

de conformidad con el artículo 78 y artículo VIII del Título Preliminar de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, el ejercicio de las competencias y funciones específicas de las municipalidades se debe realizar de conformidad y con sujeción a las normas técnicas sobre la materia.

La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Sala) verificó que la Municipalidad Distrital de José Luis Bustamante y Rivero impuso condiciones que exceden la Ley 29022 y el Decreto Supremo 0032015-MTC. En efecto, ni la Ley 29022 ni el Decreto Supremo 0032015MTC establecen las medidas citadas.

Al respecto, la Sala verificó que numeral 7.1 del artículo 7 de la Ley 29022 señala supuestos de prohibición para la instalación de infraestructura de telecomunicaciones en áreas públicas, sin embargo, esta norma ni el Decreto Supremo 003-2015-MTC, prohíben la instalación de infraestructura de telecomunicaciones en espacios públicos, todo lo contrario, se prevén normas que regulan el uso de estas.

Adicionalmente, se observa que de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 31199, Ley de Gestión y Protección de los Espacios Públicos (en adelante, la Ley 31199), se faculta a las entidades públicas la gestión de los espacios públicos, permitiendo la implementación, habilitación, rehabilitación, mantenimiento y supervisión de las áreas públicas, sin embargo, no se observa que se habilite a dichas entidades la facultad de prohibir el uso de estas.

Así también, el numeral 7.2 del artículo 7 de la Ley 29022 y el literal f) del artículo 12 del Decreto Supremo 003-2015-MTC, indican que las normas sectoriales disponen la protección del paisaje y de los espacios públicos, requiriendo que los concesionarios desarrollen sus proyectos con tecnología que mantenga en armonía el entorno y las edificaciones circundantes; sin embargo, no se establece que la infraestructura se ubique o instale en determinados lugares de forma específica o taxativa.

Por último, es importante señalar que conforme el artículo 7.3 de la Ley 29022 el incumplimiento de las reglas comunes para la instalación de infraestructura es sancionado por los gobiernos locales, tales como instalar Infraestructura de Telecomunicaciones sin contar con la Autorización de la Entidad competente.

GILMER RICARDO PAREDES CASTRO
Presidente

2009478-2

Declaran barrera burocrática ilegal la prohibición de realizar actividad económica de “playas de estacionamiento” materializada en el Código CIUH52211 del Anexo 6 del Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima, aprobado por la Ordenanza 2195 de la Municipalidad Metropolitana de Lima

RESOLUCIÓN: 0605-2021/SEL-INDECOPI

AUTORIDAD QUE EMITE LA RESOLUCIÓN:

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas

FECHA DE EMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN: 7 de

octubre de 2021

ENTIDAD QUE IMPUSO LA BARRERA BUROCRÁTICA DECLARADA ILEGAL: Municipalidad Metropolitana de Lima

NORMA QUE CONTIENE LA BARRERA BUROCRÁTICA DECLARADA ILEGAL: Anexo 6 del Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima, aprobado por la Ordenanza 2195, Ordenanza que aprueba el Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima.

PRONUNCIAMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA: Resolución 0086-2021/CEB-INDECOPI del 26 de marzo de 2021.

BARRERA BUROCRÁTICA DECLARADA ILEGAL:

La prohibición de realizar la actividad económica de “playas de estacionamiento” materializada en el Código CIUH52211 del Anexo 6 del Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima, aprobado por la Ordenanza 2195, Ordenanza que aprueba el Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima.

SUSTENTO DE LA DECISIÓN:

La Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas ha verificado que la Municipalidad Metropolitana de Lima es competente para determinar los usos permitidos en el Centro Histórico de Lima de acuerdo con las competencias establecidas en los artículos 73 y 79 de la Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 21 de la Ordenanza 1862, Ordenanza que regula el proceso de Planificación del Desarrollo Territorial-Urbano del Área Metropolitana de Lima, se encuentra prohibido que, respecto de las reglas aplicables al día en el que se emite una nueva regulación, un cambio establezca zonificaciones o niveles de uso menores.

