

Proceso de Selección por Encargo

Christian Guzmán Napurí*

Resumen:

El presente artículo trata sobre los procesos de selección por encargo, explicando así como opera esta alternativa al proceso de selección clásico en la contratación pública. Así, el autor nos señala el procedimiento en el encargo a una entidad pública, entidad privada y a un organismo internacional.

Palabras clave:

Selección por encargo – Gestión por encargo – Contratación pública – Entidad pública – Entidad privada – Organismo internacional

Abstract:

The present article talks us about the procedures for selection by request, explaining how it works as an alternative for the common selection procedure on public procurement. Thus, the author explains the process of selection by request with a public entity, private entity and an international body.

Keywords:

Selection by request – Management by request – Public procurement – Public entity – Private entity – International body

Sumario:

1. Selección por encargo – 2. Encargo a una entidad pública – 3. Encargo a una entidad privada, nacional o internacional – 3. Encargo a un organismo internacional

* Abogado especialista en Derecho Público. Magister en Derecho con Mención en Derecho Constitucional. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la Universidad ESAN, de la Universidad Continental y de la Academia de la Magistratura. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo y la Asociación Peruana de Derecho Constitucional. Arbitro en materia de contratación administrativa. Socio Fundador de *Guzmán Napurí Abogados*.

1. Selección por encargo

Como bien sabemos, en el contexto de la contratación administrativa, se requiere de un proceso de selección a fin de contratar eficientemente, lo cual se encuentra sustentado no solo en la normativa legal, sino en la propia Constitución¹. En este contexto, existen un conjunto de procesos de selección regulados en la Ley de Contrataciones del Estado² (en adelante, la Ley) y en su Reglamento, los cuales son conocidos como procesos de selección clásicos.

Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico vamos a encontrar un conjunto de procesos especiales establecidos con la finalidad de que los mismos sean aplicados a un conjunto de situaciones determinadas, a fin de generar una mayor eficiencia en la contratación³, obteniendo mejores precios y permitiendo un mejor control. Una de ellos es el proceso de selección por encargo.

Este mecanismo se encuentra regulado en primer lugar por la Ley⁴, la cual establece que, mediante convenio, las Entidades podrán encargar a otras del Sector Público y/o Privado, nacional o internacional, la realización de sus procesos de contratación incluyendo los actos preparatorios que sean necesarios, conforme a los procedimientos y formalidades que se establezcan en el Reglamento.

1.1 Concepto

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa⁵ que, por razones económicas o de especialidad en el objeto de la convocatoria, una Entidad podrá encargar a otra Entidad pública o privada, nacional o internacional u organismos internacionales, mediante la celebración de un convenio interinstitucional, la realización del proceso de selección que la primera requiera para la contratación de bienes, servicios y obras.

Por un lado, las razones económicas se dirigen a una mayor eficiencia para realizar el proceso de

selección, que no se restringe necesariamente a un menor costo administrativo⁶, existiendo además una plausible reducción de costos de transacción en favor de los proveedores. Por otro lado, la entidad a la que se encarga puede tener una mayor experiencia o capacidad en la contratación que la entidad que encarga requiere.

Ahora bien, para que proceda la selección por encargo se requiere que la misma se decida previo informe técnico legal que sustente la necesidad y viabilidad del Encargo, el mismo que será aprobado por el Titular de la Entidad. Estamos ante lo que la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General denomina informe obligatorio, puesto que el mismo es requisito para la toma de decisión. Está sometido a controversia determinar si nos encontramos ante un informe vinculante, puesto que si bien es cierto la norma no establece ello, con lo cual la presunción es que el informe no es vinculante, es difícil sustentar que pueda tomarse una decisión sin que el informe lo sustente.

El Reglamento establece además que la aprobación del Expediente de Contratación y de las Bases será competencia de la Entidad encargante⁷. El proceso de selección por encargo no se restringe al proceso de selección, afectando entonces a algunas de las actuaciones preparatorias, quedando otras dentro de la competencia de la Entidad encargante, como veremos más adelante.

