Firmado digitalmente por CHAVEZ SUELDO Olga Evelyn FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.09.2024 17:55:48 -05:00

Firmado digitalmente por CHOCANO DAVIS Christian César FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.09.2024 18:46:33 -05:00

Firmado digitalmente por ALVAREZ CHUQUILLANQUI Roy Nick FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 20.09.2024 17:32:25 -05:00

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3299-2024-TCE-S5

Sumilla: *"Dicha adquisición no constituye una contratación sujeta al ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, y no cabe interpretar que está comprendida de manera general en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, referido a las contrataciones iguales o menores a 8 UITs, ya que cuenta con una naturaleza específica y particular, que no ha sido contemplada por el legislador como un supuesto expreso pasible de sanción por parte de este Tribunal"*

Lima, 20 de setiembre de 2024.

VISTO en sesión de fecha 20 de setiembre de 2024 de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 9796/2022.TCE**, el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) (ahora INRETAIL PHARMA S.A.)**, por su presunta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedimento para ello, en el marco de la **Adquisición por fondo fijo suministros N° 001-021-31124**, emitida por la CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 7 de setiembre de 2020, la **CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC**, en lo sucesivo la **Entidad**, emitió la Adquisición por fondo fijo suministros N° 001-021-31124 a favor de la empresa ECKERD PERU S.A. [ahora INRETAIL PHARMA S.A.] en lo sucesivo **el Contratista**, por el importe de S/ 50.00 (cincuenta con 00/100 soles), en adelante la **Adquisición por fondo fijo suministros**[1].

Dicha adquisición se realizó bajo la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018- EF, en lo sucesivo **el Reglamento**.

[1] Obrante a folio 58 del anexo adjunto al decreto de inicio del 23 de mayo de 2024.

2. Mediante Memorando N° D000777-2022-OSCE-DGR2 presentado el 19 de diciembre de 2022[2] en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE remitió el Dictamen N° 353- 2022/DGR-SIRE del 7 de diciembre de 2022[3], a través del cual comunicó que el Contratista habría incurrido en infracción administrativa al contratar con el Estado encontrándose impedido para ello, señalando principalmente lo siguiente:

- De la revisión de la información obtenida en el portal del Jurado Nacional de Elecciones (JNE) y del portal web del Congreso de la República, el señor Gino Francisco Costa Santoalla fue elegido Congresista de la República en el Proceso de Elecciones Generales 2016 y en las elecciones Congresales Extraordinarias 2020 para completar el periodo legislativo 2016-2021, habiendo desempeñado dicho cargo desde el 26 de julio de 2016 hasta el 27 de julio de 2021.

- En consecuencia, el señor Gino Francisco Costa Santoalla se encontró impedido de contratar con el Estado a nivel nacional, desde el 26 de julio de 2016 hasta el 27 de julio de 2021; siendo que dicho impedimento se extendió hasta doce (12) meses después del cese del cargo de Congresista de la República, esto es, hasta el 27 de julio de 2022.

- De la información consignada por el Congresista de la República en la Declaración Jurada de Intereses de la Contraloría General de la República, se aprecia que el señor Ramón José Vicente Barua Alzamora es su cuñado.

- Por consiguiente, el/la cónyuge, conviviente y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del señor Gino Francisco Costa Santoalla, se encontraron impedidos de contratar con el Estado a nivel nacional durante el tiempo que este último desempeñó el cargo de Congresista de la República y hasta doce (12) meses después del cese de dicho cargo, esto es, en el periodo de tiempo comprendido desde el 26 de julio de 2016 hasta el 27 de julio de 2022.

- En relación con ello, es importante mencionar que, según la información declarada ante el RNP, la cual puede visualizarse en el Buscador de

[2] Obrante a folio 2 anexo adjunto al decreto de inicio del 23 de mayo de 2024.
[3] Obrante a folios 4 al 29 anexo adjunto al decreto de inicio del 23 de mayo de 2024.

