

ESTABLECEN CRITERIOS PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DE UN CONTRATO EN CONTRATACIONES DEL ESTADO POR MONTOS IGUALES O INFERIORES A 8 UIT

El pasado 10 de noviembre, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Acuerdo de Sala Plena N° 007-2021/TCE (en adelante, “el Acuerdo”) de fecha 1 de octubre de 2021, emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, “el TCE”), mediante el cual se establecen los criterios para acreditar la existencia de un contrato en las contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, referido a las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT.

A continuación, se desarrollan los aspectos más relevantes del Acuerdo:

1. Antecedentes

La Sala Plena del TCE identificó la existencia de criterios distintos empleados por las Salas para verificar la existencia de un contrato, en las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, al resolver cuándo corresponde determinar la responsabilidad administrativa por la comisión de la infracción referida a “contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley”, tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225 (en adelante, “la Ley”).

Asimismo, señaló que para afirmar que se ha configurado la referida infracción, la Sala a cargo del procedimiento

sancionador tiene que verificar dos (2) situaciones:

- a) Si existe un contrato entre el proveedor imputado y alguna Entidad del Estado.
- b) Si dicha relación contractual se concretó cuando dicho proveedor se encontraba inmerso en alguno de los impedimentos para contratar con el Estado, enumerados en el artículo 11 de la Ley.

La Sala Plena señaló que la diferencia de criterios está relacionada con la forma en que la Sala verifica la existencia del contrato cuando la contratación se enmarca en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5¹ de la Ley, toda vez que al tratarse de un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública, el ordenamiento no ha previsto una formalidad específica para la celebración del contrato.

Una primera posición considera que es imprescindible que obre en el expediente administrativo sancionador la copia de un contrato u orden de compra o de servicio, emitida a nombre del proveedor imputado, para poder afirmar que se ha cumplido con el primer elemento de necesaria verificación para la configuración de la infracción.

Una segunda posición considera que es posible afirmar que existe un contrato cuando obran en el expediente medios de prueba que evidencian la realización de actuaciones posteriores a la celebración del contrato, y que son propias del procedimiento destinado al

¹ Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado “Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE
5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley: a) Las contrataciones

cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco”.

pago de la contratación, tales como la conformidad, factura, constancia de prestación, comprobante de pago, entre otros; siempre que estos permitan identificar de manera fehaciente que se trata de la contratación por la que se atribuye responsabilidad al proveedor.

2. Análisis de la Sala Plena

La Sala Plena establece si bien las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT se encuentran excluidas del ámbito de la normativa de contratación pública, el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establece la posibilidad de que las infracciones tipificadas en este artículo puedan configurarse también en el marco de dichas contrataciones.

Al no existir un procedimiento específico para la formalización de dichas contrataciones en la Ley, las indagaciones que se realizan de manera previa y durante el procedimiento administrativo sancionador, iniciado por la presunta comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, no siempre permiten obtener una orden de compra o de servicio, y aun cuando esta puede ser obtenida, no siempre se acredita que haya sido recibida por el proveedor.

La Sala Plena señala que debido a la ausencia de regulación expresa para determinar cuándo debe entenderse por perfeccionado el contrato en contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, la Sala a cargo del procedimiento sancionador puede recurrir a la verificación de otros documentos que permitan probar que existe una relación contractual entre la Entidad y el proveedor imputado.

Estos documentos son aquellos emitidos tanto por la Entidad como por el contratista, y están relacionados con

actuaciones propias del procedimiento destinado al pago de la prestación contratada, los cuales pueden ser valorados en el procedimiento de manera individual o conjunta, según corresponda en cada caso.

Se establece que, a manera enunciativa, los referidos documentos pueden ser:

- Cotizaciones, facturas y recibos por honorarios emitidos por el proveedor
- Constancias de prestación emitidas por la Entidad para dar cuenta del cumplimiento de las obligaciones
- La conformidad del área usuaria
- Documentos de carácter financiero emitidos por las dependencias que intervienen en el flujo que finaliza con el pago al proveedor.

3. Acuerdo

Los Vocales del TCE acordaron por mayoría que en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados para determinar la existencia de la responsabilidad de la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, en las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, la existencia del contrato puede acreditarse mediante la recepción de la orden de compra o de servicio, o con otros documentos que evidencien la realización de otras actuaciones, siempre que estos medios probatorios permitan identificar de manera fehaciente que se trata de la contratación por la que se atribuye responsabilidad al proveedor.

4. Vigencia

El Acuerdo entró en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el

Diario Oficial “El Peruano”; es decir, desde el 11 de noviembre de 2021.

5. Voto en discordia

La vocal, Cecilia Ponce Cosme, manifestó su discordia del acuerdo adoptado en mayoría y sustentó su posición sobre la base de los siguientes argumentos:

- Un contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (art. 1352 del Código Civil), el cual queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente (art. 1373 del Código Civil), son conceptos del derecho civil que se aplican a las contrataciones del Estado cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT en tanto no se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública.
- Durante los procedimientos administrativos sancionadores iniciados para determinar la responsabilidad por la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, para verificar la existencia de una relación contractual es necesario que la Sala a cargo del procedimiento cuente, inequívocamente, con la orden de compra o de servicios debidamente recibida por el contratista.
- Dicha recepción puede verificarse en el mismo documento, por la confirmación realizada vía correo electrónico, por la respuesta automática generada por el correo electrónico, entre otros, pues para

afirmar que existe un contrato es necesario verificar la aceptación del contratista.

La vocal señaló que no concuerda con el criterio aprobado por mayoría, pues no considera que los comprobantes de pago y otros documentos emitidos por la Entidad o el contratista puedan constituir medios probatorios suficientes para afirmar la existencia de un contrato, ya que es posible que en la Administración Pública se reconozca alguna suma de dinero a favor de proveedores, por la ejecución de determinadas prestaciones, cuya fuente no sea un contrato².

6. Comentario

Este Acuerdo de Sala Plena brinda predictibilidad a los administrados a los que se les ha incoado un procedimiento administrativo sancionador para determinar su responsabilidad administrativa sobre la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, respecto al criterio que será utilizado por la Sala a cargo, para determinar la existencia del contrato en las contrataciones del Estado cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT.

Asimismo, establece un parámetro para la Administración respecto a los medios probatorios que debe presentar para acreditar de manera fehaciente la existencia de un contrato, elemento necesario para la configuración de la infracción referida.

² Conforme ha sido reconocido por la Dirección Técnico Normativa a través de las Opiniones N° 037-2017/DTN y N° 199-2018/DTN6.