1.2 Antecedentes

El antecedente de esta figura la encontramos en el Decreto Ley N° 25565, el cual crea el sistema de licitaciones y concursos denominados «Evaluación Internacional de Procesos». Conforme el artículo 1 de dicha norma, en los casos que sean aprobados por Resolución Suprema, los organismos del Sector Público y las empresas, integrantes de la actividad empresarial del Estado, encargarán a determinadas entidades especializadas la realización de sus procesos de licitación pública para la adquisición de bienes, servicios y la ejecución de obras y los concursos de méritos

1 Artículo 76.- *Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.*

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

2 Decreto Legislativo N° 1017:

Artículo 15.- Mecanismos de contratación

Los procesos de selección son: licitación pública, concurso público, adjudicación directa y adjudicación de menor cuantía, los cuales se podrán realizar de manera corporativa o sujeto a las modalidades de selección de Subasta Inversa o Convenio Marco, de acuerdo a lo que define el Reglamento.

En el Reglamento se determinará las características, requisitos, procedimientos, metodologías, modalidades, plazos, excepciones y sistemas aplicables a cada proceso de selección

3 RETAMOZO LINARES, Alberto – Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 727.

4 Párrafo final del artículo 6 de la Ley.

5 Artículo 86 del Reglamento.

6 Ahorro de fondos públicos, ahorro de horas hombre, oportuna satisfacción de la necesidad, entre otros. Opinión N° 034-2011/DT N

7 Sobre el particular: RETAMOZO LINARES, Alberto – Ob. cit., p. 784 y ss.

para la contratación de consultoría, supervisiones, peritajes, estudios, asesorías e inspecciones. Es preciso señalar que dicho Decreto Ley fue derogado por la Ley N° 28549, después de más de una década de controvertida vigencia.

A su vez, el artículo 80 del Decreto Supremo 084-2004-PCM, antecedente inmediato de la modalidad que venimos comentando, establecía que, por razones económicas o de especialidad, una determinada Entidad podrá encargar a otra la realización del proceso de selección que aquella requiera, con lo cual queda claro que en la normativa precedente esta figura se encontraba claramente limitada, no regulándose el encargo a entes privados como sí ocurre en el Reglamento vigente.

Se señalaba que, para tal efecto, la Entidad encargada designará al Comité Especial, el que, además de conducir el proceso de selección, elaborará las Bases, las mismas que deberán ser aprobadas por el funcionario responsable de la Entidad encargante. Este último será también el responsable de aprobar cualquier modificación que se quiera efectuar a las Bases. La norma preceptuaba, además, que la actuación del Comité Especial se circunscribirá a lo establecido en dicho reglamento. Era claro que con la regulación precedente esta modalidad se encontraba limitada a la actuación del comité especial⁸.

Ahora bien, una vez que ha quedado consentido el otorgamiento de la buena pro o que haya sido apelado este acto, debía remitirse el expediente a la Entidad encargante. Se señalaba finalmente que la programación, la resolución del eventual recurso de apelación y todo lo referido a la ejecución contractual, será responsabilidad exclusiva de la Entidad encargante.

1.3 El encargo de gestión

En muchos casos se requiere que un órgano administrativo traslade ciertas facultades operativas a otros órganos a fin de realizar de manera más eficiente su labor. Para ello se emplea el encargo de gestión, que consiste en la posibilidad que la realización de actividades

con carácter material, técnico o de servicios de competencia de un órgano sea encargado a otros órganos o entidades. Como hemos señalado, dicho traslado se da por razones de eficacia, o cuando la entidad –u órgano– encargada posea los medios idóneos para su desempeño por sí misma⁹, medios idóneos que no posee el órgano que efectúa el encargo.

El encargo de gestión, al igual que la delegación, se da entre entidades distintas de la Administración Pública, puesto que cuando se transfieren competencias o facultades operativas al interior de una entidad se habla propiamente de desconcentración¹⁰. Como resultado, el encargo de gestión es un importante mecanismo de colaboración administrativa.

Esta institución se reguló de manera genérica por primera vez en nuestra legislación a través de la Ley N° 27444, puesto que no la encontrábamos en ninguna de las normas de procedimiento administrativo precedentes, no obstante que ha sido común observar convenios en los cuales se ha encargado determinadas actividades a determinados órganos o entes de la Administración por parte de otros. Dichos convenios eran regulados por normas específicas, diseminadas por el ordenamiento jurídico administrativo, siendo necesario que se genere un tratamiento unificado de la institución, como ocurre en la doctrina y el derecho comparado.

