

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Análisis de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1
en torno a la vulneración al principio de
legalidad.

Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el Título de Abogada
que presenta:

Alexandra Urpy Arias Huapaya

Asesor:

Christian César Chocano Davis


Lima, 2023

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Análisis de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 en torno a la vulneración al principio de legalidad**”, del autor / de la autora ALEXANDRA URPY ARIAS HUAPAYA, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 32%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11/07/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 13 de julio del 2023

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> CHOCANO DAVIS, CHRISTIAN CESAR	
DNI: 40988780	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7313-5745	

RESUMEN

En el presente análisis se analizará la vulneración a la legalidad dada a partir de la falta de motivación de la contradicción que genera la emisión de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, la cual decide dejar sin efecto las actuaciones previas, incluyendo la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, esta última había determinado la sanción por trece meses a la empresa TESACOM PERU S.A., la cual había incurrido en impedimento por presentar el Anexo N° 3- Declaración de no estar impedido de contratar, y ser presentada por su representante legal, el capitán Dorrego Arias, quién era servidor público.

Palabras clave

Impedimento- Situación de disponibilidad- Servidor Público- Principio de Moralidad- Información Inexacta- Sanción Administrativa

ABSTRACT

In this analysis we will analyze the violation of legality due to the lack of motivation of the contradiction generated by the issuance of Resolution No. 1990-2013-TC-S1, which decides to leave without effect the previous actions, including Resolution No. 1737-2013-TC-S1, the latter had determined the sanction for thirteen months to the company TESACOM PERU S.A., which had incurred in impediment for submitting Annex N° 3-Declaration of not being impeded from contracting, and presented by its legal representative, Captain Dorrego Arias, who was a public servant.

Keywords

Impediment - Situation of availability - Public Servant - Principle of Morality - Inaccurate Information - Administrative Sanction

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO.....	1
I. INTRODUCCIÓN.....	2
II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES.....	4
2.1. Antecedentes	4
2.2. Hechos Concomitantes.....	6
III. MARCO TEÓRICO RESPECTO AL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DELESTADO	8
IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	10
4.1. Problema principal: ¿Existe vulneración al principio de legalidad por parte de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado al haber emitido la Resolución 1990-2013-TC-S1?	10
4.1.1. Primer problema secundario: ¿Es acorde a derecho señalar que el Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias no se encuentra impedido para contratar con el Estado?	10
4.1.2. Segundo problema secundario: ¿Es adecuada la aplicación del impedimento a TESACOM para participar en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL?	10
4.1.3. Tercer problema secundario: ¿Es conforme a derecho que se imponga una sanción a TESACOM por infracción de información inexacta y/o falsa al momento de la presentación del Anexo N° 3 y la suscripción del contrato por el proceso de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016- 2010-MGP/DIRTEL?	11
4.1.4. Cuarto problema secundario: ¿Es acorde al principio de predictibilidad y el principio de seguridad jurídica el acto administrativo contenido en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, el cual contradice lo señalado a través de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1?	11
V. POSICIÓN DE LA CANDIDATA.....	11
5.1. Respuestas preliminares al problema principal, a partir de los problemas secundarios	11
5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	13
VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	13
6.1. El principio de legalidad dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador	13
6.1.1. Los impedimentos de los servidores civiles dentro de la Contratación Estatal, en el marco del Decreto Legislativo N° 1017.....	14
6.1.1.1. El principio de moralidad como fundamento del impedimento de los Servidores Civiles.	16
6.1.1.2. Respecto a las partes sujetas en el impedimento: Funcionario Público y/o Servidor Público	18
- Contenido de la Situación de Disponibilidad:	21
Fuente: Servir- GPGRH	23
6.1.2. La responsabilidad objetiva de TESACOM dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador	26

6.1.3. Sobre la configuración de las infracciones.....	30
6.1.4 Sobre la vulneración de la predictibilidad a partir de la emisión de la Resolución N° 1990-2013-TCE-S1	33
6.1.4.1. Respecto a la Opinión N° 045-2013/DTN.....	34
6.1.4.2. La teoría de los actos propios.....	36
VII. CONCLUSIONES.....	38
VIII. BIBLIOGRAFÍA.....	40
IX. ANEXOS.....	41



PRINCIPALES DATOS DEL CASO

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Resolución N° 1990-2013-TC-S1(Expediente N° 497-2012-TC)
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Administrativo, Derecho Constitucional y Derecho Laboral
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	Resolución N° 1737-2013-TC-S1
Demandante / Denunciante	Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado
Demandado / Denunciado	TESACOM PERU S.A.C.
Instancia administrativa o jurisdiccional	Instancia única / Recurso de reconsideración
Terceros	Marina de Guerra del Perú
Otros	Resolución. N° 694-2011-TCE-S2 // Resolución N° 742-2011-TC-S2 // Resolución N° 827-2011-TC-S4

Análisis de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1. en torno a la vulneración al principio de legalidad

I. INTRODUCCIÓN

A través del presente informe, se analizará la Resolución N° 1990-2013-TCE-S1, la cual casi después de 10 años de emitida, por el Tribunal de Contrataciones del Estado, dejó varios puntos controvertidos no revisados a la luz de la normativa al momento de la ocurrencia de los hechos concomitantes que generaron la presunción de una conducta antijurídica existente y que merecía ser evaluado, tomando en cuenta el alcance de la potestad sancionadora y los alcances del objetivo para el que fue diseñado, en vista de hacer prevalecer una contratación pública de bienes, servicios y obras, íntegra y guiada con la finalidad de prevalecer el interés público, entendido como el interés general en aras al bien común.

Así pues, teniendo en cuenta que dicha Resolución, decidió dejar sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, de fecha 12 de agosto de 2013, y todos los actuados, incluyendo la sanción de trece (13) meses, impuestos a TESACOM PERÚ S.A.C. , contradiciendo el precepto emitido originalmente, lo cual agotó la vía administrativa del Expediente N° 497/2012.TC, el cual es iniciado de oficio por el Tribunal de Contratación del Estado, a partir de la denuncia presentada por un postor que participo en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL(Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL), Ítem 4 "Equipamiento para sistema comunicación satelital", por el monto de S/. 12,034.28.00 (Doce mil treinta y cuatro con veintiocho nuevos soles).

La Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, aborda a partir de fundamentos ya utilizados en otros preceptos¹ del Tribunal de Contrataciones del Estado, respecto a las infracciones contenidas en los literales d) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, las cuales devienen de un supuesto impedimento surgido del puesto del Capitán de Fragata que se encontraba en situación de Disponibilidad, el cual presentó el Anexo N° 03 – Declaración de no tener impedimentos para contratar con el Estado, para participar y subsecuentemente al ganar la Buena Pro, en su calidad de representante legal de la empresa TESACOM PERÚ S.A.C..

¹ Resolución N° 827-2011-TCE-S4, de fecha 17 de mayo de 2011, la cual fuera confirmada a través de la Resolución N° 1013-2011 TCE-S4, de fecha 14 de junio de 2011.

De ese modo, con la Resolución N° 1990-2013-TCE-S1, se cambia por completo los preceptos existentes en referencia a la situación de disponibilidad del capitán de Fragata de la Marina de Guerra del Perú, mediante los cuales, si se daba el impedimento al ser servidor civil, por lo cual se configuraba la infracción y se aplicaba la sanción proporcional a la conducta antijurídica suscitada, y el daño realizado al interés público.

Sin embargo, dicho cambio de precepto, el cual estaba habilitado por la normativa tenía como fundamento la Opinión N° 045-2013/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE, mediante las cuales se realiza una interpretación para finalmente dejar sin efecto los preceptos precedentes existentes respecto al impedimento existente en el sujeto en situación de disponibilidad.

Hasta el momento, todo parece estar conforme al principio de legalidad, cuyo contenido se encuentra de forma taxativa en la Ley de Procedimiento Administrativo Sancionador, teniendo en cuenta que, la Administración Pública no puede hacer más de lo que la ley no lo faculta; sin embargo, para que se dé un cambio tan drástico respecto a una interpretación sobre un mismo término legal, debe existir una adecuada motivación, ello en concordancia al principio de predictibilidad y seguridad jurídica.

A través del presente Informe recaído en la Resolución N° 1990-2013-TCE-S1, se pretende dar un análisis respecto a la importancia del principio de legalidad existente en nuestro ordenamiento jurídico, ello teniendo en cuenta que dicho tiene como contenido esencial la no arbitrariedad generada por la potestad administrativa que recae en el órgano administrativo, Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual dentro de sus funciones se encuentra resolver los procedimientos administrativos sancionadores que sean iniciados de oficio, ello acorde a la normativa vigente y los principios insertos en la misma.