El Colegiado ha verificado que el Índice de Usos detallado en el Anexo 6 del Reglamento Único de Administración del Centro Histórico de Lima aprobado por la Municipalidad Metropolitana de Lima mediante la Ordenanza 2195-MML supone un uso de suelo inferior al previsto en el Índice de usos aprobado por la Ordenanza 893, Ordenanza que aprueba el Reajuste Integral de la zonificación de los Usos del Suelo del Cercado de Lima, respecto de las “playas de estacionamiento”, en contravención a la referida prohibición.

Asimismo, el artículo 12 del Decreto Legislativo 757, establece que ninguna autoridad, funcionario o empleado de, entre otros, los gobiernos locales podrá establecer o aplicar tratamientos discriminatorios ni diferenciados, por lo que la barrera burocrática resulta ser una medida discriminatoria ya que se prohíbe el funcionamiento de las playas de estacionamiento mientras que se permite el funcionamiento de los edificios de estacionamiento en el Centro Histórico de Lima, sin que la Municipalidad Metropolitana de Lima haya presentado un sustento para dicho trato diferenciado.

GILMER RICARDO PAREDES CASTRO
Presidente

2009478-3

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

Establecen criterios para acreditar la existencia del contrato en contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225, y Fe de Erratas del Acuerdo de Sala Plena N° 007-2021/TCE

ACUERDO DE SALA PLENA N° 008-2021/TCE

Tribunal de Contrataciones del Estado

En la Sesión N° 11-2021/TCE del 1 de octubre de 2021, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado aprobaron, por mayoría, lo siguiente:

ACUERDO DE SALA PLENA N° 008-2021/TCE

ACUERDO DE SALA PLENA QUE ESTABLECE CRITERIOS PARA ACREDITAR LA EXISTENCIA DEL CONTRATO EN CONTRATACIONES A LAS QUE SE REFIERE EL LITERAL A) DEL NUMERAL 5.1 DEL ARTÍCULO 5 DE LA LEY N° 30225.

I. ANTECEDENTES

1. La Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, el Tribunal) ha identificado

la existencia de criterios distintos empleados por las Salas al resolver procedimientos administrativos sancionadores, específicamente con respecto a la acreditación de la existencia del contrato en el marco de contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 30225; ello, por lo general, cuando corresponde determinar la responsabilidad administrativa por la comisión de la infracción actualmente tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la Ley), consistente en “contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley”.

Al respecto, conforme a la reiterada y uniforme jurisprudencia del Tribunal, para afirmar que se ha configurado la mencionada infracción, la Sala a cargo del procedimiento sancionador verifica necesariamente la concurrencia de dos (2) situaciones en cada caso concreto; primero, verifica si existe un contrato entre el proveedor imputado y alguna Entidad del Estado, y, segundo, verifica si dicha relación contractual se concretó cuando dicho proveedor se encontraba inmerso en alguno de los impedimentos para contratar con el Estado, actualmente enumerados en el artículo 11 de la Ley.

Teniendo ello en cuenta, la diferencia de criterios identificada 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 5 de la Ley N° 30225, toda vez que al tratarse de un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la normativa de contratación pública², el ordenamiento no ha previsto una formalidad específica para la celebración del contrato, como sí ocurre con las contrataciones que ameritan la realización de un procedimiento de selección, en cuyo caso según lo dispuesto en el artículo 137 del Reglamento, el contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene o con la recepción de la orden de compra o de servicios, según corresponda.

Sobre el particular, surge la necesidad de establecer un criterio único que sirva para determinar en qué casos se encuentra acreditada la existencia de un contrato en este tipo de contrataciones, toda vez que, por un lado, puede considerarse que es imprescindible que obra en el expediente administrativo sancionador 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 prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

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

II. ANÁLISIS

1. Si bien las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) UIT se encuentran excluidas del ámbito de la normativa de contratación pública, tal como se prevé en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, el numeral 50.1 del artículo 50 de la misma norma legal establece la posibilidad de que las infracciones tipificadas en este artículo puedan configurarse también en el marco de dichas contrataciones³.

2. No obstante, al no existir ni en la Ley ni en su Reglamento un procedimiento específico para la formalización de dichas contrataciones (las cuales se encuentran reguladas por las directivas que cada entidad aprueba), 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, que lleva a cabo el Tribunal, 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.

3. En tal contexto, ante la ausencia de una regulación expresa para determinar cuándo debe entenderse por perfeccionado el contrato en estos casos, y en aplicación del principio de verdad material⁴ previsto en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar del TUO5 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), la Sala a cargo del procedimiento sancionador puede recurrir a la verificación de otros documentos que permiten afirmar 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 que están relacionados con actuaciones propias del procedimiento destinado al pago de la prestación contratada, desde las cotizaciones, facturas y recibos por honorarios emitidos por el proveedor, hasta la constancia de prestación que eventualmente emite la Entidad para dar cuenta del cumplimiento de las obligaciones, incluyendo la conformidad del área usuaria y documentos de carácter financiero emitidos por las dependencias que intervienen en el flujo que finaliza con el pago al proveedor, entre otros; documentos que pueden ser valorados de manera individual o conjunta, según corresponda en cada caso.

4. Por lo tanto, corresponde establecer como criterio a emplear en los procedimientos administrativos sancionadores iniciados para determinar la responsabilidad de la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, o en otra norma derogada que la tipifique con similar descripción, que la existencia del contrato en contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, 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.

III. ACUERDO

Por las consideraciones expuestas, los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, por mayoría, acordaron lo siguiente:

1. En los procedimientos administrativos sancionadores iniciados para determinar la responsabilidad de la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, o en otra norma derogada que la tipifique con similar descripción, la existencia del contrato en contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, 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.

2. FE DE ERRATAS del Acuerdo de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de octubre de 2021, en el título y parte introductoria:

DICE: “ACUERDO DE SALA PLENA N° 006-2021/TCE”.

DEBE DECIR: “ACUERDO DE SALA PLENA N° 007-2021/TCE”.

3. El presente Acuerdo de Sala Plena entrará en

vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Carlos Enrique Quiroga Periche

María del Guadalupe Rojas
Villavicencio de Guerra

Violeta Lucero Ferreyra Coral

Paola Saavedra Alburqueque

Steven Aníbal Flores Olivera

Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez

Jorge Luis Herrera Guerra

Cristian Joe Cabrera Gil

Juan Carlos Cortez Tataje

Danny William Ramos Cabezudo

Olga Evelyn Chávez Sueldo

Carola Patricia Cucat Vilchez
Secretaría del Tribunal

VOTO EN DISCORDIA DE LA VOCAL CECILIA BERENISE PONCE COSME

La vocal que suscribe el presente voto, respetuosamente, manifiesta su discordia del acuerdo adoptado en mayoría, por lo que estima pertinente dejar constancia de su posición sobre la base de las siguientes consideraciones:

Conforme al ordenamiento jurídico vigente, se entiende por contrato, al acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, tal como se establece textualmente en el artículo 1352 del Código Civil. Asimismo, el artículo 1373 del mismo cuerpo legal, prevé que el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente. Estos conceptos recogidos en el derecho civil con aplicables a las contrataciones del Estado cuyos montos sean iguales o inferiores a 8 UIT, en tanto la normativa general de contratación pública no es aplicable a estos casos concretos.

En esa línea, 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, en el marco de las contrataciones por montos iguales o inferiores a 8 UIT, la Vocal que suscribe considera que a efectos de verificar la existencia de una relación contractual (presupuesto necesario para la configuración de la infracción), es necesario que la Sala a cargo del procedimiento cuente, inequívocamente, con el orden de compra o de servicios debidamente recibida por el contratista.

Dicha recepción, según corresponda en cada caso, puede verificarse en el mismo documento, por la confirmación realizada vía correo electrónico, por la respuesta automática generada por el correo electrónico, entre otros. Situación que corresponde evidenciarse pues, tal como establece la normativa aplicable de manera supletoria, para afirmar que existe un contrato es necesario verificar la aceptación de, en este caso, el contratista.