Ahora bien, encontramos importantes diferencias entre el encargo de gestión y la delegación. En primer lugar, el encargo de gestión no implica transferencia de competencia, la misma que es conservada por el órgano delegante¹¹. Asimismo, el encargo de gestión se confiere para la realización de actividades operativas o materiales, a diferencia de la delegación, que implica además la transferencia de facultades decisorias¹²; salvo en lo concerniente a la emisión del otorgamiento de la buena pro. Finalmente, la delegación se hace efectiva mediante un acto administrativo, mientras que el encargo de gestión, por ser un mecanismo de colaboración administrativa, se formaliza mediante convenio, como veremos seguidamente.

8 Sobre el particular: MARTÍNEZ ZAMORA, Marco Antonio – «Los procesos de selección por encargo en el régimen de la contratación pública por encargo. Una aproximación a los procesos de las entidades conducidos por terceros». En: *Actualidad Jurídica* T. 152. Lima: Gaceta Jurídica, Julio 2006.

9 Artículo 71°, numeral 71.1 de la Ley N° 27444.

10 Y es que resulta un despropósito extender el encargo de gestión a órganos de una misma entidad, puesto que el deber de colaboración entre órganos basta para hacer efectiva la realización de actividades operativas. Sobre el particular: PARADA VAZQUEZ, Ramón - Derecho administrativo. Madrid: Marcial Pons, 2002, T. I, p. 57. A mayor abundamiento, resulta imposible la celebración de convenios – en la definición técnica del término – al interior de un organismo público, conformado por órganos, que por definición carecen de autonomía.

11 MORON URBINA, Juan Carlos – Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 212.

12 SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso – Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pp. 427-428.

1.3.1 Formalización del encargo de gestión

El encargo de gestión es formalizado mediante convenio, en el cual deberá señalarse en forma expresa la mención de la actividad o actividades a las que se afecte, el plazo de vigencia del encargo, la naturaleza y su alcance¹³. Ello implica que el encargo de gestión, en primer lugar, debe estar definido materialmente. Asimismo, es por definición temporal y no puede exceder el plazo señalado en la resolución que lo establece. Finalmente, el convenio debe definir el tipo de encargo que se está realizando y, cual es el alcance de dicho encargo en términos de atribuciones y facultades.

El convenio es una figura particular dentro del derecho administrativo moderno. La figura aparece solamente tres veces en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en dos de los casos referidos a mecanismos de cooperación y en uno de ellos a la posibilidad de que se celebren entre particulares en el ámbito de los procedimientos trilaterales. Ello demuestra un tratamiento poco orgánico de la institución, puesto que el ordenamiento jurídico peruano no define de una manera adecuada que debe entenderse por convenio.

De acuerdo con la generalidad de la doctrina, cuando se habla de convenio, debe entenderse que es el acuerdo de la Administración que a su vez no configura un contrato administrativo, y que es celebrado entre distintos entes de la misma¹⁴, o entre una entidad administrativa y un administrado. En tal sentido, el acuerdo que genera el encargo de gestión entre dos entidades carecería de contenido patrimonial.

1.3.2 Responsabilidades que asume la entidad que realiza el encargo de gestión

En el encargo de gestión no nos encontramos ante un supuesto de transferencia o traslación de competencia, sino ante un caso de ejercicio alterno de la misma. En consecuencia, el órgano que encarga la gestión mantiene de manera integral la titularidad de la competencia – situación que distingue claramente el encargo de gestión de la

delegación - y mantiene la responsabilidad por ella, debiendo supervisar de manera directa la actividad que se va a realizar¹⁵.

Nos encontramos nuevamente ante supuestos de responsabilidad objetiva de la Administración Pública, la misma que debe considerarse compartida con el órgano que se encarga de manera directa de la gestión. La ley, sin embargo, no hace referencia alguna a la existencia de solidaridad respecto a quien ejerce el encargo y la entidad que encarga las funciones en cuestión.