Ello teniendo en cuenta que a través de las contrataciones del Estado los diferentes actores pertenecientes a la Administración Pública pueden contratar bienes, servicios y Obras, con la finalidad de coadyuvar a lograr la obtención de ver concretizado el interés público, para ello se realiza una evaluación técnica y económica de dichos, en el marco de una participación transparente y libre competencia de las diversas empresas quienes ofrecen dichos bienes, servicios y Obras. Siendo ello así, es congruente que, se hayan determinado impedimentos contenidos dentro de la ley

especial de contratación del Estado, con la finalidad que no se genere una ventaja en el caso de los servidores y/o funcionarios públicos respecto a los administrados, o se arribe a un conflicto de intereses.

El presente informe se divide en un problema principal, el cual se refiere a la vulneración al principio de legalidad con la emisión del acto administrativo contenido con la emisión de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, el cual procederá a darse respuesta a partir de cuatro problemas secundarios, el primero sobre el impedimento del Capitán de Fragata, Jorge Dorrego Arias al ser servidor público; el segundo problema secundario respecto a la complementariedad y concurrencia necesaria con el impedimento en el que incurre la empresa TESACOM PERU S.A., al momento de la presentación del Anexo N° 3 y la posterior suscripción del Contrato por parte del Gerente General, cargo recaído en el Capitán de Fragata estando en dicha situación de disponibilidad; el tercer problema secundario, en referencia a la configuración de la infracción en tanto, se genera la presentación de información inexacto y/o falsa por parte de TESACOM PERU S.A. en el marco del proceso de contratación, Adjudicación Menor Cuantía AMC-016-2010-MGP/DIRTEL ; y, finalmente, el cuarto problema secundario, el cual será abordado a partir de la vulneración del principio de predictibilidad y seguridad jurídica, a partir de la contradicción jurídica de los precedentes emitidos en torno al expediente 497/2012.TCE, lo cual a su vez vulnera el principio de legalidad contenido en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

2.1. Antecedentes

Con fecha 26 de abril de 2007, el Señor Jorge Adrián Dorrego Arias, es nombrado Gerente General de la empresa TESACOMPERÚ S.A.C., a través de Escritura Pública, la cual fue inscrita en registros públicos con fecha 22 de mayo de 2005 y, tuvo vigencia hasta el 31 de enero de 2012.

A través de la Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP, de fecha 17 de octubre de 2007, se asciende al grado de Capitán de Fragata de la Marina de Guerra del Perú, en su calidad de ESPECIALISTA al señor Jorge Adrián Dorrego Arias, identificado con Documento Nacional de Identidad N° 00897772.

Mediante la Resolución Jefatural N° 006-2010-MGP/DT de fecha 18 enero 2010, se conforma el Comité Especial para el proceso de selección correspondiente a la Licitación Pública LP-0008-2010-MGP/DIRTEL “Implementación del Puesto de Comando y Control del Comando Operacional Marítimo” del año 2010.

El 11 de mayo de 2010, se emite la Resolución del Comité de Apelación de Contrataciones del Estado - Marina de Guerra del Perú, la cual fue ingresada a través de recurso de Apelación presentado por la empresa TESAM S.A, hecho el traslado por el Director de Telemática, el Comité se pronuncia respecto del supuesto impedimento en el cual se encontraría el Capitán de Fragata, el Señor Jorge Dorrego Arias, declarando infundado el recurso de apelación por los plazos perentorios del mismo y señalando que no existe impedimento por parte del representante de TESACOM PERÚ S.A.C..

El 22 de octubre de 2010, la Entidad remitió lo solicitado con fecha 04 de agosto de 2010, a través de Carta No V.200-2455 recibida adjuntando su Informe – Técnico Legal, en el cual la Entidad señaló la existencia de impedimento por parte del Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias, ello teniendo en cuenta que, la norma aplicable al momento de ocurrido los hechos sería el TUO de la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo No 083- 2004-PCM y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo No 084-2004-PCM, señalando además que, en el proceso de la referencia no se suscribió contrato. (Numeral 7 – Antecedentes - Resolución. N° 694-2011-TCE-S2)

Con fecha 08 de noviembre de 2010, la Marina de Guerra del Perú remite el Oficio.500-5330 un reporte de cargos consignando que, el Capitán Dorrego Arias se desempeñó en la Dirección General de Instrucción (Misión estudios al extranjero), desde el 01 de agosto de 2005 hasta el 22 de febrero de 2007; posteriormente laboró en la Jefatura del Servicio de Armas electrónicas, desde el 23 de febrero de 2007 hasta el 02 de enero de 2008, en el cargo de Oficial de Desarrollo, y finalmente, trabajo desde el 03 de enero de 2008 hasta el 07 de mayo de 2009, en el cargo de Segundo Comandante en la Comandancia de la Estación de Misiles. (Fundamento 6 de la Resolución N° 742-2011-TC-S2)

2.2. Hechos Concomitantes

Mediante la Resolución Jefatural N° 006-2010-MGP/DT de fecha 18 enero 2010, en el cual se conforma el Comité Especial para el proceso de selección correspondiente a la Adjudicación Menor Cuantía AMC-016-2010-MGP/DIRTEL derivada de la Licitación Pública LP-0008-2010-MGP/DIRTEL "Implementación del Puesto de Comando y Control del Comando Operacional Marítimo" año 2010.

El 24 de marzo de 2010, a través de la Resolución Ministerial N° 267-2010, la Marina de Guerra del Perú resuelve pasar a situación Militar de Disponibilidad por el periodo de un año al Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, con CIP 0089777772, a pedido del interesado y en base al artículo 30° de la Ley N° 28359, asimismo, mediante el artículo 23° de la misma Ley, se señala que la situación de disponibilidad le permite cobrar una remuneración mensual equivalente a una en situación de retiro.

El 06 de octubre de 2010, la Marina de Guerra del Perú, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL), para el Ítem 4 de la "Implementación del puesto de comando y control del comando operacional Marítimo", con un valor referencial de S/. 12,034.28 (Doce mil treinta y cuatro con 28/100 Nuevos Soles).

Se presenta la propuesta técnica- económica el 15 de octubre de 2010, otorgándose la Buena Pro el 18 de octubre y, posteriormente, el 29 de octubre de 2010 se suscribe el contrato correspondiente del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL.

El 18 de enero de 2012, se inscribe ante la partida de N° 11797258 B00003 la aceptación de la renuncia del Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias, indicándose el nombre del nuevo Gerente General, asimismo se señala como fecha de eficacia de la misma renuncia el 31 de enero de 2012.

A través de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, de fecha 12 de agosto de 2013, se determina la sanción por parte de la empresa TESACOM PERÚ S.A.C., determinándose la sanción por el periodo de 13 meses.

Con fecha 06 de setiembre de 2013, la empresa TESACOM PERÚ S.A.C. presenta su pedido de reconsideración ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, presentando todos los requisitos señalados para la misma dentro del marco normativo del Decreto Legislativo N° 1017 y su reglamento.

El 10 de setiembre de 2013, mediante la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, se determina dejar sin efecto lo señalado, a través de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, de fecha 12 de agosto de 2013, asimismo se señala la devolución de la garantía presentada a dicha empresa.

- El fundamento principal es que, la situación de disponibilidad impide el derecho al empleo por parte del oficial, y; por ende, al no tener empleo no es servidor público, a diferencia de estar en una situación de actividad.
- La Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina, señaló que no correspondía la apelación y que, no existía un impedimento.
- Se señala que como la Opinión N° 045-2013-DTN, señala que un oficial o suboficial de la PNP está impedido al estar en una situación de actividad, en lo que corresponde al literal d); por consiguiente, cuando se encuentra en situación de disponibilidad no se encuentra impedido.
- Se le imputo que conocía la postura del OSCE respecto de los impedimentos, señalándosele que se vulnero el principio de buena fe, sabiendo que dicha se adquirió cuando el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina señaló la inexistencia del impedimento.
- Adicional a ello cita precedentes vinculantes del TC mediante los cuales se aplica la naturaleza jurídica de la responsabilidad subjetiva.

En la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, se tiene como voto singular el pronunciamiento del magistrado Mario Arteaga Zegarra, quién señala que si cabría un impedimento el tener el grado de Oficial General y/o Almirante en situación de disponibilidad o retiro; puesto que se da una situación de injerencia, ventaja o privilegio, lo cual generaría un conflicto de intereses, más no en el caso del Capitán de Fragata, el señor Jorge Dorrego Arias.

