

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**
Escuela de Posgrado



**EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES
EJECUTADAS POR PROVEEDORES EN
CONTRATACIONES DIRECTAS POR SITUACIÓN DE
EMERGENCIA NO REGULARIZADAS**

Trabajo de investigación para obtener el grado académico de
Magíster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa que presenta:

Patricia Huayna Chirinos

Asesor:

Christian Cesar Chocano Davis

Lima, 2021

DEDICATORIA

**A mi amado hijo,
mi motivación
para superarme
en lo académico
y profesional.**



Resumen Ejecutivo

El presente trabajo de investigación analiza la problemática que surge cuando una entidad no cumple con la regularización de una contratación directa por situación de emergencia. Siendo un supuesto excepcional contenido en la normativa de contrataciones del Estado que posibilita a la entidad a requerir a los proveedores de manera inmediata la ejecución de las prestaciones sin sujetarse a los requisitos formales de la norma, con la condición legal que posteriormente se regularice la formalización de la documentación para la aprobación de la contratación directa, ello a fin de obtener en forma oportuna los bienes o servicios necesarios en una situación de emergencia. Sin embargo, si luego de la ejecución de las prestaciones por parte del proveedor, la entidad no realiza la regularización de los documentos para la formalización de la contratación, existen implicancias relacionadas al cumplimiento del pago en favor de los proveedores.

Efectuada la argumentación jurídica constitucional y jurisprudencial, se determina que si bien no resulta procedente que las entidades realicen un pago bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en cuenta que no se cumple con el requisito legal de la regularización de la formalización de la contratación, entre otros documentos, con la suscripción contractual; por lo cual, no se cuenta con una relación jurídica válida que sustente el referido pago, habiéndose configurado en dichos casos una contratación irregular o al margen de lo establecido en la referida normativa; sin embargo, procede el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas teniendo en cuenta la figura jurídica del enriquecimiento sin causa en favor del proveedor que de buena fe realiza la entrega de bienes o ejecuta servicios en favor de la entidad, previa verificación del cumplimiento de requisitos para su configuración. Asimismo, se analizan los riesgos legales respecto a la procedencia de efectuar el reconocimiento económico directo por las prestaciones ejecutadas, evidenciando que resulta una alternativa eficiente y dentro del marco legal a ser aplicada por las entidades, en lugar de esperar que los proveedores acudan a la vía judicial a reclamar el reconocimiento de dicho adeudo por enriquecimiento sin causa. Finalmente, se propone el procedimiento para el referido reconocimiento en forma directa, atendiendo a los criterios establecidos por el OSCE, el cual puede considerarse como una normativa interna por las entidades que optan por esta vía.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE	2
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	3
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	8
2.1. MARCO TEÓRICO	8
2.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO	10
2.3. EL CONTRATO EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	12
2.4. CONTRATACIÓN DIRECTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA	17
2.5. EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	20
2.5.1. <i>Definición</i>	20
2.5.2. <i>Requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa</i>	21
2.5.3. <i>El enriquecimiento sin causa en el Código Civil peruano y su configuración en las contrataciones del Estado</i>	23
2.5.4. <i>El principio de buena fe</i>	26
a. El principio de buena fe en el derecho civil y administrativo	28
CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	32
3.1 PROBLEMÁTICA RESPECTO AL NO RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES EJECUTADAS POR PROVEEDORES EN CONTRATACIONES DIRECTAS POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA NO REGULARIZADAS.	32
3.1.1. <i>Casos y Riesgos</i>	36
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN	42
4.1. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL PAGO DE UNA CONTRATACIÓN DIRECTA NO REGULARIZADA	42
4.2. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DIRECTO DE LAS PRESTACIONES EJECUTADAS POR UN PROVEEDOR A FAVOR DE UNA ENTIDAD VINCULADAS A UNA CONTRATACIÓN POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA NO REGULARIZADA	45
4.3. EL PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO DE LAS PRESTACIONES DERIVADAS DE UNA CONTRATACIÓN DIRECTA POR SITUACIÓN DE EMERGENCIA NO REGULARIZADA.	47
4.4. PROPUESTA DE DOCUMENTO INTERNO PARA EL RECONOCIMIENTO	53
CONCLUSIONES	54
BIBLIOGRAFÍA	59
ANEXO	61

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

El artículo 76 de la Constitución Política del Perú, establece que las contrataciones de bienes, servicios y obras con fondos o recursos públicos se efectúan obligatoriamente mediante procedimientos de selección, asimismo, que la Ley de contrataciones del Estado señala las excepciones y las responsabilidades.

La normativa de contrataciones del Estado está conformada por la Ley N° 30225, su Reglamento y las normas de carácter reglamentario emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, en la cual se establecen los supuestos en los que no resulta necesario realizar un procedimiento de selección de naturaleza competitiva, por diversas razones las cuales pueden ser coyunturales, económicas o de mercado, en virtud de las cuales una Entidad puede requerir la contratación directa con un determinado proveedor, a fin de satisfacer oportunamente una necesidad pública. Dichos supuestos se encuentran establecidos en el artículo 27 de la Ley y constituyen las causales de contratación directa¹. El Reglamento establece las condiciones en las cuales se configuran cada uno de estos supuestos, los requisitos y formalidades para su aprobación y el procedimiento de contratación directa.

En ese sentido, las contrataciones directas son un procedimiento a través del cual las entidades excepcionalmente, contratan con un determinado proveedor omitiendo la fase de selección. Uno de los supuestos de la contratación directa es la causal de situación de emergencia, en dicho supuesto no existe competencia, pero además es el único que permite aprobar una contratación directa ya efectuada en vía regularización con la documentación referida a las actuaciones preparatorias, el informe o los informes que contienen el sustento técnico legal de la contratación directa, la resolución o acuerdo que la aprueba; así como, el contrato y sus requisitos de acuerdo a lo dispuesto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento.

¹ De acuerdo a lo señalado en la Opinión N° 093-2020/DTN de fecha 23 de setiembre de 2020, de la Dirección Técnico Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE.

De conformidad con lo señalado en la normativa de contrataciones del Estado, existen cuatro supuestos para que se configure la causal de situación de emergencia: i) por acontecimientos catastróficos, ii) situaciones que afectan la defensa o seguridad nacional, iii) situaciones que supongan grave peligro; y, iv) por emergencias sanitarias.

En el presente trabajo de investigación se abordará el supuesto de contratación directa por situación de emergencia, un supuesto excepcional que posibilita a la entidad a contratar de manera inmediata y disponer la ejecución de las prestaciones requeridas sin sujetarse a los requisitos formales de la norma y posteriormente regularizar la formalización de la aprobación de la contratación directa, ello a fin de prevenir los efectos del evento próximo a producirse, o para atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido. Se analizarán las implicancias de optar por este procedimiento y que posteriormente la Entidad no realice su regularización. También se analizará la posición de los proveedores que de buena fe contratan con el Estado bajo este supuesto y ejecutan prestaciones sin suscribir previamente un contrato, pero luego no se les reconoce el pago al no haberse cumplido con la regularización de los documentos correspondientes por parte de la Entidad.

En los supuestos de situación de emergencia las entidades identifican una necesidad y contratan al proveedor sin procedimiento de selección previo, en atención a la inmediatez e imprevisibilidad de la necesidad, pero posteriormente pueden surgir controversias para la regularización de los actos preparatorios y documentos por parte de las entidades, los cuales pueden ser de diversos tipos como por imprecisión de los términos de referencia, ineficiente elaboración de la indagación de mercado, falta de presupuesto o finalmente por descoordinaciones del órgano encargado de las contrataciones con el área de asesoría jurídica y la alta dirección respecto a la configuración del supuesto, los cuales conllevan a que finalmente no se regularice la contratación. Estos ejemplos serán tratados con detalle en el capítulo correspondiente al problema de investigación.

El proveedor solicita a la Entidad el reconocimiento por las prestaciones ejecutadas; sin embargo, al no haberse materializado o formalizado el contrato, las entidades a fin de evitar observaciones o responsabilidades por el órgano de control, optan por esperar el inicio de un proceso judicial, en lugar de reconocer una suma directamente al proveedor por las referidas prestaciones ejecutadas, lo cual tiene consecuencias directas en los proveedores que

confiaron en la Entidad y atendieron con inmediatez su requerimiento por situación de emergencia.

En ese sentido, el proveedor inicia un proceso judicial, el cual demora años para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas, bajo la figura jurídica del enriquecimiento sin causa, lo cual desde el punto de vista del proveedor causa perjuicios como la pérdida de confianza en atender los requerimientos del Estado por situación de emergencia, puesto que no se tendrá la certeza de la regularización de los actos que incluyen la formalización del contrato, las pérdidas económicas que generan recorte de personal, la omisión en el pago de impuestos por falta de liquidez o incluso el cese de sus actividades, dependiendo de la magnitud de las prestaciones ejecutadas cuyo costo ha sido asumido solo por el proveedor.

Hipótesis

En el presente trabajo, buscamos determinar la procedencia del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas de buena fe por un proveedor en el marco de una contratación directa por situación de emergencia no regularizada. Si bien la normativa de contrataciones establece requisitos o formalidades para las contrataciones, en este supuesto excepcional no se requiere la suscripción de un contrato previo para la ejecución de las prestaciones por parte del proveedor, por ende se evidenciaría la buena fe del proveedor al cumplir con la ejecución de prestaciones a requerimiento y posterior aceptación de la entidad.

Asimismo, se busca proponer un procedimiento para el reconocimiento en forma directa de las prestaciones ejecutadas por los proveedores en situaciones de emergencia, a través de una directiva interna en lugar de optar por la vía judicial.

Se busca demostrar que aquellos casos en los cuales la entidad no ha cumplido con regularizar las contrataciones por situación de emergencia y no reconoce el pago al proveedor que ejecutó las prestaciones a su cargo al amparo de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del estado, las entidades pueden proceder a reconocer dichas prestaciones estableciendo un mecanismo de reconocimiento directo, en lugar de esperar que los proveedores acudan a la vía judicial a reclamar el reconocimiento de dicho adeudo por enriquecimiento sin causa.

Objetivo

Determinar si resulta procedente el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas de buena fe por un proveedor en el marco de una contratación directa por situación de emergencia no regularizada, así como las circunstancias a verificar para su procedencia.

Proponer el procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por proveedores a las entidades por situación de emergencia y que posteriormente no fueron regularizadas, es decir sin haberse formalizado el vínculo contractual.

Proponer la elaboración de un documento interno por parte de las entidades públicas para el reconocimiento directo de prestaciones ejecutadas vinculadas a una situación de emergencia no regularizadas, estableciendo condiciones y requisitos para evitar posteriores contingencias judiciales por enriquecimiento sin causa, evitando perjuicios a los proveedores que ejecutaron prestaciones de buena fe a pedido de la entidad en situación de emergencia, resultando más oneroso para la Entidad (tiempo y costos) puesto que finalmente se reconocerán las prestaciones ejecutadas.

Al establecer un procedimiento al interno de la entidad para el reconocimiento de prestaciones ejecutadas en situación de emergencia, se contribuiría a salvaguardar los intereses de los proveedores que de buena fe ejecutaron prestaciones a pedido inmediato de la Entidad, sin la intención de vulnerar el principio de legalidad; asimismo, se genera más confianza y voluntad en los proveedores para las futuras contrataciones a efectuar con el Estado, sin necesidad de acudir a la vía jurisdiccional la cual conlleva perjuicios en tiempo y costos para los proveedores que finalmente serán reconocidos, pero luego de muchos años de espera.

Enfoque metodológico:

De argumentación jurídica-constitucional:

Se analizarán aspectos conceptuales de la doctrina y la ley respecto a las contrataciones del Estado, contrataciones directas por situación de emergencia, el contrato y su perfeccionamiento, el enriquecimiento sin causa y la buena fe.

Legisprudencial:

Se analizará el marco normativo en contrataciones del Estado vigente, las opiniones emitidas por el OSCE relacionadas al tema de investigación. El análisis de la relación contractual existente entre las partes en una contratación directa por situación de emergencia no regularizada, en la cual se han ejecutado prestaciones por parte del proveedor sin formalizar el contrato.

Riesgos legales:

Respecto a la procedencia del reconocimiento directo a proveedores por parte de las entidades en el supuesto de ejecución de prestaciones en situación de emergencia no regularizadas, se analizan los riesgos legales de la procedencia para efectuar el reconocimiento económico directo por las prestaciones ejecutadas y al proponer un documento interno de reconocimiento económico en forma directa en estos supuestos.



CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1. Marco Teórico

La normativa de contrataciones del Estado está conformada por Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 publicada en El Peruano el 11 de julio de 2014 y sus modificatorias, actualmente compilada en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 (en adelante el T.U.O de la Ley), aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, por el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante el Reglamento), aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF y modificatorias; así como, por normas de carácter reglamentario emitidas por el OSCE.

La finalidad de la normativa de contrataciones es "establecer normas orientadas a maximizar el valor de los recursos públicos"; así como, "promover la actuación bajo el enfoque de gestión por resultados en las contrataciones" ello en busca que se realicen de manera oportuna y en las mejores condiciones de precio y calidad, permitiendo cumplir con los fines públicos, tal como se ha previsto en el artículo 1 del T.U.O de la Ley.

El proceso de contratación pública se desarrolla a través de un conjunto de actuaciones administrativas que comprenden tres fases: actos preparatorios, selección y ejecución contractual.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 21 del TUO de la Ley, una Entidad puede contratar a uno o más proveedores a través de procedimientos de selección, los cuales pueden ser de "licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, **contratación directa** y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el Reglamento". Para determinar el procedimiento de selección se tendrá en cuenta el objeto de la contratación (bienes, servicios u obras), la cuantía, y las demás condiciones previstas en la Ley y el Reglamento.

Los procedimientos de selección están previstos de etapas reguladas de acuerdo a la normativa, desde la etapa de convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro. Cabe

señalar, que una vez otorgada la buena pro a un proveedor que ha participado en el procedimiento de selección y concluido el plazo para impugnar el referido acto, ésta buena pro queda consentida, obligando a las partes (proveedor y entidad) a suscribir el contrato, previo cumplimiento de las formalidades y requisitos contenidos en la Ley y el Reglamento.

En ese sentido, a fin de sustentar nuestro trabajo de investigación relacionado a la procedencia del reconocimiento de prestaciones ejecutadas por proveedores ante el requerimiento de una entidad como contratación directa en situación de emergencia, en el caso que la entidad no cumpla con regularizar la formalización de la contratación con los documentos correspondientes como la suscripción contractual. En el presente capítulo trataremos acerca del marco legal, desarrollando el concepto del contrato administrativo en general; así como, el contrato en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, para luego desarrollar las contrataciones directas por situación de emergencia, supuesto excepcional de la normativa que permite a un proveedor ejecutar prestaciones a favor de una entidad sin cumplir con la condición de la suscripción contractual.

Continuaremos con un breve repaso respecto a la definición del enriquecimiento sin causa según la doctrina y los requisitos para su configuración, así como el tratamiento previsto en el código civil peruano para esta figura; y, pasaremos posteriormente a desarrollar su configuración en las contrataciones del Estado, sustentado en diversas opiniones emitidas por el OSCE, las cuales incluyen como requisito para su configuración, entre otros, que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.