Teniendo ello en cuenta, la Vocal que suscribe no concuerda con el criterio expuesto por la mayoría en el sentido que los comprobantes de pago y otros documentos emitidos por la Entidad o el contratista (conformidad, constancia de prestación, trámite de devengado, comprobante de pago, etc.) puedan constituir medios probatorios suficientes para afirmar la existencia de un contrato, toda vez que es posible que en la Administración Pública se reconozca alguna suma de dinero a favor de proveedores, por la ejecución de determinadas prestaciones, cuyo fuente no es un contrato; tal como lo ha reconocido la Dirección Técnico Normativa a través de

las Opiniones N° 037-2017/DTN y N° 199-2018/DTN6.

Con relación a esto último, bajo el criterio expuesto por la mayoría, podría afirmarse que existe un contrato con la sola verificación de un comprobante de pago emitido por el área de tesorería o finanzas de una determinada Entidad pública a favor del proveedor al que se imputa la infracción; cuando, en realidad, este pago podría dar cuenta de un reconocimiento y contraprestación vinculada a prestaciones ejecutadas por dicho proveedor, que no tienen origen en un contrato; en tal supuesto, existe el riesgo de que la Sala afirme la existencia de un contrato, cuando ello no ha sucedido en el plano fáctico.

Por otro lado, la identificación del documento que es fuente de las obligaciones, como lo es la orden de compra o de servicios, supone una garantía para el administrado que es imputado con la comisión de la infracción por contratar estando impedido para ello, toda vez que para verificar que esta infracción se ha configurado es necesario conocer la fecha exacta en que se celebró el acuerdo de voluntades entre entidad y contratista, y a partir de este dato verificar si, en ese momento, el proveedor imputado se encontraba incurso en algún impedimento para contratar con el Estado; lo cual no sería posible cuando, de acuerdo a la postura de la mayoría, deba afirmarse la existencia de un contrato por la constatación de otros documentos propios del procedimiento de pago, toda vez que, por lo general, estos no darán cuenta de la fecha en que se celebró el acuerdo contractual.

No solo ello, sino que la fecha del contrato y, por ende, la fecha en que supuestamente se configuró la infracción imputada, permitirá al Tribunal identificar cuál es la normativa aplicable para determinar la responsabilidad administrativa, así como el cómputo del plazo de prescripción; aspectos que, en opinión de la Vocal que suscribe, no pueden presumirse, en tanto constituyen garantías para el administrado.

En suma, la infracción de contratar estando impedido para ello, se encuentra directamente vinculada a identificar si, en un periodo determinado, el proveedor está impedido para contratar con el Estado; razón por la cual establecer como regla la identificación de este hecho como algo indeterminado, pero determinable en función a actuaciones que no necesariamente involucran al proveedor, a consideración de la Vocal que suscribe, causa indefensión al administrado y resulta contrario a los principios del procedimiento administrativo sancionador.

CECILIA BERENISE PONCE COSME

¹ Texto Único Ordenado mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

² De conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley.

³ Textualmente, el mencionado numeral 50.1 establece que: El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones (...)" (El subrayado es agregado).

⁴ "1.11. Principio de verdad material.—En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuesta por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

⁵ Texto Único Ordenado aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁶ En el numeral 3.2 de las conclusiones de la Opinión N° 199-2018/DTN, se señala textualmente lo siguiente: "De acuerdo a lo establecido artículo 1954 del Código Civil, la Entidad— sin perjuicio de las responsabilidades a las que hubiere lugar y en una decisión de su exclusiva responsabilidad— podría reconocerle al proveedor una suma determinada a modo de indemnización por haberse beneficiado de las prestaciones ejecutadas por este en ausencia de un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado; siempre— claro está— que hayan concurrido los elementos necesarios para la configuración del enriquecimiento sin causa (el subrayado es agregado).