

OPINIÓN N° 103-2021/DTN

Solicitante: Gobierno Regional del Cuzco

Asunto: Competencia para evaluar decisión de conciliar.

Referencia: Formulario S/N de fecha 16.SEP.2021 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el señor Pedro Miguel Galicia Pimentel, Procurador Público del Gobierno Regional de Cuzco solicita una opinión respecto del alcance de lo dispuesto en el numeral 224.2 del artículo 224 del Reglamento.

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 vinculadas 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, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTA Y ANÁLISIS¹

Tomando en consideración el contexto normativo al que se hace alusión en la solicitud planteada, en la presente Opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

¹ Es necesario precisar que, de conformidad con el TUPA del OSCE y el literal n) del artículo 52 de la Ley, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas formuladas en términos genéricos y sin hacer referencia a situaciones particulares. Dicho esto, se advierte que las consultas n°2 y n°3 obrantes en el documento de la referencia requieren de un análisis de las normas de organización interna (caso particular) para que sean absueltas; en tal medida, dichas consultas no podrán ser contestadas.

2.1. *“En materia de solución de controversias, específicamente conciliación derivada de una controversia surgida con respecto a las contrataciones del Estado, ¿Al existir la necesidad de contar con una resolución autoritativa por parte del Titular de la Entidad, hacia el Procurador Público Regional a efectos de suscribir un acuerdo conciliatorio, ¿A quién se le debe considerar como el Titular de la Entidad, cuando los Órganos Desconcentrados cuenten con autonomía técnica, económica y administrativa, a sus Directores o al Gobernador Regional?”*

2.1.1 De manera previa, conforme a los antecedentes de la presente Opinión, debe indicarse que este Organismo Técnico Especializado absuelve consultas sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, formuladas en términos genéricos, sin hacer alusión a situaciones o casos concretos; en tal sentido, no puede determinar –en vía de Opinión- qué autoridad en específico cuenta con la calidad de “Titular de la Entidad” dentro de un caso particular.

Hecha esta aclaración, en el presente documento, esta Dirección brindará alcances generales respecto del sentido del término “Entidad” en el marco de lo contemplado en los artículos 224 y 225 del Reglamento.

Implicancias de ser “Entidad” en los términos de la normativa de Contrataciones del Estado

2.1.2 El artículo 3 de la Ley establece cuáles son las organizaciones u organismos que tienen la condición de “Entidad”. Así, el numeral 3.1 del mencionado artículo enlista a una serie de organizaciones de Derecho Público que tienen tal calidad: Ministerios, Poder Legislativo, Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales, Universidades Públicas, entre otras.

Ahora, la caracterización de un organismo como “Entidad” en los términos de la Ley de Contrataciones del Estado tiene como necesaria implicancia la asunción por parte de dicho organismo de un haz de deberes, cargas y prerrogativas dentro de lo que se conoce como proceso de contratación. Entre estas, cabe destacar las siguientes:

- Conforme al artículo 6 de la Ley, el organismo que tenga la condición de Entidad será quien ostente la calidad de **“responsable”** de la **organización** del proceso de contratación. Lo que implicará el rol de planificar la contratación, llevar a cabo las actuaciones preparatorias, dirigir el procedimiento de selección y la ejecución contractual.
- Conforme al artículo 10 de la Ley, la Entidad debe **supervisar** el proceso de contratación en todos sus niveles, de manera directa o a través de terceros.
- Conforme al artículo 34 de la Ley, la Entidad podrá **modificar unilateralmente el contrato**, ordenando y pagando la ejecución de prestaciones adicionales.
- Conforme al artículo 44 de la Ley, a través de su titular podrá **declarar la nulidad de un contrato** cuando se haya configurado alguna de las causales que la justifican.

- Conforme al numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley, **realiza el análisis costo-beneficio** de continuar o no con una controversia ante la propuesta de un acuerdo conciliatorio.

Tratamiento de los organismos desconcentrados del artículo 3 del Reglamento para la normativa de Contrataciones del Estado.

2.1.3 Ahora, en otro orden de ideas corresponde anotar que los organismos desconcentrados pueden, en principio, realizar contrataciones en el marco de lo establecido por la normativa de Contrataciones del Estado. Así, el artículo 3 del Reglamento establece lo siguiente: *“Pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y Reglamento, las organizaciones creadas conforme al ordenamiento jurídico nacional, así como **los órganos desconcentrados de las Entidades siempre que cuenten con autonomía para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas**”*. (El énfasis es agregado)

Como se apreciar, los organismos desconcentrados de las Entidades pueden realizar contrataciones en el marco de la Ley y el Reglamento, pero siempre que cuenten con autonomía para gestionar sus contrataciones, conforme a sus normas autoritativas.

Ahora, respecto del tratamiento que les da la normativa de Contrataciones del Estado a estos organismos desconcentrados que pueden realizar contrataciones por virtud de sus normas autoritativas, el numeral 3.2 del artículo 3 de la Ley señala lo siguiente: *“Para efectos de la presente Ley (...) **los organismos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior**”*.

