

OPINIÓN N° 044-2023/DTN

Solicitante: Seguro Social de Salud – EsSALUD

Asunto: Convenios de colaboración

Referencia: Formulario S/N de fecha 16.MAR.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Gerente Central de Asesoría Jurídica (e) del Seguro Social de Salud (EsSALUD) formula varias consultas relacionadas a los convenios de colaboración entre Entidades señalados en el literal c) del artículo 5 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnica Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia a efecto de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que la consulta 4 y 5 no cumplen con los referidos requisitos, toda vez que no versan sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, sino que pretenden que el OSCE determine si un Acuerdo suscrito por el Seguro Social de Salud cumple con las condiciones del mencionado supuesto excluido y que realice un listado de supuestos que vulnerarían los principios de libertad de competencia, igualdad de trato y competencia previstos en el artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado. Aspectos que exceden a la interpretación de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado.

En tal sentido, se atenderán solo las consultas que cumplen con todos los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA.

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, la consulta formulada es la siguiente:

2.1. “Si la suscripción de convenios de cooperación prevista en el literal c), numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado se basa en el criterio de colaboración entre Entidades previsto en el artículo 87 del TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, por el que las entidades están en el deber de colaborar recíprocamente para apoyar la gestión de otras entidades” (Sic.)

2.1.1. De manera previa, corresponde señalar que, con la finalidad de lograr el mayor grado de eficacia en las contrataciones públicas —esto es, que las Entidades obtengan los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, al menor precio y con la mejor calidad, de forma oportuna— y la observancia de principios básicos que aseguren la transparencia en las transacciones, la imparcialidad de la Entidad, la libre concurrencia de proveedores, así como el trato justo e igualitario, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú dispone que la contratación de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo con los procedimientos y requisitos señalados en la Ley.

Con relación a ello, corresponde indicar que la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

De esta forma, el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a las Entidades de la Administración Pública que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa y (ii) el criterio objetivo, referido a las contrataciones que se encuentran bajo su ámbito de aplicación. Cabe precisar que el ámbito de aplicación de la Ley se configura cuando se encuentran ambos criterios señalados de forma concurrente.

Así, se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado aquellas contrataciones que realizan las Entidades de la Administración Pública con la finalidad de abastecerse de bienes, servicios y obras y cuyo pago se realiza con cargo a fondos públicos.

2.1.2. Ahora bien, los artículos 4 y 5 de la Ley establece supuestos de exclusión en los cuales no resulta aplicable la normativa de contrataciones del Estado.

En tal sentido, las contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previstos en la Ley, podrán realizarse sin observar las disposiciones de dicha

normativa, lo cual no enerva la obligación de observar los principios que deben regir a toda contratación pública².

Así, el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley establece que se encuentran fuera del ámbito de aplicación de la Ley *“Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro”*.

Cabe señalar que, en concordancia al criterio vertido en la Opinión N° 122-2019/DTN, dicha disposición se fundamenta en el principio de colaboración entre Entidades, previsto en el artículo 76 de la Ley N° 27444 *“Ley del Procedimiento Administrativo General”* por el que las Entidades se encuentran sujetas al deber de colaborar recíprocamente para apoyarse en su gestión, constando tal colaboración mediante la suscripción de convenios, tal como lo establece el artículo 77³ de la referida norma.

2.1.3. En definitiva, el espíritu de los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley son aquellos que se fundamentan en el principio de colaboración entre Entidades que contempla la Ley N° 27444, de acuerdo con lo señalado en sus artículos 76 y 77.

2.2. *“Si los acuerdos o convenios suscritos entre entidades del Estado en el marco del literal c), numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, requieren un espíritu de cooperación mutua para obtener beneficios sin fines de lucro y a través de ellos proporcionar bienes, servicios u obras propias de las actividades de tales entidades”* (Sic.)

2.2.1. Conforme se indicó al absolver la consulta anterior el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se encuentra referido a un tipo de acuerdo de naturaleza particular: *“los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga”* que, en el marco de las relaciones de Derecho Administrativo, las Entidades celebran para conseguir objetivos o fines distintos a los de los contratos regulados por la mencionada normativa. Asimismo, estos convenios implican, necesariamente, el ánimo de cooperar mutuamente para obtener beneficios de carácter no lucrativo y a través de ellos deben las partes brindarse prestaciones propias de las funciones de dichas Entidades.

Al respecto, y de acuerdo con lo señalado por este Organismo Técnico Especializado en sendas opiniones⁴, las características que deben tener estos

² De acuerdo con lo señalado en el numeral 19 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00020-2003-AI/TC, *“(…) ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario”*.

³ El artículo 77 de la Ley N° 27444 establece 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”*.