1.3.3 Encargos de gestión a personas jurídicas no estatales

La necesidad de establecer mecanismos de colaboración entre la Administración Pública y la actividad privada permite establecer la posibilidad de que puedan hacerse efectivos encargos de gestión a personas jurídicas no estatales. Dicho mecanismo requiere sin embargo algunos requisitos¹⁶. En primer lugar, la entidad debe estar facultada mediante norma con rango de Ley a efectuar el encargo de gestión, sin que baste la autorización genérica establecida por la Ley.

Como un requisito material además, se requiere que dicho encargo se sustente en razones de índole técnico y presupuestal¹⁷, es decir, cuando la entidad no estatal posea medios más idóneos o cuando el costo de la realización de la actividad por parte de la entidad resulte más oneroso que el costo generado por el ente encargado, como ocurre en la normativa contractual.

Debe tenerse en cuenta que dicho encargo – que se hace efectivo mediante convenios - deberá realizarse con sujeción al Derecho Administrativo y no en mérito del derecho privado¹⁸. En consecuencia, el convenio que se suscriba se regula mediante normas provenientes del régimen exorbitante que favorece a la Administración Pública y no del régimen común establecido en las normas civiles o comerciales. Como veremos más adelante, en este caso más que un convenio, nos encontraríamos ante un verdadero contrato de derecho público, debiendo analizar más adelante si es un contrato administrativo.

13 Artículo 71°, numeral 71.2 de la Ley N° 27444.

14 En este caso, se convertirá en un acuerdo no contractual, puesto que no existen finalidades distintas entre las partes, situación que sí se da respecto del contratista en el marco de los contratos administrativos. Sobre el particular: DROMI, Roberto – Derecho Administrativo. Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000p. 346-347.

15 Artículo 71°, numeral 71.2 de la Ley N° 27444.

16 Artículo 71°, numeral 71.4 de la Ley N° 27444.

17 Debe entenderse que existe un error material en la redacción de la norma, puesto que el anteproyecto de la misma indicaba el término *presupuestal*, mientras el texto señala *presupuestado*. Es obvio que el primero es el término correcto, dado el contexto de lo que se regula.

18 Previsión importante que impide precisamente que pueda burlarse la aplicación del derecho administrativo en el encargo de gestión. En el derecho español, por ejemplo, se encuentra prohibido el encargo de gestión a favor de entidades sometidas al derecho privado, lo cual incluye a las empresas públicas. Sobre el particular: PARADA VAZQUEZ, Ramón - Ob. cit. T. II, p. 57; SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso - Ob. cit., p. 428.

Ahora bien, a diferencia de los contratos de concesión, el encargo de gestión implica un mecanismo de gestión mixta, lo cual le otorga una regulación distinta. Ello es clave para que pueda proceder el encargo del proceso de selección a una Entidad Privada, no obstante la controversia que genera dicha figura, la misma que como veremos más adelante ha sido indebidamente proscrita por la Nueva Ley de Contrataciones.

2. Encargo a una entidad pública

En este punto el Reglamento establece¹⁹ que la Entidad pública encargada designará a un Comité Especial que, además de conducir el proceso de selección, elaborará las Bases, las mismas que deben ser aprobadas por el funcionario responsable de la Entidad encargante. Esta disposición le otorga una mayor objetividad al procedimiento de aprobación de las bases del proceso de selección.

Se señala que la designación, conformación y funcionamiento del Comité Especial se sujetará a lo estipulado en el Reglamento, en lo que le sea aplicable. Es en estas disposiciones que notamos que este mecanismo afecta no solo el proceso de selección, sino parte de las actuaciones preparatorias, aquellas indispensables para la eficiente tramitación del proceso de selección.

Ahora bien, en caso de presentarse recurso de apelación, el mismo será resuelto por el Titular de la Entidad encargada o por el Tribunal, según corresponda, a fin de generar un paralelo con el proceso de selección tradicional. Sin embargo, se mantiene la dificultad que encontramos en el procedimiento clásico o tradicional, donde se mantienen la competencia a favor del titular de la entidad para determinados procesos, lo cual afecta su imparcialidad.