Considerando lo expuesto en el presente numeral, se puede concluir que un organismo desconcentrado que se subsuma dentro de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento, esto es, que tenga autonomía para realizar sus contrataciones de acuerdo con sus normas autoritativas será considerado como Entidad para efectos de la normativa de Contrataciones del Estado. Tal condición implica que ostentará los deberes, cargas y prerrogativas que la normativa de Contrataciones del Estado atribuye a las “entidades”.

2.1.4 Expuestas las ideas precedentes, corresponde abordar la materia de la consulta, esto es, la determinación del alcance del término “entidad” en el marco del numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley y el 224 del Reglamento, cuando se trata de un organismo desconcentrado que se encuentra dentro del artículo 3 del Reglamento.

Sobre el particular, corresponde anotar que el referido numeral 45.12 establece lo siguiente: *“La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, **el titular de la Entidad**, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver una controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar la opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus*

veces” (el énfasis es agregado).

Por su parte, los numerales 224.2 y 224.3 del artículo 224 del Reglamento, complementando lo dispuesto por la Ley, establecen lo siguiente:

*“224.2. **Bajo responsabilidad, el Titular de la Entidad** o el servidor en quien este haya delegado tal función **evalúa la decisión** de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje y la conveniencia de resolver la controversia a través de la conciliación. Asimismo, se consideran los riesgos que representa la controversia en el normal desarrollo de la ejecución contractual, incluyendo el de no poder alcanzar la finalidad del contrato al no adoptarse un acuerdo conciliatorio. Dicha evaluación se encuentra contenida en un informe técnico legal previo debidamente sustentado.*

*224.3. **De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento conciliatorio se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles.** Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos señalados **la Entidad** no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entiende que no existe acuerdo y se concluye el procedimiento conciliatorio”* (El énfasis es agregado)

2.1.5 Como se advierte, la normativa de Contrataciones del Estado le atribuye a la Entidad la responsabilidad de evaluar la decisión de conciliar o de rechazar una propuesta de conciliación. En específico, es el titular de la entidad –o el funcionario a quien se le haya delegado la función- quien deberá realizar dicha evaluación mediante un análisis costo-beneficio, apoyándose para estos efectos en la áreas técnicas y legales correspondientes.

Asimismo, el numeral 224.3 del artículo 224 del Reglamento establece que es posible que en determinado caso se requiera contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio. Ahora, siendo el titular de la Entidad –o el funcionario competente- el responsable de evaluar la decisión de aceptar una propuesta conciliatoria, será éste también quien tendrá la prerrogativa de emitir dicha Resolución Autoritativa.

Dicho esto, corresponde reiterar que, conforme al artículo 3 del Reglamento y el numeral 3.2 de la Ley, cuando se trata un organismo desconcentrado que tiene la capacidad para gestionar sus propias contrataciones conforme a sus normas autoritativas, este tendrá la condición de “Entidad” para todo lo regulado por la normativa de Contrataciones del Estado, lo que implica que tendrá que asumir todos los deberes, cargas y prerrogativas esta le atribuye.

De este modo, si un organismo desconcentrado que tiene la capacidad de gestionar sus propias contrataciones conforme a sus normas autoritativas, se encuentra en el marco de una controversia respecto de alguna de las contrataciones a su cargo, tendrá la responsabilidad de realizar el análisis costo-beneficio al que alude el numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley, a fin de definir si acepta o no una propuesta

conciliatoria. En esa línea, en caso se advierta la necesidad de una Resolución Autoritativa para arribar un acuerdo conciliatorio, será el funcionario que tenga la calidad de “Titular de la Entidad”² de este organismo desconcentrado quien tendrá la prerrogativa de emitir dicha Resolución Autoritativa. Cabe precisar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 224 del Reglamento, esta facultad de evaluar una propuesta conciliatoria podría delegarse o haberse sido delegada.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. Un organismo desconcentrado que se subsuma dentro de lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento, esto es, que tenga autonomía para realizar sus contrataciones de acuerdo con sus normas autoritativas será considerado como Entidad para efectos de la normativa de Contrataciones del Estado. Tal condición implica que ostentará los deberes, cargas y prerrogativas que la normativa de Contrataciones del Estado atribuye a las “entidades”.
- 3.2. Si un organismo desconcentrado que tiene la capacidad de gestionar sus propias contrataciones conforme a sus normas autoritativas, se encuentra en el marco de una controversia respecto de alguna de las contrataciones a su cargo, tendrá la responsabilidad de realizar el análisis costo-beneficio al que alude el numeral 45.12 del artículo 45 de la Ley, a fin de definir si acepta o no una propuesta conciliatoria. En esa línea, en caso se advierta la necesidad de una Resolución Autoritativa para arribar un acuerdo conciliatorio, será el funcionario que tenga la calidad de “Titular de la Entidad” de este organismo desconcentrado quien tendrá la prerrogativa de emitir dicha Resolución Autoritativa. Cabe precisar, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 224 del Reglamento, esta facultad de evaluar una propuesta conciliatoria podría ser delegable o haber sido delegada.

Jesús María, 29 de octubre de 2021

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RVC/.

² De acuerdo con el literal a), del artículo 8 de la Ley, el Titular de la Entidad “*es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y otros*”