsto de actividades de la entidad, o simplemente fuera de su actividad ordinaria será objeto de pago costos entre ambas. En ambos casos, solo dará lugar al reembolso de gastos efectivos efectuados”⁽⁸⁾ (subrayado nuestro).

12. En el mismo sentido, OSCE ha recalcado en la OPINIÓN N° 100-2008/DOP, que: “A partir de la celebración de un convenio puede existir el compromiso de alguna de las partes de cubrir determinados costos y/o gastos administrativos así como las contrataciones y adquisiciones necesarias para alcanzar la finalidad del convenio, en cuya virtud deban erogarse recursos del Estado. Ello no debería afectar el carácter particular —y, por tanto, el régimen especial— que posee el convenio, si se tratan de gastos que no constituyen utilidad a favor de la otra parte del convenio. En atención a lo señalado, los gastos que irroque una Entidad para cubrir los costos y/o gastos administrativos —no utilidad— necesarios para cumplir con los compromisos asumidos en virtud de un convenio, no se sujetan a lo establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado, pues ésta sólo regula los “pagos” que corresponde asumir a una Entidad que ha celebrado un contrato bajo el ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento” (subrayado nuestro).

13. En suma, para el OSCE, la diferencia entre el Contrato entre Entidades y el Convenio de Colaboración está dada por la existencia o no de lucro; sin perjuicio de lo cual, la Entidad prestadora de la colaboración tiene derecho al reembolso de los gastos efectivos que demande dicha colaboración.

IV. CASOS EN LOS QUE PROCEDE LA SUSCRIPCIÓN DE UN CONVENIO DE COLABORACIÓN INTERINSTITUCIONAL

1. Como se sabe, el marco legal vigente permite a una Entidad del Estado satisfacer sus necesidades a través de alguna de las siguientes alternativas:

1.1. Contratación de una Empresa Privada, previo proceso de selección.

1.2. Contratación de otra Entidad Pública, sin proceso de selección y con la debida fundamentación.

1.3. Suscripción de un Convenio de Colaboración Interinstitucional (no lucrativo) con otra Entidad de la Administración Pública.

2. En este sentido, la opción por una de estas alternativas en lugar de las otras constituye una decisión de gestión de la Entidad Pública, que debería ser adoptada sobre la base de criterios técnicos de costo – beneficio (entre otros), y en plena observancia de la normativa legal. Así lo ha establecido OSCE en la OPINIÓN N° 010-2009/DTN, en la cual señala que: “en el supuesto que una Entidad, adoptando una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad, opte por utilizar un mecanismo alternativo para realizar la contratación, dependiendo de sus necesidades y de las mejores condiciones que aquel mecanismo le ofrezca, carecería de objeto realizar la segunda convocatoria del proceso declarado desierto” (subrayado nuestro).

3. Bajo estas consideraciones, la decisión respecto a la factibilidad de suscribir un Convenio de Colaboración corresponde principalmente a

(6) LPAG, Artículo 79º, Costas de la colaboración.- (...)

79.2 A petición de la autoridad solicitada, la autoridad solicitante de otra entidad tendrá que pagar a ésta los gastos efectivos realizados cuando las acciones se encuentren fuera del ámbito de actividad ordinaria de la entidad.

(7) Se refiere a la Colaboración entre Entidades de la Administración Pública.

(8) MORON URBINA, JUAN CARLOS, Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 2001, Pág.226.

la Entidad solicitante de la Colaboración, pues como señala el Art.78.2° de la LPAG, “La autoridad solicitante de la colaboración responde exclusivamente por la legalidad de lo solicitado y por el empleo de sus resultados”. En efecto, como indica JUAN CARLOS MORON URBINA, “la norma establece que el marco jurídico aplicable a la entidad solicitante, según sus propias habilitaciones, posibilidades de acceso a información y deberes, es quien delimita la legalidad del pedido, por lo que será conforme su régimen que será analizada la regularidad de lo peticionado en vía de colaboración”⁽⁹⁾.

4. Por tanto, la decisión respecto a la suscripción de un Convenio de Colaboración (en lugar de un Contrato sujeto a las formalidades y procedimientos de la LCE), corresponde a la Entidad que solicite la colaboración, para lo cual deberá tenerse en cuenta el marco legal vigente y la correspondiente fundamentación técnica.