Finalmente, conforme al Reglamento, una vez que ha quedado consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, deberá remitirse el expediente a la Entidad encargante para que ella proceda a la suscripción y ejecución del contrato respectivo. Como resultado, debemos señalar que el encargo a una entidad pública no afecta la ejecución contractual.

Esta forma de encargo, que es la única que admite la Nueva Ley de Contrataciones, muestra ventajas y desventajas. La ventaja más clara es que permitirá un mejor control del proceso de selección a la vez que su realización por una entidad que posea una

mayor especialización en el objeto contractual. La desventaja de esta forma de encargo estriba en que el funcionamiento de la entidad encargada podría no ser suficientemente ágil, con lo cual la mayor eficiencia perseguida por el encargo se encontraría seriamente afectada.

3. Encargo a una entidad privada, nacional o internacional

Es posible también encargar un proceso de selección a una entidad privada, en el contexto de una mayor colaboración entre la actividad privada y el Estado, lo cual puede generar una mayor eficiencia, que a su vez puede provenir de una mayor especialización o una mayor celeridad. Sin embargo, la Nueva Ley de Contrataciones no posee dicho criterio, puesto que restringe el encargo a entidades estatales²⁰.

Así, la Exposición de Motivos de la norma señala que no nos encontramos ante una alternativa viable. Dicho documento señala que el encargo a entes privados no cumple con las intenciones del legislador, el marco legal genera que la empresa privada actúe solo como un asesor, y además no hay demanda ni oferta en el mercado²¹. Si bien varias de dichas falencias pueden estar acreditadas, ello obligaría más bien a perfeccionar la regulación antes que a eliminar esta modalidad de encargo, que podría ser más eficiente que el encargo a entidades públicas. A ello debemos agregar que el encargo a entidades privadas promueve la inversión, lo cual es necesario en todo momento, pero más en situaciones de menor crecimiento económico.

3.1 El procedimiento a emplear

Ahora bien, el procedimiento establecido en el Reglamento nos lleva a deducir que el encargo a entidades privadas no constituye en realidad un convenio, sino que es un verdadero contrato administrativo. En primer lugar, el Reglamento preceptúa²² que la Entidad encargada será seleccionada, mediante el proceso de selección que corresponda, teniendo en cuenta el objeto y la cuantía de la comisión, conforme a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento. La decisión de encargar la contratación corresponde al Titular de la Entidad, siendo además esta facultad indelegable.

Se establece que las Entidades participantes deberán acreditar una experiencia de contratación pública o privada, no menor a dos (2) años

19 Artículo 87 del Reglamento.

20 Artículo 6. Organización de los procesos de contratación

Los procesos de contratación son organizados por la Entidad, como destinatario de los fondos públicos asignados a la contratación.

Mediante convenio una Entidad puede encargar a otra Entidad las actuaciones preparatorias y/o el procedimiento de selección

21 Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 28 y ss.

22 Artículo 88 del Reglamento.

en el mercado nacional o internacional, en bienes, servicios u obras, según corresponda al requerimiento de la Entidad encargante. Asimismo, deberán estar inscritas en el RNP y no encontrarse impedidas para contratar con el Estado.

Asimismo, el Reglamento dispone que la Entidad encargada celebrará un convenio con la Entidad encargante, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. Este convenio, como lo hemos señalado, es en realidad un contrato administrativo y debe regularse como tal, lo cual permitiría darle mayor pertinencia a esta figura y no proceder a eliminarla del ordenamiento como ocurre en la Nueva Ley de Contrataciones.

Se señala además que la solución de controversias derivadas del convenio antes señalado se realizará por conciliación o arbitraje, lo cual es consistente con la normativa contractual y permite resolver dichas controversias de manera más eficiente, dada la existencia de mayor celeridad y especialidad.

Por otro lado, conforme a la norma materia de análisis, los procesos de contratación que realicen las Entidades encargadas se sujetarán a lo dispuesto en la Ley y el Reglamento, lo cual permite asegurar que la contratación permanezca dentro de la regulación contractual vigente, a diferencia de lo que ocurre con los encargos a organismos internacionales, como veremos más adelante.

Se dispone además que, de interponerse un recurso de apelación, éste será resuelto por la Entidad encargante o por el Tribunal, según corresponda, manteniéndose la ineficiente regulación que establece que el titular de la entidad pueda resolver apelaciones en el contexto de procesos de selección²³.