III. MARCO TEÓRICO RESPECTO AL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El 25 de diciembre de 1992, el Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas (CONSULCOP), se configuró como un verdadero Tribunal administrativo, facultado para resolver las controversias que se generaran durante la ejecución del contrato entre la entidad administrativa contratante y la empresa contratista privada, en sede administrativa², el Tribunal de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas debía estar compuesto por 6 vocales designados mediante Resolución Suprema, los primeros vocales fueron designados un 12 de abril de 1993, su función era resolver en última instancia administrativa las controversias entre ejecutores de obras y las entidades del Estado contratantes, según lo señalado a través del Decreto ley N° 26143.

Siguiendo la misma línea, la creación del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones el Estado – CONSUCODE, con la promulgación de la Ley N° 26850 en 1997, permitió unir tres normas en un solo cuerpo normativo; puesto que, en ese entonces existía la RULCOP, la REGAC y la RUA; la primera encargada en resolver las controversias en la ejecución de Obras Públicas; la segunda, especializada en consultoría de obras públicas y; la tercera correspondiente a la adquisición de bienes y contratación de servicios. Cabe señalar que, siguió manteniéndose y ampliándose las funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado.

En 2008, se cambió la denominación a OSCE³, quién absorbió las funciones y atribuciones del CONSUCODE, convirtiéndose en la entidad encargada de supervisar las contrataciones públicas en el país desde entonces, cuya función principal es velar por el cumplimiento de la normativa de contrataciones y promover su eficiencia y transparencia.

El OSCE es un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, y tiene la responsabilidad de promover la transparencia, la eficiencia y la legalidad en las contrataciones del Estado en todas sus modalidades. Dentro de sus principales atribuciones y funciones se encuentra la

² Revisado de: [file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9386-Texto%20del%20art%C3%ADculo-37163-1-10-20140715%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/9386-Texto%20del%20art%C3%ADculo-37163-1-10-20140715%20(1).pdf), el 10 de junio de 2023.

³ Fecha De publicación del Decreto Legislativo N° 1017.

de fiscalizar y sancionar, la primera es dada a través de las funciones específicas otorgadas a la Supervisión, Fiscalización y Estudios de OSCE,; mientras que, la función de sancionar la ejecuta el Tribunal de Contrataciones del Estado, órgano de línea del OSCE que, no solo verifica el cumplimiento de las normas, sino también; a través del marco de sus funciones, dentro de las garantías del marco legal vigente, sanciona aquellas conductas antijurídicas, irregulares o fraudulentas que se detecten en los procesos de contratación.

Por otro lado, ante la disolución en el año 1995 del Instituto Nacional de Administración Pública - INAP, se generó la inexistencia de un criterio único para la programación de necesidades, una falta de articulación de la programación de las contrataciones con los procesos de contratación y una ausencia de herramientas que sirvieran para asegurar el uso adecuado y un correcto seguimiento de los bienes adquiridos por las entidades. Por lo que, en muchas oportunidades se realizaba una contratación exitosa pero no se efectuaba un seguimiento adecuado de la misma y lo que debió ser distribuido o empleado en un tiempo determinado, terminaba perdiéndose por deterioro, obsolescencia o hurto generando un perjuicio económico para el Estado.

Por ello, resultaba necesario contar con un sistema que contenga y articule todo el proceso del abastecimiento, que garantice la satisfacción eficaz y oportuna de las necesidades de las entidades, y sobre todo que brinde información de cada uno de los componentes del sistema en una herramienta integrada. Lo que motivó la implementación del Sistema Nacional de Abastecimiento (SNA) en dos ámbitos, uno institucional y otro funcional. En el ámbito institucional se creó la rectoría del SNA, a cargo de la Dirección General de Abastecimiento (DGA), la cual también enmarca al OSCE. Todos los cambios dados en estos treinta años buscan promover las contrataciones públicas de forma íntegra, originando mejores prácticas en los procesos de contratación de bienes, servicios, ejecución y consultoría de obras, a partir de lo establecido en la Ley 30225 (Ley de Contrataciones del Estado) y lo señalado en el Decreto Legislativo 1439 (Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Abastecimiento).

IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. Problema principal: *¿Existe vulneración al principio de legalidad por parte de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado al haber emitido la Resolución 1990-2013-TC-S1?*

A lo largo del presente Informe se dará respuesta al presente problema encontrado, ello a través de los tres problemas secundarios, para ello se abordará el Principio de Legalidad dentro de la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, las funciones que tiene el Tribunal de Contrataciones del Estado que cumplir para estar dentro del ámbito aplicable a las Contrataciones del Estado; así como, entender el bien jurídico protegido en el marco constitucional.

4.1.1. Primer problema secundario: *¿Es acorde a derecho señalar que el Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias no se encuentra impedido para contratar con el Estado?*

Según lo señalado por la Primera Sala del TCE al momento de resolver el recurso de reconsideración el Capitán de Fragata, en ese entonces, no tenía impedimento para contratar por el estado al encontrarse en la situación de disponibilidad, pues no ejercía funciones de forma efectiva, como sí sucedería en una situación de actividad. A través de la cual no existiría duda del conflicto de intereses existente.

4.1.2. Segundo problema secundario: *¿Es adecuada la aplicación del impedimento a TESACOM para participar en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL?*

Según lo señalado por la Primera Sala del TCE al momento de resolver el recurso de reconsideración presentado por TESACOM PERÚ S.A.C., es inconstitucional la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito del Procedimiento Administrativo Sancionador en las contrataciones del Estado. Sin embargo, consideramos que, en el año 2010, el Tribunal de Contrataciones del Estado impartía sus sanciones en el marco de la responsabilidad objetiva; ello teniendo en cuenta que, no se encontraba previsto por ley general la primacía de la responsabilidad subjetiva la cual existe actualmente dentro de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual fue introducido con el Decreto Legislativo N° 1341.

4.1.3. Tercer problema secundario: ¿Es conforme a derecho que se imponga una sanción a TESACOM por infracción de información inexacto y/ o falsa al momento de la presentación del Anexo N° 3 y la suscripción del contrato por el proceso de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL?

En este punto del informe, pretendemos brindar un análisis contrario al resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, toda vez que con la definición de situación de disponibilidad resultado de la respuesta al problema jurídico anterior se termine de evaluar la existencia del impedimento, la infracción acorde y la sanción correspondiente, a fin de terminar por demostrar que, el TCE al momento de emitir el acto administrativo, en realidad no cumplió con lo señalado por el artículo 63.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General vigente al 2010.

4.1.4. Cuarto problema secundario: ¿Es acorde al principio de predictibilidad y el principio de seguridad jurídica el acto administrativo contenido en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, el cual contradice lo señalado a través de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1?

En este punto del informe, pretendemos brindar un análisis contrario al resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, toda vez que con la definición de situación de disponibilidad resultado de la respuesta a los problemas secundarios anteriores se termine de evaluar la existencia del impedimento, la infracción acorde y la sanción correspondiente, a fin de terminar por demostrar que, el TCE al momento de emitir el acto administrativo, en realidad no cumplió con lo señalado por el artículo 63.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General vigente al 2010.

V. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

5.1. Respuestas preliminares al problema principal, a partir de los problemas secundarios

Si se vulnera el Principio de Legalidad, ello teniendo en cuenta que, el Tribunal de Contrataciones del Estado al momento de emitir la resolución primigenia a la

resultante del recurso de reconsideración, tenía fundamentos legales razonables en base a los hechos y las pruebas recabadas dentro del expediente. Así mismo, teniendo en cuenta que gozaban con la potestad sancionadora correspondiente, y se tenían precedentes concordantes con el principio de causalidad que, estaban basadas en la responsabilidad objetiva del sujeto presuntamente infractor, con la omisión o incumplimiento del hecho infractor.

Asimismo, se determina que la situación de disponibilidad no es una característica que permite al servidor o funcionario público contratar con el Estado, permitiéndole excusar su conducta con la no existencia del impedimento, sino que por el contrario, la sola existencia de un vínculo con el Estado recaída en el servidor civil, sea cual sea el medio de su vínculo le impide contratar con el Estado, pues ello supondría una ventaja de un personal de la administración, quién a pesar de no encontrarse en el ejercicio efectivo de sus funciones o situación de actividad, no deja de ser apto para el servicio, y por ende, es menester respetar de forma ética y moral la normativa, ello teniendo en cuenta la representación que genera su vínculo con el Estado ante la ciudadanía. De ahí que, al ser un servidor civil, el Capitán de Fragata, Jorge Dorrego Arias, a pesar de encontrarse en una situación de disponibilidad, si existiría un impedimento, y se habría dado la generación de las infracciones, ya que se debe tener en cuenta que, si bien existen los impedimentos, dichos no generan por sí solos la infracción, sino que requieren que el sujeto realice la conducta antijurídica para que se genere la infracción establecida y; por ende, la sanción correspondiente.