Finalmente, se desarrolla el concepto de buena fe como principio general y su regulación en el código civil peruano; así como, su aplicación en el derecho administrativo y en las contrataciones del Estado regulando una conducta leal entre las partes en todas sus actuaciones; asimismo, consideramos un breve análisis respecto al principio de integridad previsto específicamente en la normativa de contrataciones del Estado, el cual se complementa con la buena fe.

2.2. El contrato administrativo

Según Linares (2006, p. 286-288) respecto al contrato administrativo se han establecido en la doctrina dos teorías: la dualista y la unitaria; la teoría dualista afirma que "existen contratos administrativos por un lado y contratos privados de la administración por otro", existiendo potestades implícitas de la administración pública sólo en los contratos administrativos a fin de tutelar el interés público. Por su parte, la teoría unitaria señala que los contratos suscritos por el Estado tienen una categoría única, sólo se diferencian por su regulación en el derecho público.

Respecto a la terminología a emplear, Morón y Aguilera (2017, p. 20-21) en el ámbito nacional consideran que el término "contrato de la administración" debe ser empleado de manera general cuando una de las partes es la administración, sin distinguir de la naturaleza jurídica de la contratación y considera el término "contrato administrativo" como una sub categoría que se refiere a contratos que celebra la administración pública pero con un régimen jurídico que lo diferencia de los contratos privados, con el objetivo de asegurar la oportunidad de los fines públicos, que la capacidad de dirección se encuentre a cargo de la administración y evitar riesgos propios de la contratación entre las partes en el derecho común.

Al respecto, debemos señalar que en la Constitución Política del Perú se distingue la contratación pública de la contratación privada, considerando que los contratos que celebra la administración pública tienen un carácter especial al implicar el uso de recursos públicos para una finalidad pública.

Así, tenemos que el concepto del contrato privado podemos advertirlo en el artículo 1351 del Código Civil que establece que es el "acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial". En el referido concepto encontramos también la noción de contrato de la administración; sin embargo, el elemento que lo diferencia es que por lo menos una de las partes es una entidad de la Administración Pública.

En cuanto al régimen jurídico, los contratos administrativos son de derecho público mientras que los contratos civiles son de derecho privado.

Asimismo, se advierte que la normativa administrativa regula procedimientos especiales para la contratación, mientras que en el derecho civil prima la voluntad de las partes. Al respecto, el artículo 1352 del código civil señala que los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes; salvo la ley exija algo distinto, bajo sanción de nulidad; asimismo, el artículo 1356 del referido código civil señala que las disposiciones de la ley sobre contratos, son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas .

Sin embargo, en los contratos de la administración de acuerdo a lo previsto en el artículo 76 de la Constitución se establece su carácter especial y su naturaleza de orden público, disponiendo el cumplimiento de procedimientos y formalidades, siendo que **su incumplimiento acarrea la invalidez de las actuaciones o de ser el caso la invalidez del contrato suscrito sin cumplir las formalidades previstas.**

En la Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, recaída en el expediente N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004, se señala que "La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones". (Tribunal Constitucional, 2003)

Según Martínez la normativa de contratación pública no busca crear una estructura jurídica paralela a fin de regular los contratos suscritos bajo su ámbito, lo que busca es establecer las reglas y procedimientos especiales, que sean aplicables, en función a su naturaleza. (2013, p.300)

En el presente capítulo se van a desarrollar las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado para la provisión de bienes servicios u obras con recursos públicos, siendo una de ellas el perfeccionamiento del contrato a través de la suscripción contractual entre la entidad y el privado.

2.3. El contrato en la normativa de contrataciones del Estado

En el presente apartado se hace referencia a la vinculación existente entre las entidades públicas con un privado, a través de un contrato para la provisión de bienes, servicios u obras con recursos públicos, ello una vez realizados los procedimientos de selección que garanticen el cumplimiento de las formalidades establecidas en Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento, en forma oportuna y en las mejores condiciones de precio y calidad.

Así, las contrataciones del Estado se rigen por los principios contemplados en el artículo 2 del T.U.O. de la Ley; sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público, como el principio de Legalidad contenido en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el diario Oficial El Peruano con fecha 25 de enero de 2019, mediante el cual la administración pública actúa de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución, la ley y al derecho.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, luego que ha quedado consentida o administrativamente firme la buena pro, la Entidad y los postores ganadores están obligados a contratar. Es decir, a partir de dicho momento surge la obligación de las partes de contratar.

Respecto al consentimiento de la buena pro o que haya quedado administrativamente firme, el OSCE en reiteradas opiniones, tal como la prevista en la Opinión N° 135-2018/DTN, de fecha 3 de setiembre de 2018, ha señalado que:

Sobre ello corresponde aclarar que el consentimiento de la buena pro se produce cuando transcurrido el plazo previsto en el artículo 43 del Reglamento, ningún postor ha impugnado dicho acto; por su parte, la buena pro queda administrativamente firme cuando, luego de haber concluido un proceso de impugnación ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, o en su caso ante la Entidad, la resolución emitida agota la vía administrativa, pues no cabe impugnación administrativa alguna contra tal resolución, conforme al artículo 112 del Reglamento. (OSCE, 2018)

En ese sentido, tenemos que en el desarrollo de un procedimiento de selección se otorga la buena pro a un proveedor y una vez que este acto se encuentra consentido o quede administrativamente firme, surge la obligación de las partes de contratar.

Respecto a la definición del contrato, en el Anexo N° 1 de definiciones del Reglamento, se precisa que el contrato "es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento".

Cabe mencionar que, el referido acuerdo implica que concurren las voluntades de la Entidad y del proveedor a lo largo del procedimiento de selección hasta la formalización del contrato, dado que ambas partes deben cumplir con los requisitos y formalidades establecidas por la normativa para su celebración.

La normativa de contratación estatal precisa los requisitos y formalidades para la suscripción contractual, así el artículo 32 del T.U.O de la Ley de Contrataciones del Estado señala, entre otros, que:

El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo. (...) El reglamento establece el procedimiento, plazos y requisitos para el perfeccionamiento del contrato, así como los casos en que el contrato puede perfeccionarse mediante una orden de compra o servicio (...). (Decreto Supremo N° 082-2019-EF, 2019)

Asimismo, respecto al perfeccionamiento del contrato, el artículo 137 del Reglamento, señala que:

El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, siempre que el monto

del valor estimado no supere los Doscientos Mil con 00/100 Soles (S/ 200, 000.00). (Decreto Supremo N° 344-2018-EF, 2018)².

Se precisa que, en los procedimientos de selección por relación de ítems, si el monto del valor estimado del ítem se encuentre dentro del parámetro establecido de doscientos mil soles, se puede perfeccionar el contrato con la suscripción del documento o con la recepción de una orden de compra o de servicios. En la Comparación de Precios, el perfeccionamiento contractual se da con la recepción de la orden de compra o de servicios.

Cabe mencionar que la normativa de contratación estatal, además de los métodos de contratación "regulares" como son los procedimientos de selección, ha establecido métodos especiales de contratación, mediante los cuales las Entidades contratan sin realizar procedimientos de selección, los bienes y servicios que forman parte de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, precisando que en estos supuestos el contrato se perfecciona con la aceptación de la orden de compra o servicio.

Así tenemos que, el contrato se puede perfeccionar con su suscripción o con la recepción de la orden de compra o de servicios, dependiendo la condición establecida en la normativa para su formalización.

Al respecto, la normativa nos exige dicha condición de la suscripción para el perfeccionamiento del contrato, con la salvedad de los casos en los que se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios y que se encuentran expresamente señalados en la normativa como se ha mencionado previamente. Por lo que, por regla general podemos señalar que el contrato queda perfeccionado con su suscripción formal.

La normativa también nos señala los supuestos en los cuales la entidad se puede negar a contratar a pesar de haberse cumplido con la condición del consentimiento de la buena pro, los referidos supuestos han sido precisados de manera taxativa.

Sobre el contrato, Morón y Aguilera (2017,p.36) señalan que este sólo queda perfeccionado con la suscripción formal.

² Modificado por el Decreto Supremo N° 162-2021-EF.

Por su parte, Retamozo (2018, p.98-99) nos señala que la formación de la voluntad administrativa se da en varios actos que inician con el requerimiento y se van desarrollando a lo largo del procedimiento de selección, no debiendo confundir al contrato con el procedimiento de formación de la voluntad administrativa contractual, el cual es previo al contrato, dado que el vínculo contractual nace solo cuando se perfecciona el contrato; esto es, una vez consentida la buena pro, se suscribe el contrato y adquiere su propia especificidad.

Consideramos que en efecto, previamente a la suscripción contractual concurren las voluntades de la Entidad y del proveedor a lo largo del procedimiento de selección hasta su formalización, siendo que sólo a partir del momento de la formalización a través de la suscripción del contrato nace el vínculo contractual.

Cabe señalar, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 9 del TUO de la Ley, el incumplimiento de formalidades contenidas en la normativa puede conllevar a responsabilidades por parte de los funcionarios y servidores de las Entidades a cargo de los procesos.

Por lo que, podemos afirmar que el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa como el efectuar la provisión de bienes, servicios u obras a favor de las Entidades sin previo procedimiento de selección o sin la suscripción contractual u otros requisitos previstos en la normativa para establecer un vínculo contractual válido, implicaría responsabilidades por parte de los funcionarios y servidores que aceptaron dichas prestaciones sin cumplir con las formalidades exigidas por la normativa.

Respecto a la validez del contrato, el OSCE en diversas opiniones tal como la establecida en la Opinión N° 199-2018/DTN, de fecha 17 de diciembre de 2018, ha señalado lo siguiente:

(...) un contrato válido es, en principio eficaz, es decir, cuenta con la capacidad de ser fuente de obligaciones jurídicamente exigibles. Bajo esta consideración, el contrato (celebrado entre la Entidad y el contratista) que se ha formado en observancia de los requisitos, procedimientos y formalidades exigidas por la normativa de Contrataciones del Estado, tiene la capacidad de generar dos obligaciones principales:

- i) Una a cargo del contratista, consistente en la ejecución de una prestación de entrega

o suministro de un bien, provisión de un servicio o ejecución de una obra; y ii) otra a cargo de la Entidad, consistente en el desembolso de un pago a precio de mercado por la ejecución de dichas prestaciones.

Así, *contrario sensu*, el “contrato” que se ha formado en **transgresión o inobservancia** de la normativa de Contrataciones del Estado será inválido o inexistente y, en consecuencia, será ineficaz; y por tanto no podrá ser fuente de ninguna de las dos obligaciones principales mencionadas en el párrafo precedente.

De lo dicho se puede advertir que la obligatoriedad del pago está determinada por la validez del contrato en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado. En consecuencia, el contrato que no se haya formado en observancia de los requisitos, procedimientos y formalidades previstas en la mencionada normativa, **no podrá ser fuente de una obligación jurídicamente exigible como es el pago.** (OSCE, 2018)

En ese sentido, tenemos que un contrato válido y por ende eficaz, es fuente de obligaciones jurídicamente exigibles y se ha formado en observancia de la normativa; por el contrario, un contrato será inválido o inexistente y en consecuencia ineficaz si se ha formado en transgresión o inobservancia a la normativa, no pudiendo ser fuente de obligaciones. Asimismo, se puede afirmar que la obligación del pago sólo se genera si deviene de un contrato válido.

De acuerdo al marco normativo expuesto, las entidades públicas se vinculan con un privado, a través de un contrato para la provisión de bienes, servicios u obras con recursos públicos, bajo los parámetros establecidos en la Ley y el Reglamento, en los cuales se señala que luego de realizado el procedimiento de selección correspondiente y consentida la buena pro o administrativamente firme debe celebrarse un contrato por escrito, de acuerdo al procedimiento y formalidades establecidas en la normativa, precisándose además que dicho contrato queda perfeccionado con su suscripción, a excepción de los supuestos en los cuales se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio.

En ese sentido, una vez cumplidos los requisitos establecidos por la normativa y con la formalización de la suscripción contractual se generan obligaciones para ambas partes, entre

estas, la del contratista para efectuar las prestaciones a su cargo y de la Entidad para efectuar el pago por la ejecución de dichas prestaciones pues existe una relación jurídica válida.

Así, entendemos que el incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa para establecer un vínculo contractual válido, como el ejecutar prestaciones a favor de las Entidades sin previo procedimiento de selección o sin la suscripción contractual u otros requisitos previstos en la normativa, implicaría responsabilidades por parte de los funcionarios y servidores que aceptaron dichas prestaciones sin cumplir con las formalidades exigidas por la normativa. Asimismo, al no haberse observado los requisitos, procedimientos y formalidades exigidas por la normativa de contrataciones del Estado, no podría generar la obligación por parte de la Entidad de efectuar el pago, al no considerarse una relación jurídica válida y como tal no puede ser fuente de obligaciones.

2.4. Contratación directa por situación de emergencia

Una vez expuestas las formalidades que deben cumplir las Entidades para provisión de bienes, servicios y obras con recursos públicos, con la obligación de perfeccionarse el contrato a través de su suscripción, a fin que el proveedor y luego contratista pueda iniciar la ejecución de las prestaciones a su cargo, contando con un vínculo válido, en cumplimiento de los requisitos y formalidades establecidos en la normativa; es pertinente señalar que, existe un supuesto normativo en el cual el proveedor puede ejecutar prestaciones en favor de una entidad sin haber suscrito un contrato, incluso sin que la Entidad formalice la documentación referida a las actuaciones preparatorias y demás documentos del procedimiento de selección, sin que ello implique un hecho irregular o responsabilidades por parte de funcionarios y servidores de la entidad, siendo este supuesto la contratación directa por situación de emergencia.

Respecto a las contrataciones directas, mediante la Opinión N° 104-2020/DTN, de fecha 27 de octubre de 2020, el OSCE ha precisado que:

(...) la contratación directa es un procedimiento de selección de naturaleza excepcional y no competitiva, que faculta a la Entidad a contratar directamente con un determinado proveedor sin la necesidad de realizar determinadas actuaciones propias

de los procedimientos de selección clásicos; siendo necesario precisar que dicha situación **no enerva la obligación de la Entidad de** cumplir - en el marco de los procesos de contratación que emplean la contratación directa - con los requisitos, condiciones, formalidades, exigencias y garantías establecidos en la Ley y el Reglamento para las fases de actuaciones preparatorias y de ejecución contractual. (OSCE, 2020)

Así, se advierte que las contrataciones directas son procedimientos de selección excepcionales en los cuales no hay competencia, en dicho procedimiento las entidades están facultadas para contratar directamente a un proveedor omitiendo la fase de selección, siempre que cumplan con los requisitos de los supuestos establecidos en la normativa.

Ahora bien, uno de dichos supuestos de contratación directa es la causal de situación de emergencia, contenida en el literal b) del numeral 27.1 del artículo 27 del T.U.O de la Ley, mediante la cual se dispone que de manera excepcional las Entidades pueden contratar directamente con un determinado proveedor ante una situación de emergencia, estableciendo cuatro supuestos para su configuración: i) por acontecimientos catastróficos, ii) por situaciones que afecten la defensa o seguridad nacional, iii) por situaciones que supongan el grave peligro de que ocurra alguno de los supuestos anteriores, o iv) por una emergencia sanitaria declarada por el ente rector del sistema nacional de salud.

En dichas situaciones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 100 de Reglamento la Entidad cuenta con la potestad de requerir **inmediatamente** a un proveedor la provisión de los bienes, servicios en general, consultorías u obras que considere **estrictamente necesarios** para prevenir los efectos del evento próximo a producirse, o atender los requerimientos generados como consecuencia directa del evento producido, sin necesidad de sujetarse a los requisitos formales de la norma.

Así, las entidades identifican su necesidad generada por una situación de emergencia en cualquiera de los cuatro supuestos y contratan directamente con un proveedor; es decir, se omite la fase de selección que implica la exigencia del procedimiento de selección regular previsto en la Ley; y, adicionalmente en esta causal el referido artículo 100 del Reglamento permite que "como máximo dentro del plazo máximo veinte (20) días hábiles siguientes de efectuada la entrega del bien, o la primera entrega en el caso de suministros o desde su

instalación y puesta en funcionamiento en el caso de bienes bajo la modalidad de llave en mano, o del inicio de la prestación del servicio, o del inicio de la ejecución de la obra" (dependiendo del objeto de la contratación), la Entidad pueda regularizar la documentación de las actuaciones preparatorias, los informes con el sustento técnico legal de la Contratación Directa, la resolución o acuerdo que la aprueba, así como el contrato y sus requisitos, que a la fecha de la contratación del proveedor no se hayan elaborado.

Es decir, la contratación directa por situación de emergencia es un supuesto normativo en el cual las Entidades sin seguir las formalidades establecidas para los procedimientos de selección regulares, se aprovisionan de los bienes, servicios u obras que requieran de manera inmediata, pudiendo aprobarse la contratación en vía regularización.

Al respecto, el OSCE a través de la Opinión N° 110-2017/DTN, de fecha 04 de mayo de 2017, señala que: "la causal de contratación directa por situación de emergencia tiene como objetivo la acción oportuna por parte de la Entidad cuando se presenten alguno de los siguientes supuestos(...)" (OSCE, 2017)

Tal como se aprecia, el motivo de la excepción establecida en la norma para la causal de contratación directa por situación de emergencia, radica en la oportunidad de la contratación en caso se presenten cualquiera de los cuatro supuestos, siendo requisito indispensable para su configuración que la Entidad cumpla con condiciones y requisitos establecidos, entre estos su actuación en forma inmediata por ende oportuna para la atención de la necesidad o contratación.

Otro requisito para la configuración de la causal es que la necesidad se encuentre vinculada a una situación de emergencia y que se contrate lo estrictamente necesario para prevenir un efecto próximo o para atender los requerimientos ya generados como consecuencia del evento producido, lo cual deberá estar sustentado por la Entidad en los documentos de la aprobación de la contratación directa (en la resolución o acuerdo y en los informes técnico y legal que lo sustentan), los cuales se pueden emitir en regularización, esto es, en forma posterior a la ejecución de las prestaciones por parte de los proveedores en favor de las entidades.

En ese sentido, la normativa permite la aprobación de contrataciones directas en vía regularización, sólo para la causal de situación de emergencia y siempre que se configuren los supuestos, se cumplan sus condiciones y requisitos establecidos; teniendo en cuenta que ello implica que los proveedores pueden ejecutar las prestaciones solicitadas directamente por la Entidad sin haberse llevado a cabo la fase de selección del procedimiento de selección, ni haberse aprobado la contratación directa por el titular de la Entidad, ni suscrito contrato alguno, entre otros requisitos formales, dada la excepcionalidad contenida en la norma que permite la no sujeción a los requisitos formales de la Ley y su Reglamento para esta causal. Sin embargo, la normativa exige el cumplimiento por parte de las entidades de los documentos en vía regularización, entre estos, la formalización de la suscripción del contrato.

2.5. El Enriquecimiento sin causa

2.5.1. Definición

En el presente apartado analizaremos el concepto del enriquecimiento sin causa de acuerdo a la doctrina, cabe señalar que el origen de esta figura jurídica se encuentra en el derecho civil, en la práctica contractual se presentan situaciones en las cuales una de las partes obtiene un beneficio o ganancia sin justificación, correspondiendo a la afectada reclamar a través de una acción la restitución de lo que sin justificación o motivo legítimo le ha causado una disminución en su patrimonio. Se advierte que no hay una definición única en la doctrina; sin embargo, se aprecian expresiones similares o equivalentes para la definición del enriquecimiento sin causa.

Así, Llambías (1964, p.375) la considera como la acción in rem verso, la cual es una fuente de la obligación de restitución, la ley confiere esta acción a toda persona que ha experimentado una disminución patrimonial sin causa justa, contra quien se ha beneficiado por ello.

El referido autor la considera como una acción que es fuente de obligaciones, podrá advertirse posteriormente que ello ha sido recogido en nuestro código civil peruano; sin embargo, no se considera su carácter restitutorio. Asimismo, la referida acción se presenta

contra quien se ha beneficiado del patrimonio de otra que lo ha visto disminuido sin motivo alguno.

Para Borda (2000, p.514), es el enriquecimiento de una persona a costa del empobrecimiento de otra, sin motivo legítimo, lo cual contraviene a la equidad. En esos casos, la ley le confiere al empobrecido una acción de restitución llamada enriquecimiento sin causa o *in rem verso*, en defensa de su patrimonio el cual ha sufrido un desmedro injusto.

Se advierte que en esta figura intervienen dos partes, una la que se enriquece y otra la que se empobrece, siendo este último el que puede ejercer la acción para la restitución de su patrimonio sin causa legal que la justifique, para el referido autor esta situación presentada contraviene a la equidad.

En el mismo sentido, Díez- Picazo y Gullón (2018, p.521), señala que toda atribución para ser lícita se debe fundar en una causa que el ordenamiento jurídico considere justa. Caso contrario, el que recibe la atribución debe restituirla. Así, surge una acción en favor del empobrecido para reclamar su restitución.

En ese sentido, respecto a la definición del enriquecimiento sin causa, concordando con las expresiones doctrinarias, podemos señalar que es una situación en la cual ha existido un desplazamiento patrimonial que ha tenido como resultado que una persona se ha enriquecido a costa del empobrecimiento de otra, sin una causa jurídica válida, lo cual genera que el empobrecido pueda reclamar la restitución a través de una acción.

2.5.2. Requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa

Habiendo expuesto de manera clara el concepto de enriquecimiento sin causa, de la misma definición se pueden advertir cada uno de los requisitos para su configuración. Así, se puede afirmar que los requisitos o elementos para que configure el enriquecimiento sin causa son: la existencia de un sujeto que se ha enriquecido y otro que se ha empobrecido, la relación de causalidad entre estos hechos, que no exista una causa justa y que no exista otra acción para su reclamo, cumplidos los referidos requisitos se configura el enriquecimiento sin causa y la potestad del afectado para accionar.

Para Llambías (1964, p.380), se necesita de ciertos requisitos a fin de que proceda la acción de indemnización de enriquecimiento sin causa, los cuales serían los siguientes: i) el enriquecimiento del demandado; ii) el empobrecimiento del demandante; iii) la relación causal entre esos hechos; iv) la ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y, finalmente, v) la carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Por su parte, Palacios (2007), señala que los requisitos para la acción por enriquecimiento sin causa, son: "el enriquecimiento, el daño, la correlación entre daño y enriquecimiento, la ausencia de justa causa y la subsidiaridad". (citado en Guillén, 2013, p. 16).

Se advierte que ambos autores coinciden al establecer como requisitos al enriquecimiento de una persona, el daño o empobrecimiento de otra, la correlación o causalidad en estos hechos, la ausencia de la causa justa y que no exista otra acción para su reclamo o subsidiaridad.

Cabe acotar que en adición a lo expuesto, Castillo (2009, p.6) sostiene que para proceder a la acción no resulta necesario que el hecho tenga carácter ilícito, dado que este requiere de dolo y culpa del obligado, mientras que en el enriquecimiento sin causa se puede prescindir de esos elementos.

Consideramos acertado el criterio del referido autor, toda vez que esta figura jurídica es una fuente de las obligaciones en materia de derecho civil para el resarcimiento del afectado, la cual requiere que no exista una justificación legal para el enriquecimiento, sin que ello implique que el hecho sea ilícito pues ello ameritaría un análisis subjetivo de la intención del sujeto que se ha enriquecido.

En ese sentido, de acuerdo a la doctrina su configuración implica la existencia de un sujeto que se ha enriquecido y otro que se ha empobrecido, la relación de causalidad entre estos hechos, que no exista una causa justa y que no exista otra acción para su reclamo, cumplidos los referidos requisitos el afectado tiene la potestad de accionar lo que sin justificación o motivo legítimo le ha causado una disminución en su patrimonio.

2.5.3. El enriquecimiento sin causa en el Código Civil peruano y su configuración en las contrataciones del Estado.

El enriquecimiento sin causa se encuentra consagrado en normas expresas en nuestro código civil peruano. De conformidad con lo establecido en el artículo 1954 del Código Civil Peruano, respecto a la acción por enriquecimiento sin causa, se señala que: *“Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo”*.

Asimismo, el artículo 1955 de la referida norma, precisa que la acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización. Advertimos en el referido artículo el elemento de subsidiaridad.

Así, tenemos que el código civil regula el enriquecimiento sin causa en el Libro VII Fuente de las obligaciones; sin embargo, se advierte que dicha definición no recoge la totalidad de los elementos considerados en la doctrina. Nuestro código civil hace mención a la obligación de obtener una indemnización, mas no respecto a la obligación de restitución de lo obtenido injustamente, como se menciona en la doctrina. En ese sentido, concluimos que el enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que se encuentra prevista en el derecho civil.

Respecto a la figura del enriquecimiento sin causa en el ámbito de las contrataciones del Estado, debemos señalar que nos referimos a situaciones en las cuales se utiliza esta figura para amparar el reconocimiento de las prestaciones referidas a bienes o servicios u obras las cuales fueron ejecutadas por proveedores sin el debido sustento jurídico o sin seguir las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, como el no haberse cumplido con la suscripción contractual para la regularización de una contratación directa por situación emergencia a pesar de ser una exigencia de la normativa.

Así, tenemos que configuraría el enriquecimiento sin causa cuando un proveedor ejecuta prestaciones a favor de una entidad, a su requerimiento y aceptación pero sin un sustento válido o sin haber cumplido las formalidades establecidas en la ley para la provisión de bienes, servicios u obras y las referidas prestaciones han sido utilizadas o aceptadas por la Entidad sin el reconocimiento correspondiente, en este caso la Entidad se ha beneficiado en perjuicio del proveedor, pues ha recibido bienes o servicios sin efectuar pago alguno.

En ese sentido, esta figura ha sido reconocida en diversas opiniones del OSCE³ habiendo precisado su configuración en diversos casos como en la ejecución de prestaciones luego de declararse la nulidad de un contrato, la ejecución de prestaciones sin la suscripción de un contrato o sin seguir las formalidades de la ley, prestaciones de adicionales de obra ejecutadas sin autorización, entre otras.

Al respecto, el Tribunal de Contrataciones del Estado mediante la Resolución N° 176/2004.TC-SU, emitida el 05 de mayo de 2004, ha establecido lo siguiente:

(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido –**aún sin contrato válido**– un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la otra, hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa. En efecto, no habiéndose suscrito el contrato correspondiente, no ha existido fundamento legal ni causa justa para dicha atribución patrimonial que sustente el enriquecimiento indebido en el que ha incurrido la Entidad, circunstancias que deberá ser ventilada por las partes en la vía correspondiente. (OSCE, 2004)

Cabe señalar, que para el presente trabajo de investigación sólo se evaluará la configuración del enriquecimiento sin causa en el supuesto de una contratación directa por emergencia que en vía regularización la entidad no cumpla con la formalización de la suscripción contractual, considerando la excepcionalidad de dicho supuesto. Toda vez que, las opiniones del OSCE generalizan la configuración de esta figura en todos los supuestos en los cuales se han ejecutado prestaciones por una parte y han sido aceptadas por la otra sin tener un contrato válido, debiendo precisar que no coincidimos con dicha postura pues existen procedimientos establecidos en la normativa que son de conocimiento público y deben cumplirse por las partes; por ello, consideramos que sólo en este supuesto excepcional de situación de emergencia se evidenciaría la procedencia legal de ejecutar prestaciones por

³ Tal como las Opiniones N° 07-2017/DTN, 100-2017/DTN, 112-2018/DTN, 164-2018/DTN, 199-2018/DTN, 24-2019/DTN, entre otras.

los proveedores previamente a la suscripción contractual y sin cumplir con las condiciones de un procedimiento de selección regular.

Bajo esta consideración, señalamos que la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante diversas opiniones, como la contenida en la Opinión N° 199-2018/DTN , de fecha 17 de diciembre de 2018, ha desarrollado los elementos que deben concurrir para que se configure el enriquecimiento sin causa, en casos presentados en contratación pública, lo cuales son los siguientes:

(i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la ausencia de contrato); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor. (OSCE, 2018)

Advertimos que, las referidas opiniones indican un elemento adicional para que configure el enriquecimiento sin causa y es la buena fe⁴, lo que implicaría, a criterio del OSCE que las prestaciones hayan sido válidamente requeridas y aceptadas por el funcionario o funcionarios de la Entidad. Argumentando que, similar criterio es adoptado también por el Código Civil para determinados supuestos, como el artículo 943 del referido código civil, en los que no se otorga derecho a pago alguno a los terceros que, de mala fe, realizan construcciones en terreno ajeno.

La referida Opinión N° 199-2018/DTN, emitida en atención a una consulta relacionada a la ejecución de prestaciones a favor de una Entidad sin haber seguido las formalidades, requisitos y procedimientos de la normativa de contrataciones del Estado, concluye señalando que:

La obligatoriedad del pago está determinada por la validez del contrato. En consecuencia, el contrato que no se ha formado conforme a las exigencias de la normativa de contrataciones del Estado, no podrá ser fuente de una obligación

⁴ En las Opiniones N° 061-2017/DTN, N° 234-2017/DTN y N° 112-2018/DTN, entre otras.

jurídicamente exigible como es el pago.

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(...)**. (OSCE, 2018)

De lo expuesto, advertimos que en el ámbito de las contrataciones del Estado se ha reconocido la configuración del enriquecimiento sin causa, entre otros casos, cuando los proveedores ejecutan prestaciones a favor de la entidad sin haber seguido las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, como la omisión de la suscripción del contrato, siempre que concurren los elementos de configuración del enriquecimiento sin causa, habiéndose precisado como un elemento adicional la existencia de la buena fe del proveedor; criterio que compartimos, correspondiendo en dicho casos el reconocimiento al proveedor de un monto a modo de indemnización.

2.5.4. El principio de buena fe

Una vez establecidos los requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa de acuerdo la doctrina y atendiendo al criterio del OSCE que en el ámbito de las contrataciones del Estado ha reconocido la configuración del enriquecimiento sin causa en algunos supuestos, precisando que se requiere el elemento adicional de la buena fe del proveedor al ejecutar las prestaciones, consideramos importante analizar algunos conceptos sobre la buena fe en la doctrina, para posteriormente analizar su regulación en nuestro ordenamiento jurídico y sus implicancias en la negociación contractual; así como, en la ejecución contractual.

Respecto a la buena fe, De La Puente (1993, p.34) la considera como un principio inherente a la conducta humana en sus relaciones, el cual se incorpora al derecho convirtiéndose en un concepto jurídico.

Notamos que la buena fe se relaciona a un aspecto subjetivo en el comportamiento de las personas en sus relaciones y para el referido autor es considerado como un principio que posteriormente ha sido regulado por el legislador como un concepto jurídico.

Por su parte, Danz (1955) señala que la buena fe "significa confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella" la relaciona con el cumplimiento de la palabra; e implica que "una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra, en el cumplimiento de sus obligaciones, confiando en que ésta no la engañará (...)" (citado en Zusman,S., 2005, p.22 y 23).

Consideramos que, en efecto la buena fe está relacionada a la conducta leal de las partes en el cumplimiento de sus obligaciones; así como, a la confianza que una parte deposita en la otra.

Así, Castillo y Osterling (2003, p. 761-763) respecto a la buena fe en la celebración del contrato, señalan que una de las discusiones planteadas en torno a la buena fe es la de determinar si estamos frente a un standard jurídico o bien frente a un principio general del Derecho. Precisando que ambas posiciones se interrelacionan y, por tanto se concilian, lo cual se puede apreciar en la clásica distinción de la buena fe en subjetiva y objetiva. En tanto la primera, es una creencia del sujeto respecto a que actúa conforme a Derecho, tiene un contenido ético; la segunda, es un deber de conducta que ha sido impuesto al sujeto, con un contenido ético; entre otros aspectos que consideran interrelacionados; por lo cual, ambas concepciones de la buena fe juegan un mismo rol.

Para los referidos autores, lo más importante es que el patrón de conducta se encuentre previsto en el Derecho implicando una protección jurídica para el que se comporte en dicho sentido y negándola a quien la contravenga, considerando que la buena fe es a la vez un principio cardinal que constituye una manifestación de la ética del Derecho traducida en un conjunto de normas que contienen dicha idea.

Es de notarse que existen diversas definiciones en la doctrina respecto a la buena fe, las cuales se relacionan con la lealtad, confianza, justicia, honestidad, fidelidad, entre otras expresiones relacionadas a un aspecto ético del comportamiento humano en sus relaciones con la sociedad, más que relacionadas a un aspecto jurídico. Sin embargo, compartiendo la

posición de Castillo y Osterling (Castillo y Osterling, 2003) consideramos que si esta conducta con contenido ético se encuentra prevista en la normativa pues implica una protección jurídica para el que actúe en dicho sentido; es decir, una protección para quien actúe de buena fe.

a. El principio de buena fe en el derecho civil y administrativo

Al respecto, advertimos que nuestro código civil peruano ha recogido el principio de buena fe como una regla de conducta en las relaciones entre los sujetos de derecho en diversos artículos, así el artículo 1362 consagra la buena fe en los contratos señalando que: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse de acuerdo a las reglas de la buena fe y la común intención de las partes”; además la buena fe ha sido recogida en el artículo 168 (interpretación objetiva), el artículo 906 (posesión ilegítima de buena fe), el artículo 941 (edificación de buena fe en terreno ajeno), el artículo 1135 (conurrencia de acreedores de bien inmueble) y el artículo 2014 (principio de buena fe registral); entre otros.

Asimismo, la norma acotada hace referencia a las actuaciones de mala fe, como la regulada en el artículo 284 respecto a los efectos del matrimonio invalidado, señala que si hubo mala fe en uno de los cónyuges, el matrimonio no surte efectos en su favor; así como, el artículo 943, que ha previsto que no se otorgue derecho a pago alguno a los terceros que, de mala fe, realizan construcciones en terreno ajeno.

Al respecto, Zusman (2005, p. 23-24) realiza un análisis de la buena fe, sus implicancias y el rol que debe tener en nuestro ordenamiento jurídico. Nos señala que, el código civil peruano exige la buena fe en cada una de las fases del contrato; sin embargo, afirma que no es lo mismo la buena fe en la negociación contractual que en la ejecución contractual, puesto que al negociar el contrato solo une a las partes el interés común de celebrarlo y se advierte la presencia de la libertad contractual, la cual no se presenta en la ejecución en que ya existe un vínculo jurídico entre ambas partes que están obligadas a respetar. Por ello, considera que el requerimiento de buena fe en la negociación es menos estricto que en el cumplimiento o ejecución contractual, concluye que ambas son distintas en su naturaleza y grado, pero además en sus efectos dado que la mala fe en la ejecución puede conllevar a la ineficacia del

contrato, en tanto la mala fe en la negociación no genera la obligación de suscribir el contrato pues prima la libertad contractual sobre la buena fe.

Coincidimos con lo expuesto por Zusman respecto a que si bien el código civil ha regulado la buena fe en todas las fases de los contratos, su exigencia es más estricta en la ejecución contractual que en las negociaciones, toda vez que en la ejecución contractual contamos con reglas claras las cuales están contenidas en el contrato suscrito por las partes, que a su vez será fuente de las obligaciones exigibles legalmente entre las partes; sin embargo, en las negociaciones no contamos con dicha formalidad.

En ese sentido, acotamos que el principio de buena fe ha sido recogido en el código civil peruano regulando la conducta de los sujetos de derecho en sus relaciones, otorgando una protección para el que actúa de buena fe; siendo así, se constituye en una obligación legal.

En el derecho administrativo, nuestro ordenamiento jurídico, ha previsto la buena fe como un principio general del procedimiento administrativo, en el numeral 1.8 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual contiene al principio de buena fe procedimental, a través del cual se considera que:

La autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. (...) Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procedimental. (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 2019)

Respecto a la aplicación de la buena fe en el accionar administrativo, Laborde (2016, p.65) señala que el principio de la buena fe se aplica en todas las acciones administrativas, en las diversas manifestaciones en el ejercicio de la función pública. Es aplicable en todas las relaciones al interior de las entidades públicas y en sus relaciones jurídicas con personas privadas o públicas. Asimismo, precisa que "constituye un límite flexible al ejercicio de potestades discrecionales, pero ello no significa que los ámbitos reglados del ejercicio del poder público queden exentos de su referencia".

De lo expuesto, podemos afirmar que la buena fe está considerada como un principio general de derecho administrativo, que alcanza a todas las actuaciones de la Administración Pública; así como, a los privados que se relacionan con ella, implicando que todos los actores o partícipes del procedimiento tengan un comportamiento o conducta acorde a la ética, lo cual consideramos genera confianza en las actuaciones de todos los sujetos en el procedimiento, sobre todo por parte de los administrados, y tal como refiere Laborde sirve de control o límite para las actuaciones de la Administración Pública en el ejercicio de sus potestades discrecionales.

Ahora bien, respecto a la aplicación del principio de buena fe en materia de contratación pública, hemos señalado anteriormente que las contrataciones del Estado se rigen por los principios contemplados en el artículo 2 del T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado; sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público, consideramos así que resulta de aplicación el principio de legalidad y el de la buena fe, entre otros.

Como bien señala Morón (2006, p.192), por la buena fe los contratantes adoptan un comportamiento leal en todas las fases en las que se relacionan, previo al perfeccionamiento del acto (contrato), como en la ejecución contractual.

En concordancia a lo expresado por el autor podemos afirmar que en la contratación pública la buena fe de las partes debe estar presente en todas relaciones, ya sea en las actuaciones previas a la suscripción contractual como en la ejecución contractual.

Resulta oportuno señalar que, el literal j) del artículo 2 del TUO de la Ley de contrataciones del Estado regula al principio de integridad estableciendo que: "La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna".

Según Morón y Aguilera (2017 p. 77) por el principio de integridad los actos de la administración y los administrados están guiados por la honradez y veracidad evitando cualquier práctica indebida, asimismo precisan que la aplicación de este principio se verifica entre otros casos, en la prohibición de enriquecimiento sin causa.

Si bien coincidimos con los referidos autores al vincular este principio de integridad a la prohibición del enriquecimiento sin causa, podemos precisar complementando dicho análisis, que consideramos a la buena fe como un principio general y al principio de integridad como uno específico en el ámbito de las contrataciones del Estado, los cuales se complementan para regular la conducta de los partícipes (entidad y proveedores) en el proceso de contratación.

En ese sentido, podemos afirmar que la buena fe es un principio general de derecho que alcanza a todas las actuaciones de la Administración Pública; así como, a los privados que se relacionan con ella, implicando que todos los actores o partícipes del procedimiento tengan un comportamiento o conducta acorde a la ética; es decir, que actúen con lealtad en sus relaciones. Asimismo, consideramos que el referido principio general se complementa con el principio de integridad previsto específicamente en la normativa de contrataciones del Estado, que tal como se ha definido, presenta un contenido ético que integra al ordenamiento legal en las actuaciones de las entidades y participantes del proceso de contratación pública, regulando que su conducta, en cada acto, sea guiada por valores como la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida como el enriquecimiento sin causa.

CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1 Problemática respecto al no reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por proveedores en contrataciones directas por situación de emergencia no regularizadas.

De acuerdo a lo expuesto en el capítulo anterior, la contratación directa por situación de emergencia es un procedimiento excepcional que posibilita a la entidad a proveerse de manera inmediata solicitando a los proveedores la ejecución de las prestaciones requeridas, sin sujetarse a los requisitos formales de la norma, dado que se omite la fase de selección; es decir, no hay competencia y se permite que posteriormente a la ejecución de las prestaciones se realice la formalización de los documentos para la aprobación de la contratación directa en vía regularización, lo cual puede incluir los documentos referidos a los actos preparatorios, informes de sustento, resolución de aprobación y suscripción contractual, entre otros.

Debemos tener presente, que la normativa de contrataciones con el Estado no excluye a este supuesto de la obligación de la formalización de la contratación, tal como la suscripción del contrato; todo lo contrario, resulta ser una condición que debe ser cumplida en vía regularización.

Asimismo, tenemos que el objetivo de dicha excepcionalidad normativa versa en la acción oportuna de las entidades para atender los requerimientos generados por una situación de emergencia o para prevenir sus efectos.

En ese sentido, la normativa nos permite aprobar contrataciones directas en vía regularización, sólo para la causal de situación de emergencia y siempre que se configuren los supuestos establecidos en el artículo 27 del TUO de la Ley y se cumplan las condiciones y requisitos normativos.

Respecto a la regularización establecida en la normativa de contrataciones del Estado Chocano (2020, p.63) señala que: "la regularización expone innecesariamente a un empresario a una situación injusta debido a que, luego de haberse cumplido con entregar o prestar el servicio requerido, la entidad podría condicionar la autorización de la compra, lo que constituye también un alto riesgo a la integridad (...)".

El referido autor, considera además que la regularización resulta un mecanismo inconveniente que debe ser eliminado, posición que compartimos dado que en lugar de resultar un requisito que coadyuve a la oportuna gestión de las contrataciones en las entidades cuando se presenta una situación de emergencia, logra generar problemas y dudas en los operadores logísticos, causando atrasos en la tramitación de la contratación; toda vez que, al interno de la entidad se busca contar con las autorizaciones necesarias (coordinaciones) para proseguir con su tramitación y evitar observaciones posteriores respecto a la configuración de la contratación, teniendo en cuenta que para la regularización intervienen diversas áreas de la entidad además de las oficina de abastecimiento o logística, como son el área de asesoría jurídica y el titular de la entidad. Sin perjuicio de ello, en caso no sustenten la configuración de la contratación directa, luego de la entrega de los bienes o la prestación de servicios no se regulariza la contratación causando perjuicios económicos a los proveedores que ejecutaron las referidas prestaciones de buena fe.

En ese sentido, si bien consideramos que el legislador en busca de una oportuna atención de los requerimientos vinculados a una situación de emergencia ha establecido la posibilidad que se requiera a un proveedor para que ejecute prestaciones en forma inmediata en situaciones de emergencia, al haber previsto la obligación de las entidades en la regularización de las referidas contrataciones cumpliendo con todas las condiciones establecidas en la normativa, sin exceptuarlo de la obligación de la suscripción contractual para perfeccionar el vínculo, no consideró que en la práctica no ha resultado conveniente ni eficiente, teniendo en cuenta que ya se efectuaron entregas de bienes o prestaciones de servicio. Por lo que, consideramos que en este supuesto se pudo establecer expresamente en la normativa que el contrato se perfecciona con la recepción de una orden de compra o servicio emitida por la entidad en situación de emergencia, lo cual hubiera evitado la problemática generada en las situaciones expuestas.

Cabe señalar, que el procedimiento de contrataciones directas por la causal de situación de emergencia se ha incrementado por la coyuntura del país por emergencia sanitaria generada por la pandemia del coronavirus, a fin de contratar bienes y servicios para atender las necesidades vinculadas a la atención de la referida emergencia, las entidades públicas contratan por la causal de situación de emergencia ya sea por los supuestos de acontecimiento catastrófico o emergencia sanitaria.

Asimismo, tenemos que el supuesto de acontecimiento catastrófico es más amplio y general de acuerdo a lo señalado en el Comunicado 11-2020 del OSCE, de fecha 26 de abril de 2020, el coronavirus al constituir un acontecimiento catastrófico a los efectos de la normativa de contrataciones del Estado habilita a cualquier Entidad en el marco de sus competencias a contratar en dicho marco, aplicando así la causal de contratación directa por situación de emergencia. Cabe señalar, que para el supuesto de acontecimiento catastrófico no se requiere la emisión de una norma específica, a diferencia del supuesto de emergencia sanitaria que requiere la emisión de un Decreto Supremo.

Para ambos supuestos de acontecimiento catastrófico o emergencia sanitaria, las entidades contratan por situación de emergencia directamente con los proveedores y posteriormente a la ejecución de las prestaciones se regulariza la contratación; sin embargo, si luego de la entrega de bienes o servicios por parte de los proveedores, la entidad advierte que no se cumplieron con los requisitos establecidos por la normativa de contrataciones como la inmediatez en la atención de los requerimientos o que se contrate lo estrictamente necesario para atender la contingencia, no se regulariza la contratación en el marco de la normativa de contratación pública; es decir, no se cumple con generar los documentos para su aprobación mediante el acto resolutivo y en consecuencia de ello no suscribe el contrato que formaliza el vínculo entre las partes para el posterior pago.

En ese sentido, cuáles serían las implicancias legales para los proveedores que actuando en el marco de este procedimiento ejecutan prestaciones de bienes o servicios a requerimiento y aceptación de una Entidad y posteriormente la Entidad no cumple con realizar la regularización de los documentos correspondientes para la formalización de la contratación, entre otros, no cumple con la suscripción contractual.

A fin de precisar la problemática de manera práctica, tenemos que en este supuesto las entidades identifican una necesidad generada por una situación de emergencia, la cual es comunicada por el área usuaria a través de un requerimiento al órgano encargado de las contrataciones de la entidad (oficina de logística, administración o abastecimiento), el cual actuando inmediatamente solicita cotizaciones a proveedores del rubro, los cuales remiten su propuesta a través de comunicaciones usualmente vía correo electrónico. Los operadores logísticos una vez verificado el cumplimiento de los requisitos y condiciones solicitadas por

la entidad; así como; el valor de las prestaciones en el mercado, emiten una comunicación por correo electrónico o mediante un oficio o notifican una orden de servicio, o cualquier medio verificable, mediante el cual ponen en conocimiento del proveedor la decisión de la entidad para contratar por dicho supuesto. Así, inicia el plazo para requerir al proveedor la ejecución inmediata de las prestaciones a su cargo; esto es, efectuar la entrega de los bienes o realizar el servicio requerido, los cuales posteriormente son aceptados por la entidad.

El proveedor ha cumplido con la entrega o la ejecución de las prestaciones a su cargo y queda a la expectativa de una posterior regularización por parte de la entidad de las formalidades referidas a los documentos de la contratación; entre otros, de la aprobación de la contratación directa mediante la resolución correspondiente y la suscripción contractual, de acuerdo a lo previsto en el marco normativo vigente de contrataciones públicas, a fin que posteriormente la entidad cumpla con su obligación de efectuar el pago como consecuencia directa de la obligación contraída en forma válida (el contrato).

Sin embargo, pueden surgir imprevistos al interno de las entidades para la regularización de los referidos documentos. Teniendo en cuenta, que la normativa permite regularizar documentos de la fase de actuaciones preparatorias, se pueden presentar imprecisiones en los términos de referencia respecto a las cantidades estrictamente necesarias para la contratación, una ineficiente elaboración de la indagación de mercado, la falta de presupuesto, siendo la problemática más común el vencimiento del plazo establecido por ley para la regularización y la no configuración del supuesto de situación de emergencia al evidenciarse que no se actuó con inmediatez para la atención del requerimiento, requisito indispensable que debe quedar claramente sustentado en los documentos o que se considere que las cantidades solicitadas no correspondan a lo estrictamente necesario para atender la contingencia producida. Las situaciones expuestas traen como consecuencia que el Titular de la Entidad o a quien corresponda emitir el acto resolutorio de aprobación de la contratación no lo cumpla en regularización, puesto que el órgano encargado de las contrataciones y el área de jurídica no otorgan la viabilidad a través de sus informes para proseguir el trámite correspondiente.

Los hechos expuestos, conllevan a que finalmente las entidades no regularicen las formalidades de la contratación y por ende no se suscriba el contrato el cual genera el vínculo jurídico válido entre las partes, siendo para las entidades un requisito normativo que se debe cumplir para que se genere la obligación del pago; en ese sentido, el incumplimiento de la

suscripción contractual trae como consecuencia la imposibilidad que al proveedor se le efectúe el pago por las prestaciones ejecutadas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

3.1.1. Casos y Riesgos

A manera de ejemplo de la problemática expuesta para la regularización, tenemos el caso de la empresa Representaciones Médicas del Perú S.R.L., la cual ejecutó prestaciones vinculadas a atender la emergencia a nivel nacional por el COVID 19 a favor de Seguro Social de Salud, en el período comprendido del 27 de junio al 16 de julio de 2020; así, a requerimiento de la entidad el proveedor cumple con la entrega de los bienes consistentes en 12'250,315 de unidades de mascarillas quirúrgicas descartables. En dicho caso, la entidad no aprobó la contratación directa en vía regularización de acuerdo a lo señalado por la normativa de contrataciones del Estado, al considerar que no se acreditaron los presupuestos que configuran la contratación directa por situación de emergencia, respecto a la inmediatez en la atención del requerimiento y por ende surge la imposibilidad por parte de la entidad de efectuar el pago en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

En ese sentido, la referida empresa presenta una solicitud de conciliación para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de EsSalud, siendo que, en atención al pedido del proveedor, la Entidad a través de la Resolución N° 1436-GG-Essalud-2020 de fecha 03 de diciembre de 2020 de la Gerencia General autoriza a la conciliación extrajudicial con la referida empresa, previo procedimiento interno en la entidad para la determinación de la configuración del enriquecimiento sin causa, procediendo al reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el monto de S/ 9'800 252.00 (Nueve millones ochocientos mil doscientos cincuenta y dos con 00/100 soles), el cual fue determinado de acuerdo al precio de mercado en la fecha de la prestación. Cabe señalar que en el referido procedimiento interno intervienen las áreas involucradas; esto es, el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones y el área de asesoría jurídica de la Entidad; así como, el área presupuestal emitiendo los informes de sustento y proporcionando la información correspondiente para el trámite del reconocimiento del monto por las prestaciones ejecutadas, teniendo en consideración los criterios establecidos por el OSCE para la configuración del enriquecimiento sin causa.

Asimismo, tenemos el caso del proveedor a Reyna Adela Escobar que ejecutó prestaciones consistentes en servicios de alimentación con desayunos almuerzos y cenas por 27 días calendarios, en relación a la situación de emergencia por habilitación de albergue temporal de tránsito en el campo ferial Alfonso Gambetta por COVID 19, a favor del Gobierno Regional Moquegua en el marco de lo establecido en el Decreto de Urgencia N° 043-2020, Decreto de Urgencia que aprueba medidas extraordinarias con la finalidad de adquirir bienes y servicios necesarios para el alojamiento en cuarentena y alimentación de las personas que deban desplazarse dentro del país a consecuencia de la declaración del Estado de Emergencia Nacional por el COVID-19 de fecha 2 de abril del 2020. Sin embargo, la entidad no regularizó la contratación directa por situación de emergencia por motivo del vencimiento del plazo establecido en la referida normativa para su regularización, el cual señalaba que el plazo para regularizar las actuaciones era de 30 días hábiles que se contabilizan de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el referido caso el proveedor procede a solicitar la conformidad y el pago por las prestaciones ejecutadas, siendo que a través de la Resolución Administrativa Regional N° 218-2020-ORA/GR.MOQ de fecha 20 de octubre de 2020, la entidad procede a la evaluación del cumplimiento de los requisitos para el enriquecimiento sin causa, contando con los informes de sustento al interno de la entidad, toda vez que no correspondía efectuar un pago en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado al no haberse formalizado la referida contratación por el vencimiento de plazo y procede al reconocimiento directo de la deuda por la suma de S/ 42,408.00 (Cuarenta y dos mil cuatrocientos ocho con 00/100 soles) en el marco de lo establecido en el artículo 1954 del código civil que regula el enriquecimiento sin causa.

Cabe precisar, que respecto a la problemática referida al incumplimiento de las entidades en la regularización de la contratación por haberse vencido el plazo establecido en la norma de contrataciones del Estado, tenemos que el plazo se había establecido en diez (10) días hábiles, en reciente modificatoria al Reglamento se establece que el plazo es de veinte (20) días hábiles; asimismo, en caso se cuente con una norma específica dado que se han emitido diversos Decretos de Urgencia que autorizaron la transferencia de recursos para contrataciones directas y han establecido un plazo mayor de hasta treinta (30) días para la

regularización, se considera el plazo establecido en la referida norma que regule la contratación.

¿Qué ocurre en el caso que la entidad no cumpla con la regularización en el plazo indicado?, se debe señalar que para dicha problemática del vencimiento del plazo, el OSCE ha establecido mediante la Opinión N° 104-2020/DTN de fecha 27 de octubre de 2020 que el vencimiento del plazo para regularizar no es causal para que la entidad no cumpla con la regularización de la contratación, sin perjuicio del deslinde de responsabilidades que corresponda.

Con lo cual tenemos que las entidades pueden regularizar las contrataciones directas por situación de emergencia a pesar de haberse vencido el plazo establecido, habiéndose superado a la fecha dicha problemática presentada para la regularización de las referidas contrataciones.

Sin embargo, persiste la problemática señalada respecto a que las entidades no regularicen la contratación al haber determinado que no se han acreditado los requisitos para la configuración de la causal de contratación directa por situación de emergencia, como la inmediatez para la atención del requerimiento y la contratación de lo estrictamente necesario, razón por la cual no se aprueba la contratación directa en vía regularización con la consecuencia de no suscribir el contrato correspondiente con el proveedor y por ende surge la imposibilidad de efectuar el pago.

Atendiendo la problemática expuesta y considerando que la obligación del pago por parte de una Entidad se genera de un vínculo contractual válido; esto es, luego de la formalización de la suscripción contractual, por tanto al no haberse cumplido dicho requisito, las entidades optan por negarse a efectuar algún pago directo por las prestaciones ejecutadas en favor del proveedor en el marco de la normativa de contrataciones con el Estado, por el temor a ser observados por el órgano de control institucional y evitar responsabilidades, dado que en dicha contratación no se habría cumplido con las formalidades establecidas por la normativa, respecto a la formalización de los documentos en vía regularización; por lo que, optan por esperar a que el proveedor inicie un proceso judicial para su reconocimiento como enriquecimiento sin causa, lo cual tiene consecuencias directas en los proveedores que

confiaron en la entidad y atendieron con inmediatez su requerimiento por una situación de emergencia.

Al respecto, Morón (2016, p.740-741) señala que el proveedor y la entidad están sujetos al cumplimiento de la ley por la aplicación del principio de legalidad, pero no del mismo modo, en tanto que al proveedor no se le podría atribuir el deber de cautelar que la entidad cumpla con todos los requisitos para obtener las prestaciones en una forma debida, como tampoco se le podría imputar la imposibilidad por parte de funcionarios en sustentar la procedencia para el perfeccionamiento del contrato ante la autoridad competente de la entidad. Así, precisa que "en todos estos casos una actuación conforme a la buena fe del particular lo debería mantener indemne de perjuicios patrimoniales", distinto el caso del proveedor que no observa los presupuestos legales deliberadamente y realiza la entrega de prestaciones a una entidad.

Cabe señalar que coincidimos con dicho argumento, más aún en el supuesto excepcional de una contratación directa por situación emergencia en la cual el proveedor actúa acorde a ley realizando la entrega de bienes o prestación de servicios en forma inmediata, sin sujetarse a los requisitos de las contrataciones regulares, actuando de buena fe ante el requerimiento en forma inmediata de la entidad que alega una situación de emergencia, siendo responsabilidad de la entidad cumplir al interno con la acreditación del sustento para su posterior aprobación en regularización, evidenciándose la buena fe en la actuación del particular acorde al derecho.

Se debe tener presente que en el supuesto expuesto de no regularización de una contratación directa por situación de emergencia, la entidad se ha beneficiado con las prestaciones con lo cual correspondería reconocer a favor del proveedor una suma determinada a modo de indemnización, a pesar que no cuente con un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado; siempre que se verifique que han concurrido los elementos para la configuración del enriquecimiento sin causa, en atención a los criterios establecidos por el OSCE.

Cabe señalar que, a pesar que el OSCE generaliza este reconocimiento al proveedor de una suma determinada a modo de indemnización por parte de las entidades al haberse beneficiado de las prestaciones ejecutadas por el referido proveedor, en ausencia de un contrato válido para la normativa de Contrataciones del Estado, en el presente trabajo de investigación se ha considerado sólo al supuesto de prestaciones ejecutadas vinculadas o que se hayan efectuado

en una situación de emergencia dado que dichas contrataciones cuentan con una regulación excepcional. Al respecto, se recomienda evitar generalizar este reconocimiento directo de prestaciones ejecutadas, teniendo en cuenta que la normativa de contrataciones del Estado establece requisitos y procedimientos para efectuar las contrataciones (principio de legalidad), por ello se analizará el reconocimiento directo de prestaciones ejecutadas sólo en el supuesto de situación de emergencia.

Ahora, tenemos que el OSCE ha indicado en reiteradas opiniones⁵ que en estos casos de entidades que acepten prestaciones sin cumplir con los requisitos establecidos en la normativa, corresponde a cada entidad decidir si reconocerá las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, o si esperará a la interposición de la acción por enriquecimiento sin causa ante la vía correspondiente, recomendando que para adoptar cualquier decisión sobre el particular la Entidad coordine, cuando menos, con su área legal y su área de presupuesto la Entidad; finalmente, se precisa que el proveedor podría solicitar ante el poder judicial el reconocimiento de una suma determinada a *modo de indemnización* alegando la configuración de un enriquecimiento sin causa en beneficio de la Entidad, con lo cual advertimos que se determina la vía correspondiente para entablar la acción en estos casos, dejando de lado las formas de solución de controversia previstas en la normativa de contrataciones (conciliación o arbitraje), para estas pretensiones derivadas de enriquecimiento sin causa o indebido, en atención a lo dispuesto por el numeral 45.4 del artículo 45 del TUO de la Ley.

En ese sentido, queda a discreción de cada entidad la decisión de reconocer directamente las prestaciones ejecutadas o esperar que el proveedor solicite por la vía judicial el referido reconocimiento alegando la configuración del enriquecimiento sin causa; así el proveedor cuenta con dos vías para hacer valer su derecho, una por la administrativa a través de una solicitud ante la entidad para el reconocimiento de prestaciones de forma directa y otra por la vía judicial.

Así tenemos que, la entidad no se encuentra obligada a realizar este reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por el proveedor en forma directa, a pesar que verifique la configuración del enriquecimiento sin causa, puede optar por dicho reconocimiento directo en

⁵ De acuerdo a las opiniones N° 112-2018/DTN y 164-2018/DTN, entre otras.

la vía administrativa o esperar a que el proveedor inicie el proceso judicial por enriquecimiento sin causa. Optar por la segunda opción consideramos que sólo implica aplazar su reconocimiento por la vía judicial con la consecuencia de los perjuicios que significarían para estos proveedores y las implicancias que se generen por el no reconocimiento del monto correspondiente a las prestaciones (bienes o servicios) ejecutadas.

Ante ello, el proveedor se encuentra en una situación de indefensión y busca los mecanismos legales conducentes a que la entidad le reconozca a la brevedad el pago por las prestaciones ejecutadas de buena fe ante su pedido por situación de emergencia, conllevando a pedidos en la vía administrativa para hacer valer su derecho al reconocimiento económico de las prestaciones ejecutadas en favor de la entidad, efectuando una solicitud de reconocimiento por la vía administrativa; sin embargo, la entidades en lugar de reconocer una suma directamente al proveedor por las referidas prestaciones ejecutadas, por el temor a observaciones y responsabilidades posteriores optan por esperar el inicio de una acción judicial.

En caso el proveedor no tenga una atención por la vía administrativa, procede a iniciar un proceso judicial por enriquecimiento sin causa, el cual demora años para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas, lo cual desde el punto de vista del proveedor causa perjuicios, siendo el primero de estos la pérdida de confianza por parte de los proveedores para atender los requerimientos del Estado por situación de emergencia, puesto que no tendrán la certeza de que se cumpla con la regularización de los actos que incluyen la formalización del contrato para recibir su pago.

Asimismo, las pérdidas económicas que generan recorte de personal, la omisión en el pago de impuestos al Estado por falta de liquidez o incluso el cese de sus actividades, ello dependiendo de la magnitud de las prestaciones ejecutadas cuyo costo ha sido asumido solo por el proveedor, tomando como ejemplo el caso del proveedor Representaciones Médicas del Perú S.R.L., por la entrega de las mascarillas a favor de EsSalud, por el monto de 9'800 252.00 (Nueve millones ochocientos mil doscientos cincuenta y dos con 00/100 soles) podríamos advertir que si el proveedor no hubiera sido reconocido por la entidad le correspondería asumir todo el costo o valor de las prestaciones y evidentemente podría generarse la imposibilidad del abono de haberes a sus trabajadores y del pago de sus

impuestos, incluso el cese de su empresa por falta de liquidez, situaciones generadas por el no reconocimiento de las prestaciones ejecutadas.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

El presente capítulo analizará la procedencia por parte de la entidad para realizar el reconocimiento directo como una suma a favor del proveedor por las prestaciones ejecutadas en una situación de emergencia no regularizada. ¿Bajo qué marco normativo se podría reconocer las prestaciones? ¿Correspondería efectuar el pago en el marco de la normativa de contrataciones del Estado a pesar de no haberse cumplido con la regularización establecida en la ley?.

Asimismo, se determinará qué requisitos deberá verificar la entidad para la procedencia del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a fin de evitar riesgos legales, esto es, verificar la configuración del enriquecimiento sin causa.

Finalmente, se establecerá el procedimiento aplicable al interno de la entidad para efectuar este reconocimiento, atendiendo a la normativa vigente y una propuesta de documento interno que podría servir de guía para las entidades que optan por el reconocimiento directo.

4.1. Sobre la procedencia del pago de una contratación directa no regularizada

En atención a la problemática expuesta, el proveedor busca los mecanismos conducentes a fin que la entidad le reconozca el pago por las prestaciones ejecutadas ante el requerimiento de la Entidad por una situación de emergencia y que posteriormente no fue regularizada, ello conlleva a pedidos en la vía administrativa para su reconocimiento.

Siendo el caso que la entidad ya se ha beneficiado con estas prestaciones, correspondería su reconocimiento a favor del proveedor; sin embargo, la entidad debe tener en cuenta que no correspondería efectuar un pago en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, en atención a que no se ha cumplido con el procedimiento establecido de regularización de la

contratación y por ello no se cuenta con el vínculo contractual válido que permita efectivizar el referido pago.

A fin de contar con mayor claridad de la situación presentada, tenemos que si bien en su oportunidad la entidad identificó una necesidad vinculada a una situación de emergencia y procedió a requerir directamente a un proveedor su atención en forma inmediata, realizando las actuaciones necesarias y mínimas, en cumplimiento de los parámetros establecidos en la normativa de contrataciones para este supuesto excepcional de contratación directa por situación de emergencia, a fin de actuar oportunamente para la atención de la referida necesidad, para luego proceder a realizar todos los actos establecidos en la normativa en vía regularización.

Sin embargo, en caso la entidad no cumpla con dicha regularización a pesar que ya se han efectuado prestaciones por parte del proveedor en favor de la entidad (entrega y aceptación de bienes o realización de servicios), si no se cumple con regularizar los actos para la aprobación de la referida contratación, entre estos la suscripción contractual, se configuraría una contratación irregular pues ya no se cumplen las condiciones establecidas por la normativa de contrataciones, la cual exige en este supuesto la regularización de los documentos para la aprobación de la contratación, entre estos la suscripción del contrato.

Más aún, si tenemos en cuenta que el motivo por el cual una entidad no cumple con regularizar los documentos para aprobar la contratación se refiera al incumplimiento de uno de los requisitos normativos para configurar la contratación directa por situación de emergencia como la inmediatez en la atención del requerimiento o contratar lo estrictamente necesario. Por lo que, al no haberse cumplido las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, dicha contratación deviene en irregular al haberse efectuado al margen del marco normativo de contratación estatal.

Cabe hacer mención, que una reciente opinión del OSCE se ha establecido un nuevo criterio de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, precisando las implicancias de la regularización del contrato en este supuesto excepcional, así la Opinión 120-2020/DTN, de fecha 1 de diciembre de 2020, establece que:

En la contratación directa por situación de emergencia, la Ley habilita a la Entidad a formar el acuerdo (es decir, a contratar) sin ceñirse a los requisitos que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones del Estado para estos efectos. Siendo así, se puede afirmar que, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato existirá desde el momento en que concurra, de un lado, la voluntad del proveedor (oferta) y, de otro, la aceptación de la Entidad, no siendo necesario que se observe –en dicho momento los requisitos formales que “ordinariamente” exige la normativa de Contrataciones Estado.

En una contratación directa por situación de emergencia, la “regularización” es simplemente una formalización o legalización del contrato ya celebrado, lo que significa que en dicha regularización no se podría modificar el contrato ya existente. (OSCE, 2020)

De acuerdo a dicho criterio de interpretación de la normativa, en este supuesto excepcional debemos considerar que el contrato ya existe desde el momento que el proveedor realiza su oferta (voluntad del proveedor) y la entidad la acepta, con lo cual se generaría la relación contractual pero aún no está formalizada; asimismo, tenemos que la regularización a la que se refiere la norma sería una formalización o legalización del contrato ya celebrado.

De lo expuesto, consideramos que en aplicación de la normativa de contrataciones del Estado vigente, en este supuesto existe la obligación de regularización por parte de la entidad, entre otros documentos, de la formalización de la suscripción contractual, con la finalidad de cumplir con lo dispuesto por la normativa y así contar con un contrato formalizado que genere la obligación de pago por parte de las entidades respecto a las prestaciones ejecutadas, a pesar que en estos supuestos incluso ya se pueden haber efectuado adelantos de pago si lo han establecido las partes.

Considerar lo contrario y señalar que sólo con el acuerdo de las voluntades de las partes ya se perfeccionó la contratación directa por situación de emergencia sería asumir que las contrataciones públicas también se perfeccionan por el consentimiento de las partes, tal como las contrataciones entre privados, lo cual resulta contrario a nuestro ordenamiento jurídico vigente que establece el cumplimiento de formalidades y procedimientos para contratar con el Estado, teniendo en cuenta el carácter especial del contrato administrativo por el uso de

recursos públicos; por lo que, el incumplimiento de estas formalidades como la omisión en la regularización de los documentos para la aprobación de la contratación en este supuesto excepcional, acarrea la invalidez de las actuaciones y en este caso se configuran en una contratación irregular o al margen de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

En ese sentido, al no haberse cumplido con dicha formalización implicaría una inobservancia o incumplimiento de los parámetros y condiciones establecidos en la normativa para la configuración de una contratación directa por situación de emergencia, siendo que al no cumplirse con regularizar dichos actos para la aprobación de la contratación que incluyen la suscripción contractual a fin lograr su formalización, no contaríamos con un vínculo contractual válido que permita a la entidad efectuar el pago correspondiente por las prestaciones ejecutadas.

Recordemos que, el perfeccionamiento de los contratos en el marco de la normativa de contrataciones públicas se genera a través de su suscripción, salvo excepciones establecidas en la misma normativa. Asimismo, cabe precisar que la referida normativa no exceptúa a este supuesto de contratación directa por situación de emergencia del cumplimiento de la suscripción contractual; por lo que, la referida suscripción es una condición legal para contar con un vínculo contractual válido que genere la obligación de pago por parte de la entidad. Siendo así, en la problemática expuesta una entidad que no cumple con la regularización de la contratación directa por situación emergencia no podrá efectuar el pago correspondiente a las prestaciones ejecutadas por el proveedor al no contar con un vínculo contractual válido que sustente la referida acción en el marco de la normativa de contratación estatal.

4.2. Sobre la procedencia del reconocimiento directo de las prestaciones ejecutadas por un proveedor a favor de una entidad vinculada a una contratación por situación de emergencia no regularizada.

De lo expuesto precedentemente, ¿cómo podría la entidad reconocer estas prestaciones ejecutadas por el proveedor? De acuerdo a los criterios establecidos por el OSCE, se puede efectuar un reconocimiento directo a modo de indemnización por las prestaciones que fueran ejecutadas por proveedores sin seguir las formalidades establecidas en la normativa de

contrataciones del Estado- como no haber cumplido con la suscripción contractual para la regularización de una contratación directa por situación emergencia- sin embargo; para ello corresponderá que previamente la entidad verifique la concurrencia de los elementos necesarios para la configuración del enriquecimiento sin causa previsto en el código civil.

Hemos señalado que, si bien no es una obligación de la Entidad efectuar este reconocimiento directo de una suma por las prestaciones ejecutadas por el proveedor vinculadas a una situación de emergencia, el proveedor puede acudir a la vía administrativa o la vía judicial a través de la figura jurídica del enriquecimiento sin causa a fin de reclamar su derecho, considerando que le asiste el derecho al proveedor del reconocimiento de estas prestaciones, por los bienes o servicios efectuados a favor de la entidad, se debe tener en cuenta que por la vía judicial además de reconocerse el monto de las prestaciones a la fecha de su ejecución, corresponderá a la entidad reconocer los intereses generados desde el momento que se debió efectuar el abono correspondiente al proveedor.

En ese sentido, podemos afirmar que resulta más eficiente que las entidades opten por el reconocimiento directo a través de un procedimiento administrativo para proceder a reconocer las prestaciones ejecutadas por proveedores, siempre que el proveedor lo solicite por esta vía de manera sustentada, sin que ello implique un riesgo para la entidad de incumplir normativa alguna que posteriormente sea pasible de observaciones por parte del órgano de control.

Por otro lado, consideramos además que la omisión de la entidad en la regularización de la contratación directa por situación de emergencia, no podría afectar al proveedor que de buena fe ejecutó prestaciones a favor de ésta en una situación de emergencia, toda vez que en este supuesto excepcional, el referido proveedor actuó acorde a lo establecido en la normativa de contrataciones que permite no seguir las formalidades establecidas en los procedimientos de selección regulares, así como que el proveedor pueda ejecutar prestaciones; esto es, realizar la entrega bienes o efectuar servicios con inmediatez a favor de las entidades sin haber suscrito previamente contrato alguno.

En ese sentido, dado que en el supuesto excepcional de contratación directa por situación emergencia la norma permite la omisión de las formalidades de un procedimiento de selección regular, como la suscripción contractual; entre otros requisitos, dejando a salvo que

luego de la ejecución de las prestaciones las entidades cumplan con la regularización de los documentos que no se emitieron en su oportunidad, consideramos que los proveedores en este supuesto no pueden quedar en indefensión ante la omisión por parte de las entidades en la regularización de los documentos de la contratación, al haber actuado en el marco de la legalidad. Más aún si tenemos en cuenta la figura jurídica del enriquecimiento sin causa a través de la cual el proveedor empobrecido puede reclamar a través de una acción el reconocimiento de las prestaciones con las cuales la entidad se ha enriquecido, sin una causa jurídica válida, la cual se presentaría al no cumplirse con la formalización del contrato.

En razón a lo expuesto, podemos señalar que resulta procedente que la entidades realicen el reconocimiento directo de las prestaciones ejecutadas, vinculadas a la atención de una situación de emergencia y que fueran efectuadas por proveedores a requerimiento de una entidad en una situación de emergencia, en el caso que no se haya regularizado los documentos de la contratación por motivos internos de la entidad, ya sea porque no se cumplieron los requisitos para la configuración de la causal de situación de emergencia, como la inmediatez en la atención del requerimiento o la contratación de lo estrictamente necesario; esto siempre que la entidad verifique los requisitos de la configuración del enriquecimiento sin causa establecido en el artículo 1954 del código civil y atendiendo los criterios señalados por el OSCE en estos supuestos de contratación irregular en las cuales no se ha cumplido con las formalidades establecidas por la ley, como la omisión de la formalización de la suscripción contractual.

4.3. El procedimiento para el reconocimiento de las prestaciones derivadas de una contratación directa por situación de emergencia no regularizada.

Para el reconocimiento en forma directa por parte de la entidad en la vía administrativa, hemos expuesto que si la entidad ha obtenido prestaciones por parte de un proveedor, le asiste el derecho al referido proveedor de exigir a la entidad el reconocimiento por las prestaciones ejecutadas, así éstas se hayan efectuado incumpliendo las disposiciones establecidas en la normativa de contrataciones, como es el caso de la omisión en la regularización de la contratación directa por situación de emergencia, siempre que configuren los requisitos del enriquecimiento sin causa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1954 del código civil y los criterios establecido por el OSCE.

Respecto al cumplimiento de las formalidades para su reconocimiento corresponde señalar que, mediante la Opinión N° 199-2018/DTN del 17 de diciembre de 2018, el OSCE señala lo siguiente:

"(...) este Organismo no puede determinar cuáles son las formalidades y/o procedimientos que debe observar la entidad para reconocer una obligación, cuya fuente es distinta al contrato y a la normativa de contrataciones del Estado, pues ello excedería la habilitación legal conferida por el literal o) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado. Por tanto, ello deberá ser determinado por la Entidad, como resultado de un análisis del Derecho aplicable (normas, jurisprudencia y doctrina) y de sus normas de organización interna". (OSCE, 2018)

Si bien es cierto que, el órgano técnico no puede establecer formalidades o procedimiento que se deban cumplir al interno de la entidad para el referido reconocimiento; también es cierto que, si ha establecido en diversas opiniones los requisitos o criterios a tomar en cuenta por las entidades para verificar la configuración del enriquecimiento sin causa en estos casos de contrataciones irregulares; los cuales serán desarrollados en el presente acápite a fin que se tomen en cuenta en la tramitación del procedimiento en la vía administrativa para el reconocimiento de las prestaciones vinculadas a una situación de emergencia.

Para el caso expuesto, corresponderá a la entidad verificar la configuración del enriquecimiento sin causa, teniendo en cuenta que: i) la entidad se ha enriquecido y el proveedor se ha empobrecido, lo cual se evidenciaría en el hecho que la entidad se ha beneficiado con las prestaciones sin efectuar pago alguno; ii) la conexión de esta situación de enriquecimiento y empobrecimiento, que se presentaría con la entrega del bien o realización del servicio; iii) que no exista una causa jurídica para dicha entrega, dado que no se formalizó el contrato al no cumplir los requisitos para configurar en el supuesto de contratación directa por situación de emergencia; y, iv) que el proveedor actúe de buena fe, lo cual se corroboraría por la aceptación del bien o servicios por parte del funcionario de la entidad⁶.

⁶ En atención a diversas opiniones del OSCE tales como la N° 7-2017/DTN, 100-2017/DTN, 164-2018/DTN, 199-2018/DTN, 24-2019/DTN, entre otras.

Teniendo en cuenta lo expuesto, consideramos que correspondería al proveedor dar inicio al procedimiento con una solicitud como parte interesada en el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas a favor de la Entidad, al referido pedido se adjuntará la documentación sustentatoria necesaria para la verificación del cumplimiento de los elementos o requisitos del enriquecimiento sin causa; tales como, documentos que evidencien las coordinaciones efectuadas con servidores o funcionarios de la entidad relacionadas al pedido efectuado; esto es, con el requerimiento de la entidad el cual contenga las condiciones o características solicitadas del bien o servicio y que fuera remitido por algún medio verificable como vía correo electrónico o un oficio.

Asimismo, que conste la remisión de la oferta por parte del proveedor, la aceptación por parte de la entidad de las condiciones ofertadas, las cuales pueden ser a través de una comunicación formal o por correo electrónico, la constancia de recepción de la entidad de los bienes o servicios requeridos, la cual puede ser una firma con sello de recepción de los bienes en la guía de remisión o correo electrónico, entre otros documentos que permitan verificar las coordinaciones efectuadas entre la entidad y el proveedor, el requerimiento, la oferta y la aceptación de la entidad.

Así, corresponderá que la referida solicitud sea evaluada por las diversas áreas vinculadas al requerimiento y la gestión de la contratación que no fue regularizada; esto es, el área usuaria, el órgano encargado de contrataciones, el área de presupuesto y el área de asesoría jurídica, las cuales luego de la evaluación procederán a emitir los informes correspondientes, en el marco de sus competencias al interno de la entidad.

Al área usuaria del bien o servicio le corresponderá remitir al órgano encargado de las contrataciones toda la información relacionada a la necesidad de los bienes o servicios adjuntando el requerimiento elaborado y que sirvió de sustento para el pedido efectuado en su oportunidad, precisar si los bienes o servicios materia de la solicitud de reconocimiento han sido requeridos y entregados a favor de la entidad para atender una situación de emergencia, especificando las cantidades y el cumplimiento de las condiciones solicitadas; en ese sentido, corresponderá informar si las prestaciones fueron requeridas o aceptadas por la entidad y cuentan con la conformidad correspondiente.

Cabe señalar que, uno de los elementos establecidos en diversas opiniones del OSCE para reconocimiento de prestaciones ejecutadas es la observancia del principio de buena fe por parte del proveedor, lo cual implica (a criterio del OSCE) que haya ejecutado las prestaciones de buena fe; es decir, que hayan sido requeridas o aceptadas por el funcionario o funcionarios competentes de la entidad⁷, constando ello en firma expresa por cualquier medio verificable como un sello de recepción o correo electrónico.

Respecto a este elemento de la observancia del principio de la buena fe, consideramos acertado sea evaluado para un reconocimiento de prestaciones ejecutadas fuera del marco de la normativa de contrataciones. Sin embargo, teniendo en cuenta que en este supuesto excepcional de contrataciones directas por emergencia la norma permite obviar los requisitos de las contrataciones regulares, con la finalidad de que se atiendan con inmediatez los pedidos efectuados por la entidad vinculados a una situación de emergencia; consideramos que la buena fe por parte del proveedor se presenta además en la confianza por parte del mismo proveedor respecto a que la Entidad cumplirá posteriormente con su obligación de la regularización de los actos previstos por ley, entre estos la suscripción contractual luego de realizar la entrega de los bienes o de la realización del servicio.

Por ello, el proveedor a pedido directo de la Entidad efectúa la entrega de las prestaciones solicitadas con la inmediatez que amerita una situación de emergencia comunicada por la misma entidad, con la confianza de recibir una contraprestación o pago de acuerdo a su oferta presentada a la Entidad y debidamente aceptada, además contando con la comunicación de la entidad para el inicio de las prestaciones y la aceptación de los bienes o la realización del servicio, sin evidenciar algún incumplimiento en las disposiciones establecidas en la normativa vigente, por ende consideramos que se advierte la buena fe del proveedor en dichas actuaciones la cuales no están al margen del procedimiento establecido en la normativa, cumpliendo con la legalidad. Siendo la regularización un acto posterior a la entrega de los bienes la cual se encuentra a cargo de la propia entidad, más no del proveedor, el cual estaría exento de responsabilidad respecto a los manejos internos de las entidades para el cumplimiento de dicha formalización documental, cumpliendo así el requisito de la buena fe por parte del proveedor.

⁷ De acuerdo a las opiniones N° 37-2017/DTN, 61-2017/DTN y 234-2017/DTN, entre otras.

El órgano encargado de las contrataciones de la entidad participa en el procedimiento del reconocimiento, elaborando un informe técnico sustentando las razones por las cuales no se configura el supuesto de contratación directa por situación de emergencia; es decir, la razón por la cual no se formalizó la regularización, a fin que forme parte de los antecedentes del pedido que justificará la no configuración de los requisitos legales para la contratación directa por situación de emergencia y por ende la imposibilidad de regularizar dicha la contratación en el marco de la normativa de contrataciones, como consecuencia de ello la imposibilidad del pago en el marco de la referida normativa; con lo cual, se procedería a evaluar el reconocimiento de una suma como enriquecimiento sin causa de acuerdo al código civil, ante dicha imposibilidad debidamente sustentada.

Así, se acompañará al expediente la información y documentación que permita verificar el cumplimiento de los requisitos para la configuración del enriquecimiento sin causa para el reconocimiento de las prestaciones, para ello se contará con la información remitida por el área usuaria; y se adjunta la determinación objetiva del monto a ser reconocido.

Cabe señalar que, de acuerdo al OSCE la Entidad debe verificar que el monto a ser reconocido al proveedor sea aquel que, de haberse observado las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, habría tenido el carácter de contraprestación, entendido como el equivalente al precio del mercado al recibirse la prestación⁸.

Al respecto, la Opinión N° 100-2017/DTN del 7 de abril de 2017, entre otras, respecto al precio de mercado de la prestación, precisa lo siguiente:

"(...) la normativa de contrataciones del Estado reconoce que los proveedores son agentes de mercado que colaboran con las Entidades al satisfacer sus necesidades de abastecimiento de bienes, servicios y obras para el adecuado cumplimiento de sus funciones; sin embargo, dicha colaboración implica el pago del precio de mercado de la prestación, el mismo que debe incluir todos los costos necesarios para su ejecución, incluida la utilidad del proveedor. (OSCE, 2017)

⁸ De acuerdo a las opiniones N° 7-2017/DTN, 37-2017/DTN, 61-2017/DTN y 100-2017/DTN, entre otras.

De acuerdo a lo expuesto, las entidades deben tener presente que el precio de mercado a ser reconocido incluirá la utilidad del proveedor; más aún si, se considera que el monto a ser reconocido al proveedor en estos casos de contrataciones irregulares, sería aquel que hubiera tenido el carácter de contraprestación si se hubiera realizado la contratación en el marco de la normativa. Debemos tener en cuenta que, cuando los operadores logísticos realizan su indagación de mercado solicitan cotizaciones a los proveedores del rubro materia del objeto de la contratación, a fin determinar el valor de la contratación, los proveedores remiten su oferta económica considerando el costo de la prestación, los costos necesarios para su ejecución, así como su utilidad, contenidos en el monto ofertado de su propuesta.

En ese sentido, el órgano encargado de las contrataciones de la entidad adjunta a su informe técnico la indagación de mercado que sustenta que el monto a ser reconocido al proveedor por los bienes o servicios ejecutados sea el equivalente al precio de mercado a la fecha en la cual se realizó la entrega de la prestación, ello a fin de evitar cobros excesivos por parte de los proveedores y salvaguardar los recursos públicos.

Asimismo, al órgano encargado de las contrataciones de la entidad le corresponderá efectuar las coordinaciones necesarias con el área de presupuesto a fin de tener la certeza que se cuenta con los recursos necesarios para reconocer al proveedor el monto determinado por las prestaciones ejecutadas; en ese sentido, el expediente contará con la disponibilidad presupuestal remitida por el área de presupuesto de la entidad para efectuar el posterior reconocimiento del monto determinado por la entidad.

Luego de ello, el área de asesoría jurídica de la entidad evalúa los referidos informes de sustento técnico, a fin de verificar la configuración los elementos para el reconocimiento atendiendo a los criterios establecidos por el OSCE, así como la normativa interna de la entidad, y emite el informe legal respecto a la viabilidad para el reconocimiento del monto de las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad relacionadas a la atención de una situación de emergencia.

Asimismo, en atención a que se ha realizado una contratación de forma irregular, sin observar lo establecido en la Ley y Reglamento de Contrataciones del Estado, se dejará constancia en el expediente del inicio del deslinde de responsabilidades por parte del órgano

de la entidad competente como el área de personal, respecto a los funcionarios o servidores involucrados en la aceptación de las prestaciones.

Finalmente, se emite una resolución del titular de la entidad o a quien se delegue para la autorización del reconocimiento del monto por las prestaciones ejecutadas a favor del proveedor, la cual se sustenta en los informes remitidos por sus áreas técnica y legal.

En ese sentido, se advierte que toda entidad que opte por el reconocimiento directo a un proveedor por un monto determinado por las prestaciones ejecutadas a su favor en una situación de emergencia sin haber observado lo establecido en la normativa de contrataciones, actuará dentro del marco establecido en el código civil y opiniones del OSCE para el reconocimiento de prestaciones ejecutadas en una contratación irregular al no haberse cumplido con las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado.

Por lo que, cumpliendo con el procedimiento previamente expuesto, consideramos que no existe riesgo alguno de ser observado por el órgano de control, atendiendo además al análisis costo beneficio efectuado por la entidad de optar por el referido reconocimiento en lugar de esperar que el proveedor accione por la vía judicial el enriquecimiento sin causa, en la cual se reconocerán además del monto adeudado los intereses por el tiempo transcurrido hasta que se materialice el abono de la suma determinada, el procedimiento expuesto evitaría perjuicios a los recursos del Estado y a los proveedores que de buena fe atendieron las necesidades de la entidad en una situación de emergencia sin prever el incumplimiento de la entidad para la regularización de la formalización de la contratación en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

4.4. Propuesta de documento interno para el reconocimiento

A continuación se presenta una propuesta de documento interno denominado "Procedimiento para autorizar el reconocimiento de prestaciones ejecutadas por proveedores para la atención de una situación de emergencia en favor de la Entidad" la cual ha sido elaborada a fin que sirva como guía para las entidades en el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por proveedores vinculadas a una situación de emergencia, con el sustento legal correspondiente, la misma que podrán revisar en el Anexo del presente trabajo.

CONCLUSIONES

1. Las Contrataciones con el Estado resultan de la vinculación existente entre las entidades públicas con un privado, a través de un contrato para la provisión de bienes, servicios u obras con recursos públicos, ello una vez realizados los procedimientos de selección que garanticen el cumplimiento de las formalidades establecidas en Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento, en forma oportuna y en las mejores condiciones de precio y calidad.

Los contratos en el marco de la normativa de contrataciones con el Estado se perfeccionan a través de su suscripción, existiendo supuestos normativos en los cuales se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicio. Una vez cumplidos los requisitos establecidos por la normativa y con la formalización de la suscripción contractual se generan obligaciones para ambas partes, entre estas, la del contratista para efectuar las prestaciones a su cargo y de la Entidad para efectuar el pago por la ejecución de dichas prestaciones pues existe una relación jurídica válida.

El incumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa de Contrataciones del Estado, para la provisión de bienes servicios y obras no podría generar la obligación por parte de la Entidad de efectuar el pago, al no considerarse una relación jurídica válida y como tal no puede ser fuente de obligaciones.

2. La Contratación directa por situación de emergencia es un procedimiento de selección excepcional, en el cual no hay competencia, es decir se omite la fase de selección para contratar en forma directa a un proveedor, las entidades identifican su necesidad generada por una situación de emergencia prevista en la normativa y sin seguir las formalidades establecidas para los procedimientos regulares, se aprovisiona de los bienes, servicios u obras estrictamente necesarios y que requieran de manera inmediata.

La normativa permite la aprobación de contrataciones directas en vía regularización, sólo para la causal de situación de emergencia y siempre que se configuren los supuestos, que se cumplan sus condiciones y requisitos establecidos; teniendo en cuenta que ello implica que

los proveedores pueden ejecutar las prestaciones solicitadas directamente por la Entidad sin haberse llevado a cabo la fase de selección del procedimiento de selección, ni haberse aprobado la contratación directa por el titular de la Entidad, ni suscrito contrato alguno, entre otros requisitos formales, dada la excepcionalidad contenida en la norma que permite la no sujeción a los requisitos formales de la Ley y su Reglamento para esta causal. Sin embargo, se exige el cumplimiento por parte de las entidades de los documentos en vía regularización, entre estos, la formalización de la suscripción del contrato

3. El Enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que se encuentra prevista en el derecho civil, de acuerdo a la doctrina es una situación en la cual ha existido un desplazamiento patrimonial que ha tenido como resultado que una persona se ha enriquecido a costa del empobrecimiento de otra, sin una causa jurídica válida, lo cual genera que el empobrecido pueda reclamar la restitución a través de una acción.

En el ámbito de las contrataciones del Estado se ha reconocido la configuración del enriquecimiento sin causa, entre otros casos, cuando los proveedores ejecutan prestaciones a favor de la entidad sin haber seguido las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, como la omisión de la suscripción del contrato, siempre que concurren los elementos de configuración del enriquecimiento sin causa, habiéndose precisado como un elemento adicional la existencia de la buena fe del proveedor; criterio que compartimos, correspondiendo en esos casos el reconocimiento al proveedor de un monto a modo de indemnización.

4. La Buena fe es un principio general de derecho que alcanza a todas las actuaciones de la Administración Pública; así como, a los privados que se relacionan con ella, implicando que todos los actores o partícipes del procedimiento tengan un comportamiento o conducta acorde a la ética; es decir, que actúen con lealtad en sus relaciones. Consideramos que el referido principio general se complementa con el principio de integridad previsto específicamente en la normativa de contrataciones del Estado, que tal como se ha definido, presenta un contenido ético que integra al ordenamiento legal en las actuaciones de las entidades y participantes del proceso de contratación pública, regulando que su conducta, en cada acto, sea guiada por valores como la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida como el enriquecimiento sin causa.

5. En una contratación directa por situación de emergencia, luego de la entrega de los bienes o la realización del servicio por parte del proveedor, ¿qué ocurre si la entidad no cumple con regularizar la referida contratación con la formalización de los documentos, entre estos la suscripción del contrato? Si la entidad advierte que no se actuó con inmediatez para la atención del requerimiento o si considera que las cantidades solicitadas no corresponden a lo estrictamente necesario para atender la contingencia producidas, entre otros problemas que se puedan presentar al interno; es decir, si advierte que no se configuraría el supuesto de contratación directa pero ya se ejecutaron las prestaciones. En dichos casos la entidad no regulariza la contratación y por ende no reconoce el pago de las prestaciones ejecutadas en el marco de la normativa de contrataciones del Estado por temor a las observaciones del órgano de control de la entidad o de incurrir en alguna irregularidad funcional.

Tenemos el caso expuesto de la empresa Representaciones Médicas del Perú S.R.L., la cual ejecutó prestaciones vinculadas a atender la emergencia a nivel nacional por el COVID 19 a favor de Seguro Social de Salud, y posteriormente la entidad no aprobó la contratación directa en vía regularización de acuerdo a lo señalado por la normativa de contrataciones del Estado. Asimismo, el caso del proveedor a Reyna Adela Escobar que ejecutó prestaciones en relación a la situación de emergencia por habilitación de albergue temporal de tránsito en el campo ferial Alfonso Gambetta por COVID 19, a favor del Gobierno Regional Moquegua, en el cual la entidad no regularizó la contratación directa por situación de emergencia por motivo del vencimiento del plazo establecido en la referida normativa para su regularización.

En caso el proveedor no tenga una atención por la vía administrativa para el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas, procede a iniciar un proceso judicial por enriquecimiento sin causa, el cual demora años para el reconocimiento, lo cual desde el punto de vista del proveedor causa perjuicios, siendo el primero de estos la pérdida de confianza por parte de los proveedores para atender los requerimientos del Estado por situación de emergencia, puesto que no tendrán la certeza de que se cumpla con la regularización de los actos que incluyen la formalización del contrato para recibir su pago.

Asimismo, las pérdidas económicas que generan recorte de personal, la omisión en el pago de impuestos al Estado por falta de liquidez o incluso el cese de sus actividades, ello dependiendo de la magnitud de las prestaciones ejecutadas cuyo costo ha sido asumido solo por el proveedor y evidentemente podría generarse la imposibilidad del abono de haberes a

sus trabajadores y del pago de sus impuestos, incluso el cese de su empresa por falta de liquidez, situaciones generadas por el no reconocimiento de las prestaciones ejecutadas.

6. Al no haberse cumplido con la regularización de la contratación, la cual incluye la formalización de la suscripción contractual, implicaría una inobservancia o incumplimiento de los parámetros y condiciones establecidos en la normativa para la configuración de una contratación directa por situación de emergencia; asimismo, no contaríamos con un vínculo contractual válido que permita a la entidad efectuar el pago correspondiente por las prestaciones ejecutadas.

El perfeccionamiento de los contratos en el marco de la normativa de contrataciones pública se genera a través de su suscripción, salvo excepciones establecidas en la misma normativa. La referida normativa no exceptúa a este supuesto de contratación directa por situación de emergencia del cumplimiento de la suscripción contractual; por lo que, la suscripción contractual es una condición legal para contar con un vínculo válido que genere la obligación de pago por parte de la entidad. Siendo así, en la problemática expuesta una entidad que no cumple con la regularización de la contratación directa por situación emergencia no podrá efectuar el pago correspondiente a las prestaciones ejecutadas por el proveedor al no contar con un vínculo contractual válido que sustente la referida acción en el marco de la normativa de contratación pública configurándose en una contratación irregular.

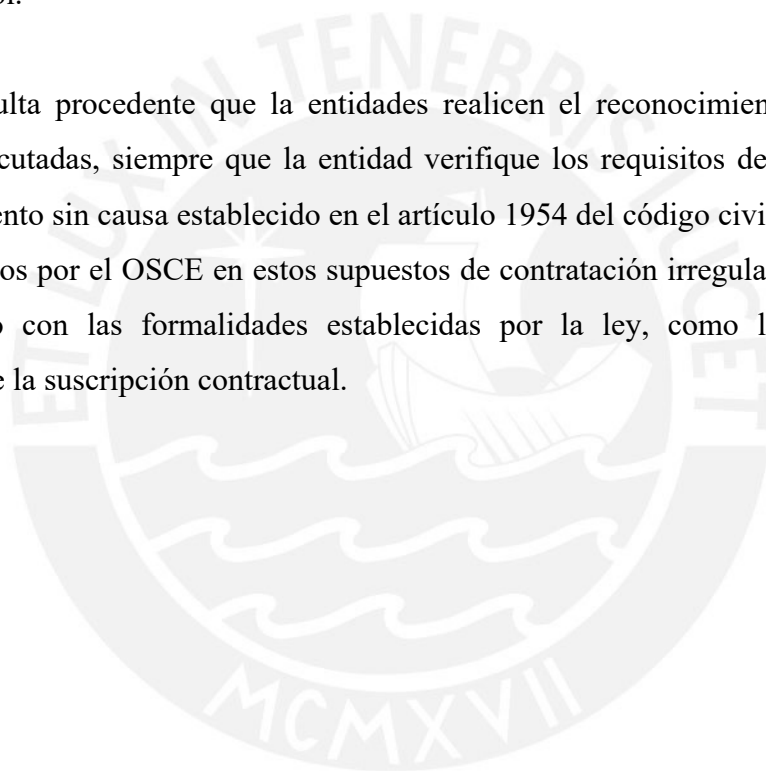
7. De acuerdo a los criterios establecidos por el OSCE, se puede efectuar un reconocimiento directo a modo de indemnización por las prestaciones que fueran ejecutadas por proveedores sin seguir las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del Estado- como el caso de no haber cumplido con la suscripción contractual para la regularización de una contratación directa por situación emergencia- sin embargo; para ello corresponderá que previamente la entidad verifique la concurrencia de los elementos necesarios para la configuración del enriquecimiento sin causa previsto en el código civil.

Queda a discreción de cada entidad la decisión de reconocer directamente las prestaciones ejecutadas o esperar que el proveedor solicite por la vía judicial el referido reconocimiento alegando la configuración del enriquecimiento sin causa; así el proveedor cuenta con dos vías para hacer valer su derecho, una por vía la administrativa a través de una solicitud ante la entidad para el reconocimiento de prestaciones de forma directa y otra por la vía judicial, se

debe tener en cuenta que por la vía judicial además de reconocerse el monto de las prestaciones a la fecha de su ejecución, corresponderá a la entidad reconocer los intereses generados desde el momento que se debió efectuar el abono correspondiente al proveedor.

En ese sentido, podemos afirmar que resulta más eficiente que las entidades opten por el reconocimiento directo a través de un procedimiento administrativo para proceder a reconocer las prestaciones ejecutadas por proveedores, siempre que el proveedor lo solicite por esta vía de manera sustentada, sin que ello implique un riesgo para la entidad de incumplir normativa alguna que posteriormente sea pasible de observaciones por parte del órgano de control.

Por lo que, resulta procedente que la entidades realicen el reconocimiento directo de las prestaciones ejecutadas, siempre que la entidad verifique los requisitos de la configuración del enriquecimiento sin causa establecido en el artículo 1954 del código civil y atendiendo los criterios señalados por el OSCE en estos supuestos de contratación irregular en las cuales no se ha cumplido con las formalidades establecidas por la ley, como la omisión de la formalización de la suscripción contractual.



BIBLIOGRAFÍA

- Borda, G. (2000). El Principio de la Buena Fe. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, M & Molina, G. (2009) Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa. *Jus Doctrina y Práctica*, (2) p. 1-26. Recuperado de: <https://www.yumpu.com/user/castillofreyre.com/4>
- Castillo Freyre, M. & Osterling Parodi, F. Tratado de las Obligaciones. 2003. URI <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/41257>
- Chocano, C. Integridad, competencia restringida y COVID 19: retos para la contratación pública peruana (2020). *Revista Internacional de Derecho* N° 1 56-73. Recuperado de: <https://revistadederecho.uwiener.edu.pe/index.php/rider/article/view/84>
- De la Puente, M. (1993). El contrato en General. Lima:PUCP
- Diez Picazo, L. & Gullón, A. 2018. El Sistema de Derecho Civil. Madrid: Editorial Tecnos.
- Guillén Vales, L. Tesis Análisis del Enriquecimiento sin causa en las contrataciones del Estado. 2013. URI: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/5237>
- Laborde Goñi, M. (2016) . El Principio de la Buena Fe como rector del ejercicio de la función pública. *Revista de Derecho Público*, (50) 35-71. Recuperado de <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/50/archivos/Laborde50.pdf>
- Linares Jara, Mario (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16358/16764>
- Llambías, J.J. (1964) Tratado de las Obligaciones. Buenos Aires: Perrot.
- Martínez Zamora, M. A. (2013). Introducción al Contrato Administrativo en el marco del Régimen de Contratación estatal. Una Aproximación a las Prerrogativas Desbordantes de los Contratos que Celebran las entidades en el marco del Régimen de Contratación estatal. *Derecho & Sociedad*, (40), 299-309. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12809>
- Morón Urbina, J. (2006). Los principios inspiradores de la Contratación administrativa y sus aplicaciones prácticas. *THEMIS Revista De Derecho*, (52), 189-210. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8831> (sobre principio de moralidad refiere la buena fe)
- Morón Urbina, J. (2016). La Contratación Estatal. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. y Zita Aguilera, B. Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal. 2017. **URI:** <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/170356>

Retamozo Linares, A (2018). Los procedimientos de selección en la Ley N° 30225 Ley de contrataciones del Estado. Revista Aequitas (1) 97-111.

Recuperado

de:

<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/Aequitas/issue/view/1329>

Zusman Tinman, S. (2005). La buena fe contractual. *THEMIS Revista De Derecho*, (51), 19-30. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8787>

Resolución Administrativa Regional N° 218-2020-ORA/GR.MOQ del Gobierno Regional Moquegua de fecha 20 de octubre de 2020 Recuperado de <http://www.regionmoquegua.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/RAR-218-2020-20-10.pdf>



ANEXO

"Procedimiento para autorizar el reconocimiento de prestaciones ejecutadas por proveedores para la atención de una situación de emergencia en favor de la Entidad"

1.Objetivo

Establecer los requisitos a aplicar por las unidades orgánicas de la Entidad para tramitar una autorización para el reconocimiento de prestaciones ejecutadas por proveedores en favor de la Entidad para la atención de una situación de emergencia, sin haber observado las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones públicas.

2.Alcance

A las solicitudes presentadas por proveedores para reconocimiento de prestaciones ejecutadas en favor de la entidad en situación de emergencia.

A las áreas usuarias de la entidad, el órgano encargado de las contrataciones, la oficina de presupuesto y la oficina de asesoría jurídica de la entidad, en el marco de sus competencias para la evaluación de las solicitudes de reconocimiento.

3.Base Legal

- Código Civil
- Ley de Presupuesto del Sector Público para el año Fiscal correspondiente.
- Opiniones del OSCE respecto a reconocimiento de prestaciones ejecutadas por proveedores sin observar las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (Opiniones N° 7-2017/DTN, 61-2017/DTN, 100-2017/DTN, 234-2017/DTN, 164-2018/DTN, 199-2018/DTN, 24-2019/DTN, entre otras).

4.Responsabilidades

a) El órgano encargado de las contrataciones, en el ámbito de su competencia emite el informe técnico verificando el cumplimiento de los requisitos para autorizar el reconocimiento de prestaciones ejecutadas en favor de la entidad en situación de emergencia, previa conformidad del área usuaria respecto a la entrega y las condiciones del bien o servicio.

b) La oficina de presupuesto, emite el informe respecto a la disponibilidad de recursos presupuestales para el reconocimiento de un monto a favor del proveedor por prestaciones ejecutadas en favor de la entidad en situación de emergencia.

c) La oficina de asesoría Jurídica verifica el cumplimiento de los requisitos a) y b), así como la configuración de los elementos para su reconocimiento; y, emite un informe legal opinando respecto a la posibilidad de autorizar el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por un proveedor en favor de la entidad en una situación de emergencia.

d) El titular de la entidad o a quien se delegue la facultad o atribución para evaluar y autorizar el reconocimiento solicitado, es responsable de emitir el acto resolutorio.

5. Definiciones

5.1. **Área usuaria:** es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada prestación de bienes o servicios, o que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.

5.2. **Bienes o servicios:** son objetos o actividades que requiere la entidad para cumplir con sus funciones en una situación de emergencia.

5.3. **Solicitud de reconocimiento:** documento presentado por un proveedor ante la mesa de partes de la entidad a fin de requerir el reconocimiento de un monto por prestaciones ejecutadas en favor de la entidad en una situación de emergencia la cual no se regularizó en el marco de la normativa de contrataciones del Estado.

5.4. **Disponibilidad presupuestal:** es el documento emitido por el funcionario responsable de la oficina de presupuesto, el cual garantiza la existencia de recursos presupuestales para su posterior reconocimiento.

6. Disposiciones Generales

6.1. El presente documento interno regula el procedimiento para reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por proveedores a favor de la entidad en una situación de emergencia debidamente sustentada sin haberse cumplido con las formalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado.

6.2. El reconocimiento de las prestaciones conlleva la realización del deslinde de responsabilidades de los servidores o funcionarios que aceptaron las referidas prestaciones sin cumplir las formalidades establecidas en la normativa de contrataciones del estado.

6.3. Las áreas usuarias, el órgano encargado de las contrataciones y la oficina de presupuesta realizarán las coordinaciones necesarias para la atención de las solicitudes de reconocimiento y la verificación de los requisitos para la autorización del reconocimiento de las prestaciones ejecutadas en situación de emergencia.

7. Disposiciones Específicas

7.1. La solicitud de reconocimiento se presenta por mesa de partes de la entidad y contiene la información respecto a los bienes y servicios que fueron entregados a la entidad, cantidades, fecha de entrega y monto solicitado para el reconocimiento; así como, la documentación sustentatoria pertinente para acreditar la entrega o aceptación por parte de la entidad así como la acreditación de la representación del proveedor solicitante.

7.2. La solicitud es remitida al órgano encargado de las contrataciones el cual realiza las coordinaciones necesarias con el área usuaria y la oficina de presupuesto para emitir el informe técnico que sustente la procedencia del reconocimiento, el cual contiene como mínimo la siguiente información:

- La verificación que las prestaciones a ser reconocidas han sido requeridas y entregadas a la entidad para atender una situación de emergencia.
- Los motivos por los cuales no se cumplió con regularizar la contratación en el marco de la normativa de contrataciones del Estado y la indicación del inicio del deslinde de responsabilidades a efectuarse por la aceptación de las prestaciones.
- Evaluación que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor, lo cual implica que estas fueron requeridas o aceptadas por la entidad a través de un medio comprobable por el funcionario o servidor competente de la entidad.
- La conformidad del área usuaria.
- Que el monto a ser reconocido al proveedor sea el equivalente al precio del mercado a la fecha de recibirse la prestación.
- Acreditar que se cuenta con la disponibilidad presupuestal en el año fiscal correspondiente para el reconocimiento del monto determinado.

7.3. El informe técnico es remitido a la oficina de asesoría jurídica en el plazo de diez (10) días hábiles desde la recepción de la solicitud de reconocimiento.

7.4. La Oficina de asesoría jurídica elabora un informe legal verificando el cumplimiento de los requisitos detallados precedentemente y opinando respecto a la viabilidad de autorizar el reconocimiento de las prestaciones ejecutadas por un proveedor en favor de la entidad en una situación de emergencia. Se remite el expediente al Titular de la Entidad en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de la recepción del informe técnico.

7.5. El titular de la entidad o a quien se delegue la facultad o atribución para evaluar y autorizar el reconocimiento solicitado emite el acto resolutorio que autoriza el reconocimiento del monto por las prestaciones ejecutadas a favor de la entidad en situación de emergencia. La referida resolución es emitida en el plazo máximo de tres (3) días de la recepción del informe legal y técnico.