Proveedores del Estado de CONOSCE, se aprecia que el Contratista tiene como integrante del órgano de administración al señor Ramón José Vicente Barua Alzamora.

- En ese sentido, considerando lo dispuesto en el artículo 11 del TUO de la Ley; y, en la medida que de acuerdo a la información obrante en el RNP - cuya actualización es de exclusiva responsabilidad de los proveedores- se aprecia que el Contratista tendría como director al señor Ramón José Vicente Barua Alzamora, pese a que tiene parentesco de segundo grado afinidad (cuñado) con el ex congresista Gino Francisco Costa Santolalla, quien se encontraba impedido de contratar con el Estado durante el tiempo que desempeñó el cargo de Congresista de la República y hasta doce (12) meses de culminadas dichas funciones, esto es, en el periodo de tiempo comprendido desde el 26 de julio de 2016 hasta el 27 de julio de 2022.

3. Por decreto del 15 de abril de 2024[4], de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se corrió traslado a la Entidad, a fin que, entre otros documentos, remita la siguiente información:

- Un Informe Técnico Legal sobre la procedencia y supuesta responsabilidad de la empresa ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.], en la supuesta comisión de la infracción consistente en contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, debiendo señalar de forma clara y precisa en cual(es) de lo(s) supuesto(s) previsto(s) en el numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, norma vigente a la fecha de emitirse **Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI** del 7.09.2020 , estaría inmersa la citada persona.

  Asimismo, sírvase informar: **i)** si la **Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7.09.2020**, corresponde a una contratación perfeccionada por tratarse de un supuesto excluido previsto en el literal a) del artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N°082-2019; **ii)** si deviene de un procedimiento de selección; o, **iii)** de un único contrato; de ser el caso, indicar cuáles y cuántas

[4] Obrante a folios 33 al 36 del expediente administrativo en formato PDF.

son las órdenes de compra derivadas de dicho procedimiento de selección o de ese único contrato.

- Copia legible de la Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7.09.2020, emitida a favor de la empresa ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.].
- Copia legible de la recepción de la **Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7.09.2020**, donde se aprecie que fue debidamente recibida por el(la) proveedor(a).

En caso la **Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7.09.2020** haya sido enviada al mencionado proveedor por correo electrónico, sírvase remitir copia de éste, así como la respectiva constancia de recepción, donde se pueda advertir la fecha en la que fue recibida, así como las direcciones electrónicas de la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.]** y de la **CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC**.

- En caso la referida **Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7.09.2020** haya sido emitida en el marco de un procedimiento de selección de un único contrato, deberá remitir copia legible de todas las órdenes de compra/servicio emitidas por vuestra representada a favor de la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.]** que deriven de éste, adjuntando el referido contrato.
- Señalar si la supuesta infractora presentó para efectos de su contratación algún anexo o declaración jurada, mediante el cual, haya manifestado no tener impedimento para contratar con el Estado; de ser así, cumpla con adjuntar dicha documentación, debiendo acreditar la oportunidad en la que fue recibida por la Entidad. Asimismo, deberá informar si con la presentación de dicho documento generó un perjuicio y/o daño a la Entidad.
- Copia legible del expediente de contratación, el cual deberá incluir los siguientes documentos:

  - Cotización y/u oferta presentada por la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.],** debidamente ordenada y foliada.
  - Documento mediante el cual presentó la referida cotización y/u oferta, en el cual se pueda advertir el sello de recepción de la Entidad.

En caso la cotización y/u oferta fue recibida de manera electrónica deberá remitir copia del correo electrónico donde se pueda advertir la fecha de remisión de la misma, así como las direcciones electrónicas de la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) [ahora INRETAIL PHARMA S.A.]** y de la **CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC**. - Copia del poder o de la resolución de nombramiento del representante de la Entidad.

- Asimismo, **incluir los documentos de cumplimiento de la prestación, comprobantes de pago, constancias de prestación, documentos de carácter financiero emitidos por las dependencias que intervienen en el ciclo del gasto público de la Entidad, entre otros, que acrediten la ejecución del contrato**.