Finalmente, a través de la desvirtuación de los argumentos señalados en la Resolución materia de análisis del presente informe se pretende brindar una razón adicional al contenido del impedimento estipulado en el literal d) del Decreto Legislativo N° 1017, ello teniendo en cuenta el carácter preventivo que lo fundamenta, dicho fundamentado en la irreparabilidad del daño, a partir de la vulneración del principio de moralidad que fundamenta la confianza legítima de la ciudadanía a través del uso debido de los recursos comunes en virtud al bien común.

5.2. Posición individual sobre el fallo de la resolución

A diferencia de lo señalado por los miembros de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, a través de la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, considero que en el presente caso si existía un impedimento por parte del Capitán de Fragata Dorrego Arias al ser un servidor público. El cual, al presentar el Anexo N° 3 referente a la declaración de no contar con impedimento para contratar con el Estado, en el proceso de selección la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010- MGP/DIRTEL(Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL), Ítém 4 “Equipamiento para sistema comunicación satelital”, en su calidad de representante de TESACOM PERU S.A.C. debió ser sancionada por incurrir en los literales d) e i) del numeral 51.1 artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017.

VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1. El principio de legalidad dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador

El principio de legalidad dentro del procedimiento administrativo sancionador es un principio fundamental que establece que las sanciones administrativas solo pueden ser impuestas en base a una ley previamente establecida. En otras palabras, para que se pueda sancionar a un infractor, debe existir una norma legal que prohíba o establezca la conducta infractora y especifique las consecuencias sancionatorias correspondientes.

Según Guzmán Napuri⁴, el principio de legalidad busca garantizar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad en la imposición de sanciones administrativas. Al basarse en la existencia de una norma legal clara y precisa, este principio protege los derechos de los presuntos infractores y asegura que las sanciones sean proporcionadas y estén fundamentadas en una base legal sólida.

⁴ Guzmán Napuri, Christian “El Procedimiento Administrativo General – Tomo I”. Lima: Instituto Pacífico. Primera Edición – octubre 2020. 51-52 p.p.

En la doctrina, el principio de legalidad en el procedimiento administrativo sancionador implica que, las sanciones administrativas deben estar expresamente previstas en una ley o norma con rango de ley. No se pueden imponer sanciones basadas únicamente en reglamentos, decretos u otras normas de menor jerarquía, ello en relación a la reserva de Ley.

Por otro lado, se relaciona al principio de legalidad con el principio de tipicidad, en tanto la conducta sancionable debe estar claramente descrita y definida en la norma legal. No se pueden aplicar sanciones por acciones vagas o indeterminadas.

Del mismo modo, la ley debe establecer de manera precisa las sanciones aplicables, ya sea en forma de multas, suspensiones, revocaciones, entre otras. Asimismo, debe indicar los criterios de graduación de la sanción en función de la gravedad de la infracción.

En la misma línea, dentro del debido procedimiento, se reconoce al principio de legalidad también implica que se deben respetar las garantías procesales en el procedimiento administrativo sancionador, como el derecho a la defensa, a ser oído, a presentar pruebas y a un procedimiento justo y transparente.

En el presente informe se utilizará esta última acepción, ello teniendo en cuenta que el procedimiento debe ser justo, ello entendido en el marco de que se le brinden todas las garantías al presunto infractor, y que en tanto exista una infracción tipificada, se imparta la sanción adecuada; puesto que, como veremos más adelante lo que se pretende con el Procedimiento Administrativo Sancionador es proteger el interés público con la desincentivación de aquellas conductas antijurídicas que puedan darse en la realidad.

6.1.1. Los impedimentos de los servidores civiles dentro de la Contratación Estatal, en el marco del Decreto Legislativo N° 1017

En este punto es necesario hacer referencia al artículo 76° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que, la ejecución de obras y la adquisición de suministros, con utilización de fondos o recursos públicos, se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o enajenación de bienes, en tanto que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hacen por concurso público. Adicionalmente, la mencionada norma prescribe que, por ley,

se establecerá el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

En otras palabras, el artículo 76° de la Constitución protege el interés público en la administración eficiente y honesta de presupuesto público; por lo cual, se establecen procesos de selección determinados, a fin que los servicios, bienes y obras que sean requeridos por la Administración Pública para el desarrollo y ejercicio de sus funciones, sean dados dentro del principio de legalidad.

Así, la finalidad de proteger este bien jurídico es garantizar la confianza de la sociedad en sus instituciones y promover la rendición de cuentas de los funcionarios y servidores públicos. Además, busca prevenir la corrupción, el abuso de poder y cualquier conducta contraria al interés general.

Así pues, las contrataciones del Estado son un proceso vital para garantizar la transparencia, la eficiencia y la equidad en la adquisición de bienes y servicios por parte del gobierno. Sin embargo, existen casos de corrupción y prácticas irregulares que comprometen estos principios fundamentales.

Es necesario partir de dicho precepto constitucional para introducir que, lo que se procura es tener procesos de selección eficientes a un monto adecuado, así pues, de los hechos subyacentes se tiene que el servicio contenido en el proceso de selección, se encuentra contenida dentro del ámbito de aplicación del artículo 76.

Por un lado, se pretende evitar la generación de conflictos de interés, ello teniendo en cuenta que, los funcionarios y servidores públicos tienen la responsabilidad de tomar decisiones imparciales y en beneficio del interés público. Si un funcionario o servidor público tiene intereses personales o familiares en una empresa o entidad que busca contratar con el Estado, existe un riesgo de que se favorezca indebidamente a esa entidad en detrimento de otras opciones más convenientes o adecuadas.

Por otro lado, se establecen impedimentos de contratar con el Estado, a fin de promover la competencia en los procesos de contratación y asegurar que todas las empresas o entidades interesadas tengan igualdad de oportunidades para participar en dichos procesos. Esto contribuye a obtener mejores condiciones, precios justos y mayor calidad en las contrataciones estatales, lo cual está ligado directamente con los principios de trato justo y libre competencia.

Asimismo, el legislador a previsto los impedimentos de contratar con el Estado como una medida preventiva contra la corrupción. Al limitar las posibilidades de

los funcionarios y servidores públicos de establecer vínculos inapropiados con empresas contratistas, se reduce la posibilidad de que se generen acuerdos ilícitos, sobornos o beneficios indebidos que afecten la transparencia y la legalidad en los procesos de contratación.

De ahí que, se puede colegir que, los impedimentos son mecanismos que buscan garantizar la imparcialidad, la transparencia y la integridad en las contrataciones del Estado, con especial énfasis en aquellos impedimentos que tienen los funcionarios y servidores públicos para contratar con el Estado.

Ahora bien, el literal d) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1017 se estipula: “En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia”; de ahí que, debe determinarse si el presunto infractor está sujeto al impedimento precedente.

De ahí que, podemos colegir que el presente es una restricción dentro de una entidad pública específica⁵; es decir, solo se da la restricción dentro de la entidad en la cual labora el funcionario y/o servidor público. En el presente caso, la restricción solo se limitaría al ámbito de la Marina de Guerra del Perú, más no a otras entidades, así dichas pertenecieran al mismo sector Defensa.

6.1.1.1. El principio de moralidad como fundamento del impedimento de los Servidores Civiles.

Según Navas Rondón, el principio de moralidad es un conjunto de reglas de conducta que determinan el actuar de la Administración Pública, se trata de una moralidad jurídica, una moralidad ética, el cual se aúna con el concepto del buen administrador, es decir, aquel que determina su conducta en relación con los administrados, haciendo prevalecer el interés público antes que su interés particular. (Navas, Mayo 2011)

⁵ Actualmente, también se tiene estipulada dicho impedimento en el artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, y como bien señala el autor Chocano Davis, dicho es aplicado para los funcionarios públicos en el ámbito de la entidad con la cual mantienen un vínculo laboral y se extiende inclusive 12 meses después de extinguida la relación laboral, según lo estipulado por el mandato legal. 2019. 42-43 p.p.

Es así que, el principio de moralidad y el impedimento establecido en el literal d), motivo del análisis en el presente acápite, en torno a la imposibilidad para contratar con la entidad en específico por parte de los servidores públicos, que laboran en dicha, están estrechamente relacionados. Ambos se basan en la ética y la integridad en el ejercicio de la función pública y tienen como objetivo evitar conflictos de interés, favorecimiento indebido y actos de corrupción.