V. CONVENIO DE COLABORACIÓN Y USO EFICIENTE DE LOS RECURSOS PÚBLICOS

1. Si, como hemos precisado, la suscripción de un Convenio de Colaboración deriva de una decisión de gestión, esta decisión debe adoptarse y ejecutarse de forma que se garantice el uso eficiente y adecuado de los recursos públicos, pues como se sabe, el accionar de los funcionarios públicos está sujeto a la supervisión del Sistema de Control Gubernamental, a cargo de la Contraloría General de la República, cuyo objetivo es prevenir y verificar “la correcta, eficiente y transparente utilización y gestión de los recursos y bienes del Estado, (...)”, así como el cumplimiento de metas y resultados obte-

nidos por las instituciones sujetas a control” (Art.2° de la Ley N° 27785 – Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República).

2. En este contexto, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que “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”⁽¹⁰⁾. Por tanto, para el Supremo Intérprete de la Constitución, es necesario “garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, (...)”. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos” (subrayado nuestro).

3. En esa medida, el OSCE ha precisado que, inclusive en aquellos casos en que la contratación deba efectuarse en forma directa (es decir, sin proceso de selección), por expreso mandato de la ley, tal circunstancia “no enerva la obligación de las entidades contratantes de adoptar las medidas que consideren necesarias para que, en salvaguarda del interés público, la realización del proceso de contratación y otros aspectos que coadyuven a la funcionalidad del contrato, lleven a la satisfacción oportuna de las necesidades de la Entidad”⁽¹¹⁾. En consecuencia, en los casos que un Convenio

(9) MORON URBINA, JUAN CARLOS, Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, Gaceta Jurídica, 2001, Pág. 225.

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 020-2003-AI/TC.

(11) Opinión N° 024-2010/DTN.

de Colaboración requiera de la transferencia de recursos públicos de una Entidad hacia otra, la Entidad que solicita la colaboración debería adoptar las medidas necesarias para garantizar el uso adecuado y eficiente de estos recursos.

VI. RÉGIMEN DE LAS CONTRATACIONES REALIZADAS POR LA ENTIDAD QUE PRESTA LA COLABORACIÓN

1. Si bien la suscripción de un Convenio de Colaboración no se sujeta a las disposiciones de la LCE, las contrataciones que deba realizar la Entidad que prestará la colaboración sí deben sujetarse a esta normativa, y por ende, deberán sujetarse al respectivo proceso de selección, pues como lo indica la OPINIÓN N° 028-2008/DOP, “A raíz de la celebración de un convenio, puede generarse el compromiso para alguna de las partes de cubrir determinados costos y/o gastos administrativos, así como las contrataciones y adquisiciones necesarias para alcanzar la finalidad del convenio, en cuya virtud deban erogarse recursos del Estado. En estos casos conviene tener en cuenta que la exención de aplicar la normativa de contrataciones públicas sólo alcanza a la celebración de los convenios, y no a las adquisiciones y contrataciones necesarias para alcanzar la finalidad del mismo” (subrayado nuestro).

2. Es pertinente indicar que este criterio se sustenta en el Art.3.3°, inciso n) de la LCE, conforme al cual esta normativa no se aplicable a: “la modalidad de ejecución presupuestal directa contemplada en la normativa de la materia, salvo las contrataciones de bienes y servicios que se requieran para ello”. Por ello, si las contrataciones y adquisiciones efectuadas en el marco de la ejecución presupuestal directa deben sujetarse a la LCE, con mayor razón deben someterse a esta normativa las contrataciones derivadas de los supuestos de ejecución presupuestal indirecta, como sería el caso de los Convenios de Colaboración. En virtud de ello, OSCE concluye que: “las

contrataciones y adquisiciones de bienes y servicios que una Entidad requiere efectuar para cumplir con el objeto de un convenio suscrito con otra Entidad Pública se sujetan a las disposiciones de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado”.

3. En este sentido, en la Opinión referida, OSCE es enfático en afirmar que, “para que la Entidad encargada de realizar las actividades derivadas de un convenio pueda acordar con terceros la adquisición o contratación de bienes y servicios —inclusive la ejecución de determinadas labores específicas dentro de una obra—, deberá observar las etapas de planificación y programación, selección y ejecución del contrato, en los términos establecidos en los documentos del proceso y en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado”.

VII. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE UN CONVENIO DE COLABORACIÓN

1. Finalmente, si bien los Convenios de Colaboración responden a un criterio de apoyo y asistencia entre Entidades de la Administración Pública, no podemos descartar la posibilidad de que surjan controversias sobre la interpretación y ejecución del Convenio, por lo que es conveniente que el propio Convenio establezca el procedimiento de solución de conflictos. Así lo ha creído conveniente el propio OSCE, mediante la Directiva N° 001-2009-CONSU-CODE/PRE – “Procedimiento para la Administración de Convenios de Cooperación Interinstitucional” (aprobada por Resolución N° 008-2009-CONSUCODE/PRE), en cuyo punto VII.11. se ha previsto la inclusión obligatoria de una Cláusula que establezca “el procedimiento, en caso surja una controversia sobre la interpretación o ejecución del Convenio”.

2. En este sentido, si bien, en algunos casos, hemos visto que la Cláusula de Solución de

Controversias OSCE se agota en fórmulas de trato directo, también hemos visto otros casos en que se ha pactado las vías de trato directo, conciliación y arbitraje institucional a cargo de la Cámara de Comercio de Lima⁽¹²⁾, lo que nos parece adecuado, por ser un procedimiento similar al previsto en la LCE.

3. En todo caso, si en el Convenio se pacta un procedimiento específico para la solución de controversias, la Entidad que lleve a cabo este procedimiento deberá premunirse de los documentos y otras pruebas que acrediten el agotamiento de las diversas etapas del procedimiento, pues de lo contrario, se podría poner en tela de juicio la validez del procedimiento o del laudo o acuerdo que lo de por concluido. En efecto, como lo ha indicado el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 5311-2007-PA/TC (Caso Corporación Distribuidora S.A. - CODISA), “la idea de la negociación preliminar no es la de una simple advertencia frente a un hipotético incumplimiento de lo acordado contractualmente, sino un imperativo vital a los efectos de prevenir una futura controversia. Debe quedar plenamente establecido que no por tratarse de una etapa de carácter pre procesal, quiere ello significar que las reglas incorporadas a un contrato tengan un carácter meramente indicativo. Aquellas son ley para las partes y si por consiguiente y de acuerdo con estas últimas, existe una etapa de previas negociaciones, aquellas asumen un efecto plenamente vinculante respecto de las partes que generaron dicha relación. Su inobservancia por tanto es analogable a la vulneración que opera cundo se desacata el llamado procedimiento preestablecido por la ley en cuanto variante del debido proceso” (subrayado nuestro).

VIII. CONCLUSIÓN

1. Para el OSCE, la diferencia entre el Contrato entre Entidades y el Convenio de Colaboración Interinstitucional está dada por la existencia o no de lucro; sin perjuicio de lo cual, la Entidad prestadora de la colaboración tiene derecho al reembolso de los gastos efectivos que dicha colaboración demande.

2. La decisión respecto a la suscripción de un Convenio de Colaboración (en lugar de un Contrato sujeto a las formalidades y procedimientos de la LCE), corresponde a la Entidad que solicite la colaboración, para lo cual deberá tenerse en cuenta el marco legal vigente y la correspondiente fundamentación técnica que justifique la suscripción de dicho Convenio.

3. En los casos que un Convenio de Colaboración requiera de la transferencia de recursos públicos de una Entidad hacia otra, la Entidad que solicita la colaboración debería adoptar las medidas necesarias para garantizar el uso adecuado y eficiente de estos recursos.

4. Si bien los Convenios de Colaboración no se sujetan a la normativa de la LCE, las contrataciones que una Entidad deba realizar para prestar la colaboración solicitada por otra, sí se sujetan a las disposiciones de la LCE.

5. Es conveniente que los Convenios de Colaboración establezcan un procedimiento de solución de controversias. En ese supuesto, la Entidad que inicie dicho procedimiento debería contar con las pruebas que acrediten haber seguido y concluido con sus diversas etapas, con la finalidad de preservar su eficacia y validez.

(12) <http://www.osce.gob.pe/userfiles/archivos/poder%20judicial.pdf>.