- Copia del poder o de la resolución de nombramiento del representante de la Entidad.

4. Mediante documento denominado MTC/CORPAC S.A. AALC.27.2024.C [5]del 13 de mayo de 2024, la Entidad remitió la información solicitada con Decreto del 15 de abril de 2024 y adjuntó, entre otros, el Informe N° GAJ.AALC.230.24024.I[6] a través del cual, señala, principalmente lo siguiente:

- Que, las compras fueron realizadas con el fondo fijo asignado, las cuales no cuentan con el mismo proceso de una compra regular, motivo por el cual no existe documentación más allá que de la orden de compra y la factura.

5. A través del Decreto del 23 de mayo de 2024[7], se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando en el supuesto de impedimento previsto en el literal k) en concordancia con los literales h) y a) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, en el marco de la contratación derivada de la **Adquisición por fondo fijo suministros.**

Asimismo, se otorgó a el Contratista el plazo de diez (10) días hábiles a fin que

[5] Obrante a folios 47 al 46 del expediente administrativo en formato PDF.
[6] Obrante a folios 48 al 449 del expediente administrativo en formato PDF.

[7] Obrante a folios 86 al 90 del expediente administrativo en formato PDF.

formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.

6. Mediante Decreto del 31 de mayo de 2024, se dispuso notificar al Contratista a su domicilio consignado en el **Registro Único de Contribuyente de la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria – SUNAT,** puesto que, de la base de datos del Registro Nacional de Proveedores (RNP) se advierte que la empresa en mención no cuenta con inscripción vigente en el RNP de los registros de bienes y servicios, al haber caducado el **29 de noviembre de 2022**.

7. Con escrito N°1, presentado el 6 de junio de 2024 ante el Tribunal el Contratista, presentó sus descargos, a través del cual señaló lo siguiente:

- El OSCE ha interpretado equivocadamente los impedimentos, específicamente que los cuñados de un congresista están impedidos de contratar con "todas" las entidades del Estado hasta doce meses después de haber dejado el cargo.
- Lo anterior vulnera el orden constitucional y legal, desconociendo lo expuesto por el Tribunal Constitucional (TC) y el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE), ya que la interpretación constitucionalmente adecuada, solo limita a los cuñados de un congresista para contratar con el Congreso de la República, este impedimento no se extiende a otros sectores ni al ámbito nacional, como pretende imputar el OSCE.
- El Tribunal Constitucional ha fijado la interpretación constitucionalmente adecuada de los impedimentos previstos en el artículo 11.1, particularmente los abordados en el presente caso, en la STC N° 03150-2017-PA/TC, publicada el 31 de diciembre de 2020, criterio inicialmente desarrollado en la STC N° 07798-2013-PA/TC, publicada el 17 de diciembre de 2019.
- La STC N° 03150-2017-PA/TC analiza el impedimento contenido en el inciso f) del artículo 10 de la anterior Ley de Contrataciones del Estado (regulada por Decreto Legislativo N° 1017), que según el Tribunal Constitucional (FJ 10) se mantiene vigente por estar recogido con un texto similar en el actual artículo 11.1, incisos a), b), h) e i) de la Ley. La sentencia analiza los alcances de este impedimento respecto del hermano de un congresista, y resulta perfectamente aplicable a nuestro caso.

- El Tribunal Constitucional ha fijado la interpretación constitucionalmente adecuada del impedimento previsto en la Ley del pariente de un congresista, para contratar con entidades del Estado, este criterio fue acogido por el Tribunal, quien tiene la competencia para sancionar a los contratistas en los casos que correspondan. En consecuencia, el impedimento para contratar solo se limita al ámbito del sector respectivo, es decir, para contratar con el Congreso de la República. Tal limitación solo se presentaría mientras el pariente (cuñado) pertenezca a un órgano de administración de la persona jurídica.
- El señor Barua integra el órgano de dirección con más directores en su representada, por ende, no puede atribuirse que por sí mismo ostente poder o influencia en la empresa que pueda generar dudas razonables de su comportamiento en el mercado; por el contrario, las propias políticas de la empresa prohíben este tipo de prácticas y, más aún, fue diligente en el cumplimiento de la norma evitando contratación con el sector y en el tiempo establecido, es decir, con el Congreso de la República y en el periodo legislativo del señor Costa.
- La interpretación según la cual su representada está incurso en un impedimento para contratar vulnera nuestro derecho fundamental a contratar con el Estado en condiciones de igualdad, reconocido por el artículo 2 numeral 14 y artículo 62, en concordancia con el artículo 2 numeral 2 de la Constitución, pues nos imponen un arbitrario impedimento por el hecho que un director (que ya no ostenta tal condición) sea cuñado de un congresista.
- La inconstitucional interpretación de "la norma que fija el impedimento para contratar con el Estado a familiares y parientes cercanos (…) constituye una limitación al derecho a la libertad de contratación del recurrente, pues (…), no puede contratar con el Estado" (STC N° 03150-2017-PA/TC, FJ 19). En rigor, el impedimento carece de un análisis de razonabilidad, al aplicarse a todo el ámbito nacional a su representada por tener dentro de su organización (libertad que también recoge la Constitución) a un Director, pariente por afinidad, de un congresista de la República; cuando debería aplicarse únicamente a este sector especifico.
- Su representada no ha realizado contratación con el Congreso de la República durante el periodo legislativo del señor Costa e incluso un año después; además, aceptó la renuncia irrevocable del señor Barua como medidas de cumplimiento y diligencia, respectivamente, de las leyes de contratación administrativa peruana. No obstante, el OSCE, bajo un juicio

desproporcionado, pretende imponer una sanción a su representada su libertad de contratar, derecho de igualdad y, sobre todo, afectando el principio de concurrencia, propio de la contratación estatal, al entender erradamente que las personas que ostentan algún poder u órgano de administración en una persona jurídica, y son parientes por afinidad de un congresista, generan un impedimento en el ámbito nacional, cuando a todas luces el "ámbito de influencia no es tal" o solo se restringe al referido Congreso.

- Solo sería razonable tal impedimento si la contratación se hubiera realizado con el Congreso de la República, la finalidad es evitar que una autoridad pueda ejercer influencia directa o indirecta para las contrataciones con el Estado que genere falta de transparencia, suspicacias y/o conflictos de interés. Este impedimento no se puede extender a las contrataciones que haya realizado o pudiera realizarse con otra entidad estatal. Así lo ha entendido la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado en la ya mencionada Resolución N° 0125-2021-TCE-S3 del 18 de enero del 2021.
- Al respecto, conviene precisar que no sería correcto considerar que solo las Sentencias del TC que tienen en forma expresa la calidad de precedente vinculante, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establecen criterios interpretativos que podrían obligar a la Administración Pública. Los mismos fundamentos que justifican la figura de los precedentes vinculantes, esto es la necesidad de garantizar el principio de seguridad jurídica y el derecho a la igualdad ante la Ley, también sirve de sustento para que la doctrina constitucional que emana de sus sentencias, aunque no tenga formalmente la calidad de jurisprudencia vinculante, sea de obligatoria referencia y orientación en el desarrollo de las funciones que cumple al Administración Pública.
- En ese sentido, en el caso concreto, el OSCE no puede extender la aplicación de los impedimentos al ámbito nacional, cuando el máximo interprete ha señalado que estos solo se configuran en el sector especifico, lo mismo ha sido recogido en la norma legal cuando señala: "en el ámbito y tiempo establecido", aunado a ello, dicho criterio ha sido recogido por el Tribunal.
- El señor Barua al señor cuñado del señor Costa y ostentar el cargo de director de su representada, solo generaba impedimento a la empresa para contratar con el Congreso de la República, y no en otros sectores, durante el periodo comprendido desde el 26 de julio de 2016 hasta el 27 de julio de 2022; además, como ya se ha identificado previamente, su

poder de dirección era en conjunto con otros directores y no tal para generar influencia en las compras públicas. Asimismo, no se ha verificado que se realicen contrataciones con el Congreso, ello en respeto irrestricto a la normativa de contrataciones.

- En el presente caso, se observa que la contratación se realizó con una empresa pública "CORPAC", distinta y no perteneciente al ámbito del poder legislativo (Congreso de la República), sino más bien en el ámbito de un poder territorial local (no nacional), como es CORPAC; por lo cual, la imputación carece de razonabilidad y justificación; por el contrario, merma los derechos de empresa e igualdad que le corresponden a su representada, bajo imputaciones que carecen de solidez legal.
- Por otro lado, debemos señalar que el señor Barua desde el 2021 no es su director, tal como consta en el Asiento N° D00016 de la Partida N° 02008432, donde se verifica su renuncia.

8. Con decreto del 8 de julio de 2024, se tuvo por apersonado al procedimiento administrativo sancionador al Contratista, y por presentados sus descargos; asimismo, se dispuso remitir el expediente a la Quinta Sala del Tribunal, siendo recibido el 9 del mismo mes y año.

9. Con decreto del 8 de agosto del 2024, se programó audiencia pública para el 14 del mismo mes y año.

10. El 14 de agosto de 2024 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación del representante del Contratista.

11. Con decreto del 16 de agosto de 2024, a fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver, la Sala requirió la siguiente información adicional:

> *" **A la CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC:***
>
> - *Considerando que de la revisión del buscador Público de Órdenes de Compra y Órdenes de Servicio del OSCE se encuentra registrada la Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI, sírvase remitir copia legible de la Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7 de setiembre de 2020, emitida a favor de la empresa ECKERD PERU S.A. (ahora INRETAIL PHARMA S.A.).*
>
> - *Considerando lo indicado por su representante mediante Memorando GCAP.GGAP.0586.2024 del 10 de mayo de 2024, en donde señaló lo siguiente:*

"Al respecto, a través del documento de la referencia b) la sede Aeroportuaria de Arequipa informa que realizaron la compra de mascarillas para atender la necesidad EPP`s ante el estado de emergencia por COVID19 para uso del personal que realizaba labores presenciales, compra que fue realizada con recursos asignados del fondo fijo en el periodo de agosto – setiembre 2020, a la empresa INRETAIL PHARMA S.A., tal y como se detalla en las siguientes facturas y órdenes:

• AFFS N°001-021-31096 de fecha 07.08.2020 con factura FC33-0015001 del 04.08.2020 por S/50.00
•AFFS N°001-021-31118 de fecha 04.09.2020 con factura F363-0045974 del 04.09.2020 por S/50.00
•AFFS N°001-021-31124 de fecha 07.09.2020 con factura F363-0045976 del 05.09.2020 por S/50.00
•AFFS N°001-021-31128 de fecha 11.09.2020 con factura F363-0045985 del 11.09.2020 por S/50.00

(…)".(sic)

- *Sírvase precisar si la Orden de Compra N° 31124-2020-ADMI del 7 de setiembre de 2020, fue emitida en el marco de un contrato más amplio tal como se desprendería de los informado en el Memorando antes citado, de ser así, sírvase remitir copia del contrato marco y de las otras órdenes de compra emitidas por vuestra representada a favor de la empresa ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) (ahora INRETAIL PHARMA S.A.) que derivaron de dicho contrato.*

  Asimismo, notifíquese al ÓRGANO DE CONTROL INSTITUCIONAL de la CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC para que, en el marco de sus atribuciones, coadyuve con la remisión de la documentación requerida.

  (…)."

12. Mediante escrito S/N presentado el 21 de agosto de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad en atención al requerimiento de información, adjuntó el documento denominado "Adquisición por Fondo Fijo Suministros N.° 001-021-31124" y Factura Electrónica F363-0045976 por el monto de S/ 50.00, e informó que la compra fue realizada por fondo fijo.

13. Con decreto del 4 de setiembre de 2024, a fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver, la Sala requirió la siguiente información adicional:

"A la CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC:

Considerando que, mediante escrito s/n e Informe JZS.SPQU.1.156. 2024.I ambos presentados el 21 de agosto de 2024 ante el Tribunal, señaló lo siguiente: "Mencionadas compras fueron realizadas con recursos asignados de fondo fijo y no por un contrato de convenio marco, las acciones antes mencionadas, al ser realizadas por fondo fijo, no cuentan con el mismo proceso de una compra, por lo que no existe documentación más allá que las órdenes de compra y las facturas sobre estas compras y por considerarse una compra menor, para la transacción, no se solicita la presentación de alguna documentación adicional al proveedor, como declaraciones juradas" [el subrayado es agregado]; en ese sentido, sírvase atender lo siguiente:

- *Sírvase indicar la normativa bajo la cual se regulan las compras realizadas con recursos asignados de fondo fijo. Por otro lado, considerando que en su respuesta indican remitir las órdenes legibles, haciendo referencia a AFFS N°001-021-31124 de fecha 07.09.2020:*
- *Sírvase indicar si dicha contratación corresponde a una orden de compra independiente.*

14. A través del escrito S/N presentado el 9 de setiembre de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad en atención al requerimiento de información, adjuntó la Directiva interna denominada *"Uso de Fondo Fijo para Caja Chica".*

15. Mediante escrito N° 1 presentado el 9 de setiembre de 2024 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Contratista presentó información adicional, manifestando lo siguiente:

- Señaló que no se ha configurado la infracción prevista en el literal c) del artículo 50.1. de la Ley, debido a que no concurren los elementos configuradores del tipo infractor, puesto que, para que se configure la infracción imputada debe haberse encontrado bajo el impedimento y perfeccionado el contrato.
- Su representada no se encontraba impedida para contratar, y además, no se ha configurado el perfeccionamiento del contrato al no existir orden de Compra, dicho razonamiento ha sido plasmado en diversas resoluciones de las Salas de Tribunal que señalan que ante la omisión de la orden de compra no se logra acreditar el perfeccionamiento del contrato. Y, ante la

no concurrencia de este elemento, no se puede señalar que se ha incurrido en la infracción administrativa.

- De acuerdo con lo manifestado de forma escrita y verbal por la Entidad dicha compra se realizó con fondos fijos del periodo agosto – setiembre 2020, provenientes de la referida Entidad, calificados como menores y no necesitó de la implementación de procedimiento regular alguno.
- Es vital remitirnos a las normas de la Entidad que regulan este tipo de compras con fondo fijo. Así, de acuerdo con la Directiva "Medidas de Austeridad, disciplina y calidad en el gasto – 2020", en la cual, se puede apreciar que se distingue a las contrataciones efectuadas por los fondos fijo o también denominados fondo fijo para caja chica y aquellas realizadas al amparo de la Ley.
- De conformidad con el artículo 10 de la Resolución Directoral N° 001-2011-EF77.15, vigente al 2020, que expidió disposiciones complementarias a la Directiva de Tesorería aprobada por la R.D. N° 002-2007-EF/77.15 y sus modificatorias, respecto del cierre de operaciones del Año Fiscal anterior, del Gasto Devengado y Girado y del uso de la Caja Chica, entre otras; los gastos de caja chica se sujetan a las normas Generales de Tesorería 06 y 07 aprobada por la Resolución Directoral N° 026-80-EF/77.15. Asimismo, se fijó el monto máximo para cada pago con cargo a la Caja Chica, el cual no debe exceder del veinte por ciento (20%) de una UIT.
- La Resolución Directoral N° 026-80-EF/77.15, aprobó las Normas Generales del Sistema de Tesorería. Siendo así, la norma NGT-06 USO DEL FONDO FIJO PARA CAJA CHICA, reguló que: "se utilizará el Fondo para Caja Chica para atender el pago de gastos menudos y urgentes; y excepcionalmente viáticos no programables y jornales".
- El artículo 10 de la Resolución Directoral N° 001-2011-EF-77.15 fue derogado por la Directiva Nº 003-2024-EF/52.06, “Directiva para el manejo de la Caja Chica”, aprobada por Resolución Directoral N° 008-2024-EF/52.01, la cual establece las disposiciones, procedimientos, requisitos y responsabilidades para la utilización del medio de pago en efectivo, a través de la Caja Chica, por parte de las entidades del Sector Público conformantes del nivel descentralizado u operativo del Sistema Nacional de Tesorería.
- La Directiva señalada precedentemente establece como marco normativo de la caja chica a los Decreto Legislativos N° 1436, Decreto Legislativo Marco de la Administración Financiera del Sector Público y N° 1441, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Tesorería, excluyendo la LCE; como se colige de las normas citadas, lo que se busca a través de ellas es

un trasparente y eficiente uso de los recursos públicos destinados a caja chica, así como un procedimiento de rendición de cuentas, sin recurrir a la normativa de contrataciones del Estado reservada para la adquisición de bienes, servicios o ejecución de obras de mayor envergadura, y que se resguardan los principios propios de la contratación pública (libertad de concurrencia, competencia, entre otros).

- Por otro lado, debe tenerse en consideración que el alcance de la LCE (y consecuentemente, el régimen de impedimentos) es para aquellos procedimientos de selección o contrataciones que se desprendan del artículo 76 de muestra Constitución Política.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, determinar si existe responsabilidad del Contratista, por haber contratado estando impedido para ello, asimismo, infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Cuestión previa: Sobre la competencia del Tribunal para determinar responsabilidad administrativa

2. De manera previa al análisis de fondo de la controversia materia del presente expediente, este Tribunal considera pertinente señalar su competencia para determinar responsabilidad administrativa y sancionar en el marco de la presente adquisición; toda vez que, en el presente caso, el hecho materia de denuncia no deriva de un procedimiento de selección convocado bajo el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino que se trata de una adquisición por fondo fijo.

3. Al respecto, es pertinente traer a colación lo señalado en el numeral 1 del artículo 248 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante el TUO de la LPAG, que consagra el principio de legalidad (en el marco de los principios de la potestad sancionadora administrativa), el cual contempla que sólo por norma con rango de Ley, cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado.

Asimismo, la citada norma es precisa en señalar en su artículo 72 que: "La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan".

Sobre ello, cabe precisar que la competencia constituye un requisito esencial que transforma y torna válidos los actos y demás actuaciones comprendidas en un procedimiento administrativo; por lo tanto, no se configura como un límite externo a la actuación de los entes u órganos administrativos, sino como un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración pública con el ordenamiento jurídico[8].

En tal sentido, la administración debe actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades, no pudiendo ejercer atribuciones que no le hayan sido expresamente otorgadas, de conformidad con el principio del ejercicio legítimo del poder, previsto en el numeral 1.17 del numeral 1 del artículo IV del TUO de la LPAG, según el cual la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, así como el principio de legalidad, regulado en el numeral 1.1 de la norma citada, el cual establece que: *"Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas"* (el subrayado es nuestro).

4. Ahora bien, en el marco de lo establecido en la Ley, cabe traer a colación los supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE:

> *"**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:*

[8] CASSAGNE, Juan Carlos, La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), Revista Derecho PUCP, N° 67, 2011.

> *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".*
>
> *(El énfasis es agregado).*

En ese orden de ideas, cabe recordar que la adquisición materia del presente análisis es por un monto ascendente a S/ 50.00 (cincuenta con 00/100 soles); es decir, un monto inferior a las ocho (8) UIT; por lo que, en el presente caso, se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la Ley y su Reglamento.

5. Ahora bien, de acuerdo con los numerales 50.1 y 50.2 del artículo 50 de la Ley, el Tribunal sanciona incluso en los casos a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley (es decir, respecto de las contrataciones menores o iguales a 8 UITs), respecto de las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

6. Sin embargo, en el presente caso, la Entidad ha señalado que la adquisición cuestionada se ha realizado con base a un fondo fijo de caja chica, para lo cual ha remitido la Directiva interna "Uso de Fondo Fijo para Caja Chica" (en adelante, la Directiva).

Del mismo modo, mediante escrito presentado el 9 de setiembre de 2024, el Contratista ha indicado que la adquisición cuestionada se ha sujetado a la normativa de caja chica en el marco del Sistema Nacional de Tesorería, y no se encuentra bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado.

7. En ese sentido, se advierte que, efectivamente, la adquisición cuestionada se ha sujetado a un procedimiento específico, con una naturaleza particular, con el objeto de atender las necesidades de "**pago en efectivo** de gastos menores, **no programados y urgentes** que por su naturaleza **demanden su cancelación inmediata** y no ameriten el giro de cheques específicos", conforme se señala en el numeral I de la Directiva.

Dicha Directiva precisa en su numeral 6.16 que el fondo fijo de caja chica se destina al reintegro de pasajes terrestres por comisión de servicios, movilidad local, peajes y playa de estacionamiento, gastos menores no programados y urgentes, entre otros.

Asimismo, el numeral 7.2 de la Directiva establece el procedimiento para la rendición de cuentas, conforme al cual, dentro de tres (3) días hábiles de recibido el efectivo, **el trabajador encargado del gasto que recibió el dinero** entrega al encargado del Fondo Fijo, el comprobante de pago y el dinero sobrante si hubiera.

8. Por tanto, se advierte la naturaleza particular de la ejecución del gasto de caja chica, en virtud del cual, en el presente caso, un trabajador acudió a una farmacia para adquirir mascarillas descartables. Cabe advertir que, en tanto establecimiento abierto al público, la farmacia está obligada a atender la solicitud de compra del trabajador, quien luego debe rendir cuentas del dinero que se le entregó, adjuntando la documentación de sustento correspondiente.

Dicha adquisición no constituye una contratación sujeta al ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, y no cabe interpretar que está comprendida de manera general en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, referido a las contrataciones iguales o menores a 8 UITs, ya que cuenta con una naturaleza específica y particular, que no ha sido contemplada por el legislador como un supuesto expreso pasible de sanción por parte de este Tribunal.

9. En consecuencia, en estricta aplicación del principio de legalidad, recogido en el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la LPAG, así como la normativa antes analizada, este Tribunal considera que carece de competencia para emitir pronunciamiento respecto a la supuesta responsabilidad administrativa del Contratista por presuntamente haber contratado con el Estado pese a encontrarse impedido para ello, infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Roy Nick Álvarez Chuquillanqui y la intervención del Vocal Christian Cesar Chocano Davis y la Vocal Olga Evelyn Chávez Sueldo, atendiendo a la reconformación de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000103-2024-OSCE-PRE, del 1 de julio de 2024, publicada el 2 del mismo mes y año en el Diario Oficial "El Peruano", en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N°076-2016-EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3299-2024-TCE-S5

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar que el Tribunal de Contrataciones del Estado **CARECE DE COMPETENCIA** para determinar la responsabilidad administrativa de la empresa **ECKERD PERU S.A. (con R.U.C. N° 20331066703) (ahora INRETAIL PHARMA S.A.)**, por su presunta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedimento para ello, en el marco de la **Adquisición por fondo fijo suministros N° 001-021-31124**, emitida por la CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S. A. - CORPAC; por tanto, no corresponde emitir pronunciamiento, por los fundamentos expuestos.

2. Archivar definitivamente el presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ROY NICK ALVAREZ CHUQUILLANQUI
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

ss.
Chocano Davis.
Chávez Sueldo
Álvarez Chuquillanqui