3.2 Convenio modelo

Finalmente, el Reglamento prescribe que el OSCE establecerá mediante directiva un Convenio Modelo, que será empleado obligatoriamente para realizar procesos por encargo a Entidades Privadas nacionales o internacionales; así como otros requerimientos necesarios y aspectos complementarios para la participación de las Entidades Privadas nacionales o internacionales en el proceso de selección por Encargo. Dicha directiva no ha sido emitida hasta la fecha, no

siendo necesario que se emita dado que esta modalidad de encargo ha sido eliminada del ordenamiento en aplicación de la Nueva Ley de Contrataciones.

4. Encargo a Organismos Internacionales

Esta es la modalidad de selección por encargo que se ha encontrado sometida a una mayor controversia. Ello, por las dificultades que existen para su fiscalización y por el hecho de que las reglas de los procesos de selección operan de manera paralela, no obstante encontrarnos aparentemente ante un ente que garantizaría especialidad e imparcialidad²⁴.

De hecho, dado que la Nueva Ley limita los encargos a entidades públicas, esta posibilidad quedaría descartada en el texto del Reglamento de dicha norma. Lo antes señalado es consistente además con lo señalado en la Exposición de Motivos de la Nueva Ley²⁵, documento que reconoce las dificultades antes señaladas, a lo cual hay que agregar la laxitud de la regulación contenida en el Reglamento, como veremos a continuación.

4.1 Aprobación

En este punto el Reglamento preceptúa²⁶ que los convenios de encargo se aprueban para el caso de las Entidades del Gobierno Nacional y los Organismos Constitucionalmente Autónomos, mediante resolución de su Titular. La redacción original de la norma, que fuera modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, era más restrictiva puesto que requería de resolución suprema refrendada por el Ministro del Sector correspondiente.

Por otro lado, en el caso de los Gobiernos Regionales y Locales, los convenios se aprueban mediante Acuerdo del Consejo Regional o Municipal, respectivamente; parámetro consignado a fin de darle una mayor legitimidad a las decisiones de los entes descentralizados. Es preciso recordar que en el ámbito municipal, los acuerdos son decisiones, que toma el concejo, referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional²⁷.

A su vez, en cuanto a los Acuerdos del Consejo Regional, la norma aplicable establece que los

23 Disposición agregada por el Decreto Supremo N° 021-2009-EF.

24 Sobre el particular: CORDOVA SCHAEFER, Jesús – «El uso de la selección por encargo ¿Son mejores los procesos llevados a cabo por un privado que una Entidad Pública?» En: *Gestión Pública y Desarrollo*, Junio 2012. Lima: ECB.

25 Exposición de Motivos de la Ley N° 30225, p. 27.

26 Artículo 89 del Reglamento.

27 Artículo 41 de la Ley Orgánica de Municipalidades.

mismos expresan la decisión de este órgano sobre asuntos internos del Consejo Regional, de interés público, ciudadano o institucional o declara su voluntad de practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional²⁸.

4.2 Procedimiento

El Reglamento establece que, para adoptar la decisión de encargo y para designar el organismo internacional se debe contar previamente con el informe favorable de la Oficina de Presupuesto, o la que haga sus veces, sobre la disponibilidad de los recursos para el financiamiento de la contratación objeto del encargo; así como el informe de la Oficina de Administración, o la que haga sus veces, sobre las ventajas y beneficios de la concertación del convenio. Estos informes son obligatorios, y debería entenderse también como informes vinculantes. Asimismo, debería ser necesaria la emisión de un informe legal, pero ello no se encuentra señalado expresamente en el Reglamento.

Asimismo, se establece que los organismos o instituciones internacionales con los cuales las Entidades suscriban los referidos convenios deberán encontrarse acreditadas en el Perú de acuerdo con las normas sobre la materia, debiendo presentar a la Entidad el documento correspondiente.

Se señala además que la Entidad encargante celebrará un convenio con el organismo encargado, el que deberá ser específico y concreto para cada proceso de contratación encargado. Cada convenio detallará las obligaciones y responsabilidades de cada una de las partes. Este convenio es en realidad un contrato administrativo, el cual sin embargo no es regulado como tal, generando parte de los múltiples inconvenientes que muestra esta modalidad de encargo.

En este punto es preciso señalar que el encargo es aplicable al proceso de selección, no estando dentro de su alcance las actuaciones preparatorias señaladas en el Reglamento ni la ejecución contractual; en consecuencia la inaplicación de la normativa contractual se aplica únicamente a proceso de selección, lo cual se encuentra corroborado por lo señalado por OSCE sobre el particular²⁹.

4.3 Contenido de los convenios

Se establece además que los convenios contendrán un conjunto de aspectos. En primer lugar, el compromiso por parte del organismo

internacional de que los procesos se sujetarán a normas uniformes aplicables a nivel internacional y que cumplan los principios establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, compromiso cuyo cumplimiento necesariamente debe verificarse.

Asimismo, el convenio debe contener el compromiso del organismo internacional de llevar a cabo procesos de capacitación en materia de compras al personal que la Entidad designe, disposición que no muestra una gran utilidad práctica, dada la inaplicación de la normativa contractual y la acreditación del personal en materia de contrataciones con el Estado conforme lo dispuesto por la normativa de la materia.

Además, en cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, se consigna la obligación por parte de la Entidad de incluir las contrataciones en el Plan Anual de Contrataciones, así como de registrar en el SEACE, directamente o a través del organismo internacional, la convocatoria de los procesos de contratación que realice el organismo internacional encargado, el resultado de los mismos, los proveedores adjudicados, los montos y contratos celebrados. Ello sin embargo no corrige las atingencias existentes respecto de esta modalidad de encargo.

Finalmente, conforme lo dispuesto por el Reglamento, los convenios deben contener la provisión de información periódica al Ministerio de Economía y Finanzas, Contraloría General de la República y al OSCE, respecto de la ejecución del encargo, sin perjuicio de aquella información que sea solicitada por estas entidades. Esto, que se muestra como un mecanismo de control, no resultaría suficiente para asegurar la eficiencia de este proceso de selección especial.

4.4 Las excepciones contenidas en la Ley de Presupuesto de este año

Sin embargo, la Vigésima Séptima Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30281, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2015, autoriza a un conjunto de entidades a celebrar convenios de encargo del procedimiento de selección con organismos internacionales, partir de la entrada en vigencia de la Ley 30225 y durante el Año Fiscal 2015.

En primer lugar, se otorga una autorización amplia al Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), para la contratación de los servicios de supervisión y aquellos servicios que resulten necesarios para realizar dicha supervisión,

28 Artículo 39 de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.

29 RETAMOZO LINARES, Alberto – Ob. cit., p. 789 y ss.

relacionados con las actividades de explotación de infraestructura de transporte de uso público de competencia del OSITRAN, en el marco del ejercicio de su función supervisora.

Asimismo, se autoriza al Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, para la implementación de proyectos de inversión para servicios de movilidad urbana y rural y de proyectos de inversión vinculados y complementarios a la atención de la población en la Zona Baja de Belén y de la Gran Plaza de la Nación, adyacente al Centro Cultural de la Nación, con el fin de conmemorar el fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, en el diferendo marítimo Perú - Chile, de fecha 27 de enero de 2014. Disposición bastante confusa, puesto que no queda clara la relación entre la inversión en la Zona Baja de Belén (ubicado en Maynas), la Gran Plaza de la Nación que no es adyacente, sino que forma parte del Centro Cultural de la Nación³⁰; y el fallo de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

Asimismo, la autorización antes señalada opera para los proyectos de los gobiernos subnacionales que, previo convenio, financie y ejecute el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, y que se enmarquen en el ámbito de sus competencias; disponiéndose que las entidades que resulten competentes ejecuten las acciones necesarias para contribuir con la implementación de los proyectos antes indicados.

Se autoriza también a la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS), para la contratación de los servicios de supervisión y aquellos servicios que resulten necesarios para realizar la supervisión de los contratos de concesión sobre servicios de saneamiento, en el marco del ejercicio de su función supervisora. Esto opera en el marco de la promoción de la inversión privada en los servicios de saneamiento establecida en las normas sobre la materia.

Finalmente, dicha autorización se encuentra dirigida al Ministerio de Educación, para que el Programa Nacional de Infraestructura Educativa (PRONIED) adquiera y/o reponga mobiliario y/o equipamiento para las instituciones educativas de educación básica. En este punto es necesario señalar que el PRONIED³¹ tiene entre sus atribuciones promover la participación del sector privado y la sociedad civil en el financiamiento, ejecución de infraestructura y estudios relacionados, así como en la gestión, mantenimiento, implementación y evaluación de infraestructura educativa pública, en las formas previstas por el marco normativo aplicable.

30 Decreto Supremo N° 003-96-ED.

31 Creado mediante Decreto Supremo N° 004-2014-MINEDU.

4.5 Los requisitos

La referida norma establece que los organismos internacionales con los cuales se suscriban los convenios deben cumplir con un conjunto de condiciones, las cuales se muestran más estrictas que las establecidas en el Reglamento. En primer lugar, deben contar con manuales u otros documentos publicados en su portal electrónico sobre sus procedimientos selectivos, los cuales deben estar acordes con los principios que rigen la contratación, así como con los tratados o compromisos internacionales que incluyen disposiciones sobre contratación pública suscritos por el Perú. Este requisito se establecía a medias en el Reglamento, el cual es necesario para coadyuvar a la eficiencia del proceso de contratación a ser efectuado por el organismo internacional.

En segundo lugar, se establece que las impugnaciones deben ser resueltas por instancias imparciales distintas a la que llevó a cabo el procedimiento selectivo. Esta disposición es clave también para asegurar la eficiencia del procedimiento, teniendo en cuenta, como hemos señalado anteriormente, la necesidad que los recursos sean resueltos por una instancia imparcial. El problema estriba en que la impugnación sea resuelta al interior del propio organismo internacional.

Asimismo, conforme a la Ley de Presupuesto debe contarse con auditorías internas y externas al organismo que lleva a cabo el procedimiento selectivo. Esto no se encuentra establecido en el Reglamento y constituye una importante regulación destinada a verificar la existencia de controles internos y externos respecto de los organismos internacionales que tramitan procesos de selección.

Finalmente, se establece que el organismo internacional debe implementar mecanismos de fortalecimiento de capacidades en el objeto materia de la contratación para los funcionarios públicos de la Entidad que suscribe el convenio. Esto ya se encontraba establecido en el Reglamento, pero como un compromiso a ser establecido en el convenio.

En cuanto a los convenios, se establece que son para efectuar, exclusivamente, contrataciones referidas a los fines recogidos en los mandatos de acuerdo de los tratados constitutivos o decisiones de los organismos internacionales. Esto constituye también una novedad respecto de la regulación contenida en el Reglamento a fin de evitar que el organismo internacional realice un procedimiento de selección para el cual carece de competencia.

Asimismo, se establece que los convenios serán suscritos por el titular de la entidad, y previo a su celebración se requiere tener un informe legal, un informe favorable de la Oficina de Presupuesto en la cual se demuestre la disponibilidad de recursos para su financiamiento, y un informe técnico que demuestre las ventajas y beneficios del convenio. Aquí la gran novedad respecto a lo regulado por el Reglamento es la incorporación del informe legal, a lo cual nos hemos referido líneas arriba y que consideramos necesario para el sustento del encargo.

Para efectos de la publicidad y transparencia, se establece que las entidades bajo los alcances de la referida disposición, deben registrar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE) la convocatoria de los procesos, el resultado de la

selección, los contratos y montos adjudicados, de manera similar a lo regulado por el Reglamento; que igualmente no funciona como un eficiente mecanismo de control, más aún si no se encuentra consignada la obligación de incorporar el proceso en el Plan Anual, lo cual si se encuentra recogido en el Reglamento.

Finalmente, se establece que los referidos organismos internacionales, bajo responsabilidad de su titular, deben proveer información a la Contraloría General de la República, al Ministerio de Economía y Finanzas y al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), de ser solicitados por éstos. Ello, a diferencia de lo regulado por el Reglamento, donde esta es una obligación cuyo cumplimiento es periódico. 