A través de dicho principio se establece que los servidores públicos deben actuar de manera honesta, íntegra y transparente en el desempeño de sus funciones. Implica la adhesión a altos estándares éticos y el cumplimiento de los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia y rendición de cuentas. Este principio busca garantizar que las decisiones y acciones de los servidores públicos estén orientadas hacia el interés general y el bienestar de la sociedad.

Por otro lado, como ya se vino mencionando en la parte introductoria del presente acápite, los impedimentos para contratar con el Estado son restricciones legales o éticas que se imponen a los servidores públicos para evitar situaciones en las que puedan aprovecharse indebidamente de su posición o favorecer a sí mismos, sus familiares o sus empresas privadas en las contrataciones con el Estado. Estos impedimentos buscan prevenir conflictos de interés y garantizar la transparencia e imparcialidad en los procesos de contratación pública.

Asimismo, la relación entre el principio de moralidad y los impedimentos para contratar con el Estado radica en que ambos tienen como finalidad proteger el interés general y salvaguardar la integridad de la función pública. El principio de moralidad establece una guía ética para la conducta de los servidores públicos, mientras que los impedimentos para contratar con el Estado son mecanismos concretos que buscan evitar situaciones en las que los servidores públicos puedan beneficiarse indebidamente en las contrataciones públicas.

En conjunto, el principio de moralidad y los impedimentos para contratar con el Estado contribuyen a promover una cultura de transparencia, ética y responsabilidad en la función pública. Ambos elementos son fundamentales para prevenir la corrupción, fortalecer la confianza de la ciudadanía en las instituciones y garantizar el adecuado uso de los recursos públicos en beneficio de la sociedad.

Algunos aspectos clave del principio de moralidad en el ámbito de la función pública incluyen las siguientes características⁶:

- Los servidores públicos deben actuar dentro de la legalidad; es decir, acorde con las leyes y normativas aplicables, respetando los derechos y las libertades de las personas. Deben cumplir con sus obligaciones legales y velar por el cumplimiento de la ley en el ejercicio de sus funciones.
- Los servidores públicos deben mantener la integridad en su conducta, siendo esta honesta y recta, evitando cualquier forma de corrupción, soborno, nepotismo, favoritismo o abuso de poder. Deben tomar decisiones imparciales y evitar cualquier conflicto de interés que pueda comprometer su objetividad y la imparcialidad de sus acciones.
- Los servidores públicos deben actuar con transparencia en sus acciones y decisiones, brindando información clara y accesible sobre su gestión. También deben ser responsables ante la sociedad y rendir cuentas por sus actuaciones, sometiéndose a los mecanismos de control y fiscalización establecidos.
- Los servidores públicos deben orientar sus acciones y decisiones hacia el bienestar común y el interés general de la sociedad. Deben actuar en beneficio de la comunidad y promover el desarrollo sostenible, la equidad y la justicia social.

El principio de moralidad busca garantizar la confianza de la ciudadanía en la función pública, promover la eficacia y eficiencia en la gestión estatal, y preservar la integridad y la ética en el ejercicio de la función pública. Es un pilar fundamental para fortalecer la democracia, el Estado de derecho y el buen gobierno.

6.1.1.2. Respetto a las partes sujetas en el impedimento: Funcionario Público y/o Servidor Público

Dentro de la doctrina el término funcionario público puede implicar una relación de empleo de carácter más permanente y estable, generalmente sujeto a un régimen estatutario o de carrera administrativa⁷. Por otro lado, dentro de la doctrina la

⁶ En concordancia con los principios de la función pública, recogidos dentro del artículo 6° de la Ley N° 27815 - Ley del código de ética de la función pública.

⁷ La función pública nace con la Constitución napoleónica del año VIII, a partir del cual los funcionarios eran equivalencia de grado de permanencia, sólo era utilizado para aquellas personas que adquirían la

denominación servidor público abarca una gama más amplia de situaciones laborales, incluyendo empleados con contratos temporales o sujetos a otras modalidades de contratación.

Asimismo, según el nivel de responsabilidad, en algunos contextos, se considera como funcionarios públicos a los nombrados que tienen un mayor nivel de responsabilidad y toma de decisiones, mientras que los servidores públicos pueden referirse a aquellos que desempeñan funciones más operativas o administrativas.

En la legislación laboral peruana, el término servidor público se utiliza de manera amplia para referirse a todas las personas que prestan servicios en el ámbito del sector público. A continuación, se presentan dos definiciones importantes de servidor público en la legislación peruana:

En la ley N° 30057 - Ley del Servicio Civil se considera servidor público a toda persona natural que presta servicios personales remunerados, en virtud de una relación de trabajo, al Estado, a los Gobiernos Regionales, a los Gobiernos Locales y a los organismos constitucionalmente autónomos". Esta definición abarca a los empleados y funcionarios que trabajan en el sector público en todas sus instancias.

Es importante mencionar que el régimen laboral de los servidores públicos en Perú puede variar según la entidad en la que trabajen y el tipo de empleo o cargo que desempeñen. Existen distintos regímenes laborales dentro de la administración pública, como el régimen del Servicio Civil, el régimen laboral de los trabajadores sujetos al Decreto Legislativo N° 276 y otros regímenes especiales aplicables a ciertos sectores o entidades específicas. Cada uno de estos regímenes establece las condiciones laborales, derechos y obligaciones de los servidores públicos que se encuentren en su ámbito de aplicación.

En el contexto del Sistema Nacional de Control en Perú, la definición de servidor público establecido dentro de la Novena Disposición final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se define al servidor público, de forma literal, de la siguiente forma: "toda persona que, en virtud de nombramiento, contrato, designación, elección o cualquier otra forma de

designación como agentes de la Administración, se excluía de dicho término a los elegidos por el pueblo. (PARADA, Ramón, p.p. 357-360)

vinculación, presta servicios remunerados, permanentes o temporales, bajo cualquier modalidad, en el sector público o en entidades privadas sujetas al control y fiscalización de la Contraloría General de la República".

Esta definición es amplia⁸ y abarca a todas las personas que prestan servicios en el sector público, ya sea de forma permanente o temporal, bajo diferentes modalidades de contratación o vinculación. Además, también incluye a las personas que trabajan en entidades privadas que están sujetas al control y fiscalización de la Contraloría General de la República⁹.

A través del análisis de los diferentes conceptos y a fin de tener una definición más restrictiva y garante, se definirá al servidor público como toda persona que en virtud a un vínculo laboral, con característica de ser permanente, presta servicios remunerados, permanentes o temporales bajo las modalidades determinadas dentro de los regímenes públicos vigentes, hasta su cese.

De ahí que, mediante el Oficio.500-5330 se remite un reporte de cargos consignando que, el Capitán de Fragata¹⁰ Dorrego Arias se desempeñó en la Dirección General de Instrucción (Misión de estudios al extranjero), desde el 01 de agosto de 2005, se colige que desde dicha fecha él tenía una relación laboral con la administración pública, así mismo, según Resolución Ministerial N° 267-2010-MINDEF, se le otorga el pase a situación de disponibilidad, por el periodo de un año contabilizados a partir del 24 de marzo de 2010. Al respecto, teniendo en cuenta la naturaleza de la situación de disponibilidad, dicha no extingue la relación laboral entre la Marina de Guerra del Perú con el Capitán Dorrego Arias, solo suspende los efectos jurídicos correspondientes a la prestación de servicios efectiva (empleo) y la remuneración, con la finalidad de tener un concepto jurídico de la situación de disponibilidad, se procederá a analizar el mismo dentro del derecho laboral público.

⁸ Según Guzmán Napurí (2021), la amplitud de la presente definición puede llevar a comportamientos arbitrarios por parte de la Contraloría General de la República al realizar sus sanciones administrativas, ya que pueden incluirse a quienes tienen un vínculo civil con la Entidad.

⁹ Es importante destacar que el Sistema Nacional de Control tiene como finalidad supervisar, fiscalizar y promover la correcta utilización de los recursos y bienes del Estado, así como prevenir y detectar actos de corrupción y cualquier irregularidad en la gestión pública. Por lo tanto, la definición de "servidor público" en este contexto está relacionada con las funciones de control y fiscalización de la Contraloría General de la República sobre las entidades del sector público y las entidades privadas sujetas a su control.

¹⁰ Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP, de fecha 17 de octubre de 2007.

- **Contenido de la Situación de Disponibilidad:**

En el presente capítulo, se brindará un concepto adecuado de lo que es la situación de disponibilidad, ya que hasta la fecha no se le ha dado contenido; por lo cual, a partir de la normativa y la doctrina existente tanto al momento de la comisión de los hechos relevantes (año 2010), como aquella doctrina que persiste en el tiempo, se concluirá con el concepto realizando un disímil del derecho laboral público.

El derecho laboral proporciona protección a los empleados, estableciendo sus derechos y obligaciones, como la remuneración, las horas de trabajo, las vacaciones, la seguridad y salud laboral, entre otros. Estos derechos y obligaciones se aplican tanto a los empleados en el sector privado como a los empleados públicos, aunque se tienen regulaciones específicas para los empleados de la administración pública.

De ahí que, se pueda afirmar que, el derecho laboral se encuentra dentro del ámbito del Derecho Público, ya que establece las normas y regulaciones que rigen las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores. Estas normas laborales suelen ser de carácter imperativo y de orden público, lo que significa que su cumplimiento es obligatorio y busca proteger los derechos de los trabajadores.

Cuando se hace referencia a los regímenes laborales para el sector público, son aquellos en los que la relación laboral se da a partir de dos partes, por un lado, se encuentra la administración pública y, por otro lado, se encuentra el trabajador sujeto a través de una relación laboral a dicha administración pública. Según Salazar Chávez 11, la administración pública la componen los organismos, órganos y personas-órgano, tanto estatales 12, como no estatales,

¹¹ Véase:

[file:///C:/Users/ugmcee_22/Downloads/Ricardo%20Salazar%20Cha%CC%81vez%20El%20Concepto%20de%20Administracio%CC%81n%20Pu%CC%81blica%20en%20la%20LPAG%20Le%202027444%20y%20alguos%20conceptos%20vinculados%20necesarios%20para%20su%20comprensio%CC%81n%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/ugmcee_22/Downloads/Ricardo%20Salazar%20Cha%CC%81vez%20El%20Concepto%20de%20Administracio%CC%81n%20Pu%CC%81blica%20en%20la%20LPAG%20Le%202027444%20y%20alguos%20conceptos%20vinculados%20necesarios%20para%20su%20comprensio%CC%81n%20(1).pdf), p.p. 1-72.

¹² Correspondientes a los cuatro niveles del Estado, es decir, los niveles correspondientes a las circunscripciones políticas establecidas en la Constitución Política, como son los niveles nacional, regional, provincial y distrital, así como de las circunscripciones políticas especiales, tales como la circunscripción de Lima Metropolitana, la circunscripción del Callao u otra.

que ejercen función administrativa del Poder. Es decir que, las personas-órgano, entendidas como aquellas personas naturales que ejercen funciones administrativas, se rigen por diversos regímenes laborales existentes en el derecho público.

Para la presente, debemos analizar cuáles son los regímenes laborales aplicables a la Marina de Guerra del Perú. Para ello, es necesario precisar que, el Ministerio de Defensa¹³ es el ente rector del Sector Defensa, el cual tiene dentro de su organización a las Fuerzas Armadas, el cual a su vez tiene tres instituciones, la Marina de Guerra del Perú, el Ejército del Perú y Fuerzas Aéreas del Perú, los cuales son órganos ejecutores del Ministerio de Defensa, que tienen como finalidad primordial garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial de la República.

En esa línea, según la Gerencia de Políticas de Gestión de Recursos Humanos de SERVIR, los regímenes laborales para servidores públicos en el Perú se dividen en generales, carreras especiales y otros. Los aplicables para los miembros de la Marina de Guerra dentro de los regímenes generales, se encuentran aquellas de carrera, las cuales están contempladas por el Decreto Legislativo N° 276 – Ley de las Bases Administrativas y de remuneraciones del Sector Público¹⁴, y; por otro lado, aquellos denominados sin carrera con vínculo laboral en el cual se encuentran aquellos regidos por el Decreto Legislativo N° 728 (1991) – Ley del Fomento del Empleo¹⁵, y el Decreto Legislativo N° 1057 (2008), correspondiente a la Contratación Administrativa de Servicios – CAS. Asimismo, una de las carreras especiales señaladas es la Militar, la cual está

¹³ Se debe señalar que, al momento de los hechos materia del presente Informe se encontraba vigente la Ley N° 29075 – Ley que establece la naturaleza jurídica, función, competencias y estructura básica del Ministerio de Defensa, la cual fue derogada por la Ley N° 29605 y el Decreto Legislativo 1134, ahora vigente, de lo que se puede verificar que la Marina de Guerra, siempre fue un órgano ejecutor dentro de la organización del Ministerio de Defensa.

¹⁴ Es necesario precisar que, si bien en su Artículo 2, se señala de forma expresa “(...) No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica.”, mediante los artículos 96 y 97° del Decreto Supremo N° 0006-2016-DE, mediante el cual se aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa, y se señala la diferencia entre personal civil y personal militar, en los primeros se aplica el Decreto Legislativo N° 276 y para efectos del segundo grupo, se aplica la Ley N° 28

¹⁵ Los cuales son en principio aplicables para la actividad privada, pero que algunas entidades de la Administración Pública; tales como, el OSCE, INDECOPI, CONASEV, SUNARP y otros, han incluido dentro de su normativa de creación en relación a sus trabajadores.

regulada por la Ley N° 28359 – Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas.



Fuente: Servir- GPGRH

Cabe señalar que, todos esos regímenes mencionados en el párrafo precedente se encuentran inmersos en el derecho laboral público, es decir que las personas que mantienen una relación laboral en alguno de estos regímenes son funcionarios o servidores públicos.

Es necesario definir que si bien la relación laboral, como tal, se compone por remuneración, prestación personal y subordinación para constituirse en una etapa primigenia, también existen situaciones recogidas dentro del ordenamiento general que permiten un suspenso en algunos efectos de la relación laboral, sin que, deje de existir, lo cual debe darse a partir del consenso entre las partes.

Según Feliciano Nishikawa y Diaz¹⁶, la suspensión laboral tiene como sustento el principio de continuidad de la relación laboral, dicho principio se configura a partir de la necesidad de que el trabajador mantenga su fuente de ingresos, y

¹⁶ Feliciano Nishikawa, Magaly y Raquel Diaz Quintanilla "Supuestos de suspensión del vínculo laboral". Lima: Soluciones laborales, Primera edición, febrero 2011. p.p. 8-12.

de esa forma se pueda satisfacer las necesidades de su familia, ello teniendo en cuenta que el vínculo laboral generado, a partir de la relación laboral, permite ejercer una serie de derechos propios de las relaciones sociales. La suspensión tiene dos características esenciales, las cuales deben ser dadas de forma conjunta, la suspensión debe ser temporal y tener una interrupción limitada. Es decir, que debe darse por un lapso de tiempo, solo hasta que la causa que lo haya generado culmine y; la interrupción debe ser precisa y determinada al inicio de la situación suspensiva, por ejemplo, se debe señalar la causa que dio su origen, cabe precisar que las causas que derivan de una suspensión deben entenderse como un listado enunciativo mas no cerrado.

Asimismo, las autoras señalan que en la doctrina y en la práctica existen dos tipos de suspensiones, la suspensión perfecta y la suspensión imperfecta¹⁷; en el caso de la primera se dejan de prestar los servicios por parte del empleado y se deja de pagar la remuneración por parte del empleador, y; en el caso de la segunda, donde solo se suspende la obligación del trabajador de poner a disposición su fuerza de trabajo y aun así se siga percibiendo una remuneración, dentro de estas últimas se encuentran las licencias dadas por Ley, tales como, licencia por paternidad, licencia por maternidad y otros.

Finalmente, cabe precisar que la suspensión no extingue el contrato de trabajo, solo suspende sus efectos, los cuales se reanudan al momento posterior, cuando la causa que le dio origen haya culminado, puesto que, es una irrupción temporal de los efectos de la relación de lo contrario, de ser una causal permanente sería una extinción o cese de la relación laboral. Del mismo modo, se debe aclarar que algunos efectos de la relación laboral se suspendieron, existen obligaciones vigentes, como las éticas¹⁸.

En el caso de la situación militar, se infiere de su propia normativa que la relación laboral inicia con el nombramiento de pertenencia a la institución¹⁹ y el

¹⁷ Lo cual está contenido en el artículo 47° del Decreto Legislativo N° 728, de la siguiente manera: "(..) Se suspende el contrato de trabajo cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral. Se suspende, también, de modo imperfecto, cuando el empleador debe abonar remuneración sin contraprestación efectiva de labores."

¹⁸ Según Feliciano Nishikawa y Díaz, dentro de las obligaciones éticas se encuentran la confianza, fidelidad, lealtad, buena fe, entre otros. Por ello es que, a pesar de la suspensión el trabajador se encuentra impedido de divulgar información confidencial de la Entidad.

¹⁹ Para el caso del personal militar.

vínculo subsecuente a esta es de carácter vitalicio, y solo puede ser retirado por sentencia judicial consentida y ejecutoriada²⁰.

A través del artículo 30 de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas - Ley N° 28359, se estipula que "la situación de disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartada de la situación de actividad"; es decir, que queda interrumpida la relación laboral con la Institución. De lo cual, se puede inferir que dicha situación es temporal.

Asimismo, en el literal C) del artículo 37 se señala que, para el retorno a la situación de actividad, no debe pasar un periodo mayor a 2 años desde que se dio la situación de disponibilidad, cumpliéndose así, el aspecto temporal y la interrupción determinada que contempla la normativa laboral general de la suspensión. Adicional a ello, cabe señalar que, en el ámbito de la Marina de Guerra del Perú es a través de la Resolución Ministerial, a través de la cual se señala la causal y el periodo aceptado por la institución de las Fuerzas Armadas para la situación de disponibilidad.

Mediante el artículo 31° de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, se estipulan 4 causales expresas: A) enfermedad o lesión leve, B) Medida Disciplinaria, C) Sentencia Judicial y D) A su solicitud, cada una explicada en los artículos siguientes, causales que se presumen temporales por estar contempladas dentro de la situación de disponibilidad.

De todo lo anteriormente analizado, llegamos a la conclusión que la situación de disponibilidad es un tipo de suspensión perfecta contemplada por la ley especial, teniendo en consideración su naturaleza, la cual no puede ser dada por un periodo mayor a dos años y contemplándose los plazos para solicitar el regreso a la situación de actividad, asimismo dicha situación no suspende las obligaciones éticas, más aún las ligadas al régimen militar, como el honor y buena imagen de la institución.

Así pues, al ser la situación de disponibilidad una situación de suspensión de los efectos de la relación laboral y no un cese, dicha se encuentra subsumida a la definición de servidor público realizado en el presente punto. Por lo cual, se colige que el Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias, a pesar de

20 Artículo 9° de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas - Ley N° 28359.

encontrarse en la situación de disponibilidad hasta el 24 de marzo de 2011, ello no equivale a un cese y se mantiene el vínculo laboral durante ese tiempo, ya que se mantiene las obligaciones éticas que tiene desde que inició su relación laboral, más aún, teniendo en cuenta que la relación del Capitán con la Marina de Guerra del Perú, tiene carácter vitalicio; es decir, permanente. La cual solo culminaría en caso se dé el cese o se genere el retiro de su cargo por faltas disciplinarias.

De ahí que, el Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias sí se encontraba impedido para contratar con la Marina de Guerra del Perú; por ende, no podía participar en ningún proceso de contratación en el ámbito de la entidad a la que pertenecía, cabe señalar que dicho impedimento se encontraba vigente aún en la situación de disponibilidad. Puesto que, como se demostró el presente impedimento tiene como contenido constitucional lo señalado en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú²¹. Asimismo, cabe señalar que dicho se encuentra relacionado con los principios de moralidad y de transparencia, los cuales se reflejan en el carácter preventivo del presente impedimento.

Habiendo quedado demostrado que el Capitán Dorrego Arias es un servidor público, y todas las obligaciones éticas relacionadas a la misma persisten, por ello, el deber de confidencialidad, buena fe, lealtad y otros siguen vigentes, a pesar de la suspensión laboral dada a través de la situación de disponibilidad, a partir de ello, se considera conveniente determinar si ello vincula a la empresa TESACOM PERÚ S.A.C. de estar impedida a contratar con la Marina de Guerra del Estado.

6.1.2 La responsabilidad objetiva de TESACOM dentro del Procedimiento Administrativo Sancionador

En nuestro país, la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas se encuentra actualmente regulada en el Código Penal y en la Ley N° 30424, Ley de Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de

²¹ Según el autor citado por el Dr. Chocano Davis, la reserva de ley establecida por ley se extiende a los impedimentos para ser participante, postor, contratista y subcontratista; por lo cual, deben estar contenidos en la normativa de rango legal, lo cual se cumple con la estipulación de dichos mediante el Decreto Legislativo N° 1017. p.p.39 (2019)

Cohecho Transnacional. Estas normas establecen los criterios y condiciones bajo las cuales una persona jurídica puede ser considerada responsable de delitos cometidos en su nombre o en su beneficio.

La responsabilidad objetiva de las personas jurídicas implica que la responsabilidad penal o administrativa se atribuye a la propia entidad, independientemente de la culpabilidad o conocimiento de las personas físicas que la componen. Esto significa que la persona jurídica puede ser sancionada por delitos cometidos por sus representantes legales, directivos, empleados u otros agentes en el ámbito de su actividad empresarial, incluso si la persona jurídica no tuvo conocimiento o participación directa en el delito.

Por su parte, la Ley de Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Transnacional establece el régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en casos de cohecho transnacional. Esta ley establece sanciones administrativas, como multas, decomiso de bienes, inhabilitación para contratar con el Estado, entre otras.

Es importante destacar que la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas no implica que las personas físicas queden exentas de su propia responsabilidad penal o administrativa. En caso de que se demuestre la comisión de un delito por parte de una persona física que la represente, esta puede ser sancionada individualmente, además de la posible responsabilidad que recaiga sobre la persona jurídica.

Así pues, la responsabilidad objetiva en el marco del derecho administrativo sancionador se refiere a la imputación de responsabilidad a una persona o entidad sin requerir la demostración de culpabilidad o negligencia por su parte. En este tipo de responsabilidad, la sola ocurrencia de determinados hechos o la verificación de ciertas condiciones establecidas en la normativa es suficiente para atribuir responsabilidad y aplicar sanciones administrativas.

A diferencia de la responsabilidad subjetiva, donde se debe demostrar la culpa o la intención del infractor para imponer una sanción, la responsabilidad objetiva se basa en la existencia de una relación causal directa entre la conducta del infractor y el resultado o daño producido, prescindiendo de consideraciones subjetivas. En otras palabras, se presume que la persona o entidad es responsable de manera automática al constatarse la existencia de la infracción o incumplimiento, sin requerir una valoración subjetiva adicional.

La responsabilidad objetiva se aplica en casos en los que la protección del interés público y la prevención de conductas prohibidas son prioritarias sobre la determinación de la culpabilidad individual. Esto puede deberse a la naturaleza de la normativa aplicable, que busca evitar riesgos o daños a terceros, como en el ámbito de la seguridad pública, la protección del medio ambiente o la regulación de actividades peligrosas.

Es importante destacar que la responsabilidad objetiva no implica que no existan garantías procesales ni posibilidad de defensa para el presunto infractor. Aunque no se requiere demostrar culpabilidad, se debe garantizar el derecho a ser escuchado, el acceso a la información y los medios para presentar pruebas y argumentos en su defensa. No obstante, el enfoque se centra en la constatación objetiva de la infracción y la aplicación de las sanciones correspondientes.

Así pues, consideramos que es menester hablar en este punto del informe del principio de causalidad; puesto que, la responsabilidad objetiva debe ser concordante y consecuente con el principio de causalidad dentro del procedimiento administrativo sancionador. Según lo señalado en la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, el principio de causalidad establece que existe una relación directa y adecuada entre la conducta del presunto infractor y las consecuencias que se derivan de dicha conducta. En otras palabras, el principio de causalidad establece que para que se pueda imponer una sanción administrativa, debe existir una conexión causal entre la conducta del infractor y el daño o la infracción cometida.

Este principio busca garantizar que las sanciones administrativas sean proporcionales y justas, evitando que se impongan sin una base causal clara, limitando la discrecionalidad preexistente de la Administración Pública. Para que se aplique el principio de causalidad, es necesario demostrar que la conducta del infractor ha sido la causa directa y adecuada de las consecuencias o daños que se le imputan.

Es importante tener en cuenta que el principio de causalidad puede variar en su aplicación según la legislación específica de cada país o jurisdicción, así como en el ámbito específico al que se refiera el procedimiento administrativo sancionador. Por lo tanto, es necesario revisar la legislación vigente y la jurisprudencia aplicable para comprender cómo se interpreta y aplica el

principio de causalidad en el contexto específico del procedimiento administrativo sancionador en cuestión.