⁴ Por ejemplo, las Opiniones N° 022-2018/DTN, N° 001-2018/DTN, N° 097-2017/DTN, N° 049-2017/DTN, entre otras.

convenios para que se configure el supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado previsto en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley son:

- (i) **Acuerdo celebrado entre Entidades**: Los convenios comprendidos dentro del referido supuesto son aquellos que sean celebrados únicamente entre Entidades. Resulta necesario precisar que por Entidades se entiende aquellos organismos, órganos y organizaciones comprendidos dentro del criterio subjetivo que delimita la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.
- (ii) **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: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga. 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 su contraparte (que represente un beneficio económico, ganancia o utilidad) como contraprestación por lo ejecutado, con cargo a fondos públicos, salvo costos o gastos administrativos.
- (iii) **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.

2.2.2. Como puede apreciarse, el supuesto excluido del ámbito de aplicación establecido en el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley se encuentra referido a un tipo de acuerdo: “convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga”. Acuerdos contemplados en las normas de Derechos Administrativo que las Entidades celebran para conseguir objetivos o fines distintos a los de los contratos regulados en la normativa de contrataciones del Estado; dichos convenios implican, necesariamente, el ánimo de cooperar mutuamente para obtener beneficios de carácter no lucrativo y a través de ellos deben las partes brindarse prestaciones propias de las funciones de dichas Entidades.

Sobre este último aspecto, debe indicarse que estos convenios no obligan a la Entidad a otorgar a su contraparte una “retribución” o “contraprestación” —es decir, un pago que implique un beneficio económico por las prestaciones que son ejecutadas— con cargo a fondos públicos. Así, a fin de verificar que el convenio celebrado cumpla con las condiciones del ya referido supuesto excluido, entre otros aspectos, debe verificarse que las celebrantes sean Entidades de la administración pública, y que no se persiga una finalidad lucrativa, es decir, que las partes no busquen obtener un beneficio de carácter económico (ganancia o utilidad) mediante la celebración de dicho convenio, cautelando que, además, mediante su celebración no se esté eludiendo la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que a partir de la celebración de un convenio puede existir el compromiso de alguna de las partes de asumir por cuenta

propia determinados costos y/o gastos administrativos para alcanzar la finalidad del convenio, lo que podría implicar la disposición de recursos del Estado, situación que no afectaría la naturaleza lucrativa del convenio, en tanto no se trate de erogaciones de fondos públicos en favor de la contraparte como retribución o pago —que implique ganancia o utilidad— por el cumplimiento de sus obligaciones⁵. Asimismo, es conveniente precisar que **solo la celebración de los convenios se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado**; no obstante, **aquellas contrataciones que la Entidad deba asumir para ejecutar y/o viabilizar dichos convenios sí deben realizarse conforme a dicha normativa, siempre que tales contrataciones reúnan condiciones de una contratación con el Estado.**

2.2.3. En definitiva, los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley son aquellos celebrados entre las Entidades de la Administración Pública —según el criterio subjetivo que contempla el artículo 3 de la Ley—, que no tienen una finalidad lucrativa y por los cuales se bridan los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a las Entidades involucradas.

2.3. *“¿Las Entidades pueden suscribir convenios con Empresas del Estado a fin de que éstas les brinden servicios, siempre que con ello no se persigan fines de lucro?”* (Sic.)

De manera previa, corresponde señalar que este Organismo Técnico Especializado tiene competencia para absolver consultas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado sin hacer alusión a situaciones o casos particulares. En esa medida, el OSCE no puede, en vía de opinión, determinar con qué Entidades puede —o no— celebrar convenios una determinada Entidad, aspecto que debe evaluarse de acuerdo al caso concreto.

Sin perjuicio de ello, como se señaló al absolver la consulta anterior, los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, son aquellos, entre otros aspectos, a través de los cuales, las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad) sino que se brindan prestaciones propias de las funciones de dichas Entidades celebrantes; es decir, buscan otro tipo de beneficios: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga.

3. CONCLUSIÓN

3.1. El espíritu de los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley son aquellos que se fundamentan en el principio de colaboración entre Entidades que contempla la Ley N° 27444, de acuerdo con lo señalado en sus artículos 76 y 77.

3.2. Los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley son aquellos celebrados entre las Entidades de la Administración Pública —según el criterio subjetivo que contempla el artículo 3 de

⁵ En concordancia con el criterio desarrollado en la Opinión N° 001-2018/DTN.

la Ley—, que no tienen una finalidad lucrativa y por los cuales se brindan los bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a las Entidades involucradas.

- 3.3. Los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, son aquellos, entre otros aspectos, a través de los cuales, las partes no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad) sino que se brindan prestaciones propias de las funciones de dichas Entidades celebrantes; es decir, buscan otro tipo de beneficios: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga.

Jesús María, 18 de abril de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS