

Título: Los convenios de la Administración. Su asidua utilización y su falta de previsión normativa en el ámbito nacional y de la Ciudad

Autor: Bugallo, Jorge M.

Publicado en: LLCABA2019 (agosto), 1

Cita Online: [AR/DOC/553/2018](#)

Sumario: I. Actividad de la Administración. Ámbito normativo nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— II. Innegable utilización de la figura del convenio al momento de contratar por parte de la Administración.— III. Principales diferencias entre un Convenio/Acuerdo y un Contrato.— IV. Ley española 40/2015, del 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Regulación normativa de la figura del "Convenio".— V. Conclusión.

I. Actividad de la Administración. Ámbito normativo nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Es sabido que, para el cumplimiento de sus fines, el Estado —entendido como Administración Pública centralizada, descentralizada y los Poderes Legislativo y Judicial en su actividad materialmente administrativa— despliega diverso tipo de actuaciones y procedimientos. En tal desempeño, dicta actos generados exclusivamente por la actuación en la esfera administrativa, que en su conjunto constituyen los denominados actos administrativos, y a su vez celebra actos bilaterales y plurilaterales, en los cuales participan distintos órganos de la Administración o en los que esta se vincula directamente con particulares, que originan verdaderas convenciones, que la doctrina suele distinguir entre actos convencionales o simples convenciones y actos contractuales o contratos.

Las convenciones se caracterizan por resultar de dos o más voluntades que concurren al logro de un fin coincidente y resultan en la mayoría de las veces de la acción conjunta de dos o más entidades administrativas, que reglan así una actividad común.

Por su parte, los contratos administrativos tienen lugar cuando la Administración llama al acuerdo a los particulares, dándose lugar de ese modo a un acto de voluntad común, por el cual ambas partes reglan sus derechos y obligaciones en el marco de un régimen exorbitante —integrado en forma equilibrada por prerrogativas de la Administración y garantías de los particulares— que es propio de las relaciones de derecho administrativo y en los cuales la Administración tiene siempre en mira el logro de una finalidad de interés

público. De esta forma, el contrato administrativo constituye uno de los diversos medios jurídicos de que puede hacer uso el Estado en el desarrollo de su actividad tendiente a satisfacer el bien común. En orden al régimen jurídico aplicable, la distinción mencionada entre actos administrativos y contratos administrativos no impide que a estos últimos se les aplique en forma directa el régimen jurídico propio de los aquellos, en todo aquello que no esté regulado por las normas específicas que rigen esos contratos. Ello, de conformidad con lo establecido por la ley nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos y el dec. 1510/97 de Procedimientos Administrativos de la Ciudad, en ambos casos en el último párrafo de los respectivos arts. 7°.

Ahora bien, del análisis de la normativa referente al Régimen de Contrataciones de la Administración Pública Nacional establecido en el decreto delegado 1023/01, reglamentado por el dec. 1030/2016 y el Manual de procedimiento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional de la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) contenido en la disposición 62-E/2016; así como en la ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad de Buenos Aires, reglamentada por el dec. 326/2017 puede observarse que no surge referencia alguna a los aludidos "convenios" que celebra la Administración.

II. Innegable utilización de la figura del convenio al momento de contratar por parte de la Administración

La realidad de la práctica administrativa referida a las relaciones jurídicas entabladas por la Administración Pública central y descentralizada y por los Poderes Legislativo y Judicial en su actividad materialmente administrativa demuestra que en múltiples ocasiones se instrumentan convenios con diversa denominación (Convenio de Colaboración, Convenio de Complementación, Convenio Marco, Acuerdo de Cooperación, Convenio/Acuerdo Específico etc.), sin que exista regulación jurídica alguna de dicho instituto.

La constante utilización de la figura del "Convenio" para llevar a cabo contrataciones que en muchas ocasiones importan desembolso o erogación económica por parte de la Administración, o encubriendo otro tipo de contrataciones que —no obstante el nombre dado para encabezar su texto— subyacen en el fondo del negocio celebrado, unido a la falta de una definición conceptual y de una regulación normativa propia, no impide en modo alguno la existencia de una variedad de criterios para su implementación en la instancia de la actuación administrativa.

No obstante lo expuesto, la denominación de convenio se utiliza dentro del ámbito general de actuación del Estado para referirse a la coincidencia de dos o más voluntades para la consecución de un fin común.

En ese orden de ideas, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, en un reciente pronunciamiento tendiente a clarificar las características relativas a la figura del "Convenio de Colaboración", ha expresado: "Cuando priman la coordinación y la colaboración en el ejercicio de las potestades desplegadas para un objetivo común para ambas partes, y nos encontramos en presencia de un plan de gobierno a ejecutar de manera conjunta, siendo lo patrimonial secundario o accesorio, nos encontramos ante la figura de un convenio de colaboración. Los convenios de colaboración se caracterizan por la cooperación entre las partes en razón de la existencia de una comunidad de fines. Propenden a la consecución de un fin común a las partes. Siendo que una de ellas es el Gobierno de la Ciudad, dicho fin es siempre de interés público..." (EE 27670810-DGEV-2017 IF-2018-00938737- PG del 3 de enero de 2018).

No es poco alarmante ni infrecuente el indebido uso de esta figura por parte de la Administración como instrumento de ejecución del presupuesto asignado.

De esta forma, al efectuar una somera lectura de los mencionados Convenios de Colaboración, Convenios de Complementación, Convenios Marco, Acuerdos de Cooperación, Convenios Específicos u otros de denominación similar, resulta muy común advertir la existencia de cláusulas por las que una o ambas partes del convenio se comprometen a solventar gastos emanados de las actividades a realizarse en el marco del Convenio / Acuerdo.

A modo de ejemplo, y sin mencionar las partes firmantes del Acuerdo, se transcribe a continuación una cláusula financiera incorporada en un Acuerdo de Cooperación entre dos organismos públicos del tipo supra indicado: "Art. 6º. Disposición Financiera 6.1. Las actividades previstas en el arts. 2.5 y 3º no implican obligaciones de carácter financiero para XXX (organismo público que suscribe el Acuerdo de Cooperación con Z que es la otra entidad estatal). XXX no efectuará pago alguno a los becarios y al personal asociado conforme al presente Acuerdo. Z y el personal asociado serán los únicos responsables de los gastos de transporte, alojamiento, alimentación y de salud que suponga la realización de esas actividades...".

III. Principales diferencias entre un Convenio/Acuerdo y un Contrato

De modo genérico pueden mencionarse las siguientes diferencias entre:

III.1. Convenio/Acuerdo

Inexistencia de contraposición de intereses entre los firmantes del acuerdo —prestación de un servicio a cambio de una contraprestación económica—, sino que se trata de establecer una colaboración o cooperación institucional para llevar a cabo una actuación en respuesta de objetivos compartidos o que las partes consideren de interés común.

En virtud de este puede verificarse la realización de gastos o la erogación de recursos públicos.

En principio, ninguna de las partes tendrá interés patrimonial. Los intereses de las partes persiguen un fin público.

No van precedidos de proceso de selección, porque se trata de priorizar necesidades para destinar recursos comunes en orden a un fin público. Las prestaciones son conmutativas, es decir equivalentes, aunque muchas veces pueden establecerse privilegios a favor de una de las partes.

A modo de ejemplo y sin mencionar las partes firmantes del Acuerdo, se transcribe a continuación una cláusula del tipo indicado precedentemente: "Art. 11. Propiedad Intelectual 11.1. Las Partes reconocen que el derecho de título, autor, patente u otro derecho de propiedad respecto al producto o servicio suministrado por él o la becaria o el/la persona enviada como personal asociado en virtud de este Acuerdo, corresponden exclusivamente a la...".

III.2. Contrato oneroso

Se verifica una contraposición de intereses y la existencia de contraprestaciones recíprocas. En general, versa sobre la realización de una actividad singular y específica que forma parte del tráfico mercantil.

Existe interés patrimonial.

El contratista siempre buscará un beneficio.

Ineludiblemente, debe anteceder a la contratación un proceso de selección del contratista de la Administración, salvo que se verifique algún supuesto que habilite la

contratación directa.

IV. Ley española 40/2015, del 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Regulación normativa de la figura del "Convenio"

Con la sanción de la ley 40/2015, en España se ha regulado el instituto denominado "Convenio". Es así como en el Capítulo VI de dicha ley se ha definido lo relativo a su definición y los tipos de convenios (art. 47), acotándose que "1. Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por las Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes o las Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común. No tienen la consideración de convenios, los Protocolos Generales de Actuación o instrumentos similares que comporten meras declaraciones de intención de contenido general o que expresen la voluntad de las Administraciones y partes suscriptoras para actuar con un objetivo común, siempre que no supongan la formalización de compromisos jurídicos concretos y exigibles. Los convenios no podrán tener por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público". Seguidamente, identifica los tipos de Convenios que podrán suscribirse.

Asimismo, regula lo atinente a: requisitos de validez y eficacia de los convenios (art. 48), su contenido (art. 49), los trámites para su suscripción y sus efectos (art. 50), su extinción (art. 51), los efectos en caso de resolución (art. 52) y la remisión de los convenios al Tribunal de Cuentas (art. 53).

V. Conclusión

Las consideraciones vertidas precedentemente dan cuenta de la orfandad de regulación normativa específica del instituto del "Convenio" usualmente utilizado por la Administración Pública y los Poderes Legislativo y Judicial en su función materialmente administrativa al momento de celebrar acuerdos con diversas entidades, principalmente estatales.

La necesidad de su definición, de su tipificación, de su contenido y de su registro y contralor resulta vital en miras a la modernización y transparencia de la actuación del Estado.

En tal sentido, la regulación española efectuada mediante la sanción de la ley 40/2015 resulta minuciosa y ejemplar.