Así pues, diferimos con la opinión señalada por el Tribunal de Contrataciones del Estado a partir de la emisión del acto administrativo contenido en la Resolución N° 1990-2013-TCE, de fecha 10 de setiembre de 2013, mediante la cual señalan que ejercer la potestad administrativa utilizando la naturaleza jurídica de la responsabilidad objetiva del presunto infractor es inconstitucional, cuando cabe señalar que dentro de la LPAG se contemplaba en el artículo 230° denominada los principios del procedimiento administrativo sancionador, en su numeral 8, el principio de causalidad, el cual señalaba que: “, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.”, el cual tiene como base los principios del procedimiento administrativo, tales como, legalidad, razonabilidad, y debido procedimiento , así como, los principios de Moralidad, Libre Concurrencia y Competencia y, Trato Justo e Igualitario, contenidos en el Decreto Legislativo N° 1017, vigente al momento de los hechos.

De ahí que, el principio de causalidad es concordante con la normativa en el año 2010, ya que el límite a la potestad administrativa sancionadora se vería limitada en tanto, la infracción sancionable no se encuentre tipificada o, quién realiza u omite la conducta que se pretende desincentivar, no sea el mismo sujeto al que se le presume infractor.

Adicional a ello, a través de los precedentes existentes y emitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, respecto a la aplicación del literal d) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, se puede dar una trazabilidad en cuanto a la aplicación de la responsabilidad objetiva.

INICIO INHABIL.	FIN INHABIL.	PERIODO	RESOLUCIÓN	FEC. RESOLUCIÓN	OBSERVACIÓN
26/05/2011	25/12/2011	SIETE MESES	694-2011-TC-S2	25/04/2011	Confirmada mediante la Resolución N° 872/2011.TC-S2.
30/05/2011	29/05/2012	DOCE MESES	742-2011-TC-S2	29/04/2011	Confirmada mediante la Resolución N° 887/2011.TC-S2.
15/06/2011	14/06/2012	DOCE MESES	827-2011-TC-S4	17/05/2011	Confirmada mediante la Resolución N° 1013/2011.TC-S4.

Ello a fin de brindar contenido a lo estipulado en el literal i) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017: “en el ámbito y tiempo establecidos para las

personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales, sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes”. De ahí que, se colija de la necesidad de coexistencia del presente literal con otro precedente al mismo, en el presente caso el literal d), el cual fue analizado en el acápite precedente.

Es así que, siguiendo la línea del análisis, al ser TESACOM PERU S.A. una persona jurídica y estar dentro de lo estipulado dentro de la responsabilidad objetiva estipulada dentro de la normativa vigente, es su Gerente General quién al estar impedido, genera el impedimento hacia TESACOM, en tanto dicho sea el representante.

6.1.3. Sobre la configuración de las infracciones

Las sanciones administrativas se configuran de acorde a la legislación vigente al momento de darse los hechos concomitantes. Los elementos que pueden configurar las sanciones administrativas, son los siguientes según la doctrina:

- La tipificación de la infracción está vinculada a la comisión de una infracción específica establecida en la normativa correspondiente. En el presente caso, se encontraba tipificado en los literales d) e i) del artículo 51° del Decreto Legislativo N° 1017.
- La gravedad de la infracción influye en la configuración de la sanción administrativa, luego de verificarse la configuración de la infracción y la inexistencia de extenuantes de la misma.
- Los criterios de graduación pueden incluir factores como la reincidencia, la intencionalidad, el daño causado, el beneficio obtenido ilegalmente, entre otros. Los criterios de graduación permiten ajustar la sanción en proporción a la magnitud de la infracción cometida.
- La proporcionalidad está relacionada con la infracción cometida, ello implica que la sanción debe ser adecuada y no excesiva en relación con la gravedad y el impacto de la conducta infractora. La proporcionalidad busca evitar sanciones desproporcionadas o arbitrarias.

- Las garantías procesales deben ser respetadas a lo largo del procedimiento desde que dicho se dio por iniciado de oficio; entre dichas se encuentra el derecho a la defensa, la contradicción, la motivación de las resoluciones y el acceso a la vía de recurso. Los procedimientos administrativos sancionadores deben asegurar un debido proceso y un ejercicio efectivo de los derechos de los presuntos infractores.

En el contexto de la presentación de información inexacta ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, se establecen sanciones administrativas específicas. Estas sanciones están reguladas principalmente en la Ley de Contrataciones del Estado 22y su reglamento.

Ahora bien, a través de la denuncia ingresada por el representante legal TESAM S.A., el cual fue oficializado por el Tribunal de Contrataciones del Estado, mediante el decreto de fecha del 24 de julio de 2012, el Tribunal dispuso el inicio de procedimiento sancionador contra la empresa TESACOM PERU S.A.C., por su presunta responsabilidad al haber presentado el anexo 03 (Declaración Jurada del artículo 76 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado) documento supuestamente falso o inexacto, presentado como parte de su propuesta técnica.

Dicho inicio se dio por supuesta responsabilidad al haber suscrito el Contrato, pese a estar impedido para contratar con el Estado de acuerdo a lo establecido en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (Ley vigente al momento de los hechos), ambas infracciones cometidas dentro del marco del correspondiente a la Adjudicación Menor Cuantía AMC-016-2010-MGP/DIRTEL derivada de la Licitación Pública LP-0008-2010-MGP/DIRTEL “Implementación del Puesto de Comando y Control del Comando Operacional Marítimo”, convocado por la Marina de Guerra del Perú – Dirección de Telemática, y se le otorgó el plazo de diez (10) días para que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, en caso de incumplimiento.

Siguiendo el análisis precedente, en referencia al literal d) del artículo 237 del Reglamento (vigente al momento de los hechos), se establecía que es pasible de sanción el proveedor, participante, postor y/o contratista que contrate con el

²² Actualmente, en el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado - Ley N° 30225.

Estado estando impedido para ello, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 10 de la Ley, por tal sentido; para que se configure la infracción imputada contra el Postor, éste tendría que haber contratado de manera efectiva con la Entidad.

Asimismo, el artículo 42 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (vigente al momento de los hechos) establece que todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es *juris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos.

Así pues, se verifica²³ que el Capitán de Fragata, Jorge Dorrego Arias en representación de TESACOM PERU S.A. presenta la propuesta técnica-económica el 15 de octubre de 2010, otorgándose la Buena Pro el 18 de octubre y, posteriormente, el 29 de octubre de 2010 se suscribe el contrato correspondiente del proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL, configurándose así las infracciones señaladas tipificadas en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

Ahora bien, al presentar la Declaración de no tener impedimento para contratar con el Estado, contenida mediante el Anexo N° 03, se configura la presentación de documentación inexacta, teniendo en cuenta que, dicha supone la presentación de documentos no concordantes o congruentes con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta; en el presente procedimiento puede evidenciarse ello, ya que se presentó una declaración de no estar impedido, cuando la Ley de forma expresa señala que existía impedimento para los servidores públicos y para aquellos apoderados que tengan algún impedimento.

Con ello se da el quebrantamiento de los Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título

²³ Búsqueda realizada en el Seace 2.0. De fecha 15 de abril de 2023.

Preliminar, y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Atendiendo a la naturaleza de las infracciones estipuladas, dichas procuran la desincentivación de las conductas contenidas como tales, para lo cual prevé sanciones de inhabilitación, las cuales revisten de considerable gravedad. Así pues, al ser la infracción referida a la presentación de documentación inexacta vulnera el Principio de Moralidad que debe regir a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas, conforme a lo prescrito en el literal b) del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1017. De igual forma, la infracción referida a contratar con el Estado vulnera la objetividad que debe imperar en los procesos de contrataciones realizados por el Estado, acorde con el Principio de Imparcialidad, dispuesto en el literal del artículo 4 de la Ley; así como, el Principio de Libre Concurrencia y Competencia, la cual determina que deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores, y finalmente el principio de Trato Justo e Igualitario, contemplado en el mismo artículo del Decreto Legislativo, la cual fue definida por el legislador como el brindar condiciones semejantes a todo postor de bienes, servicios o de obras, prohibiendo la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

En tal sentido, habiéndose demostrado la configuración de la infracción, correspondería la graduación de la sanción la cual, para el presente caso, estaba contemplada como sanción administrativa de inhabilitación para ser postor y contratar con el Estado por un periodo no menor de un año ni mayor de tres años para el caso de ambas infracciones imputadas, correspondiendo los criterios contemplados en el artículo 245 del Reglamento.

6.1.4 Sobre la vulneración de la predictibilidad a partir de la emisión de la Resolución N° 1990-2013-TCE-S1

El principio de predictibilidad en el procedimiento administrativo se refiere a la necesidad de que las actuaciones de la administración pública sean predecibles y transparentes para los ciudadanos y los interesados en un procedimiento determinado. Este principio busca garantizar la seguridad jurídica y evitar la arbitrariedad en las decisiones administrativas.

La predictibilidad implica que los procedimientos administrativos deben estar regulados por normas claras, precisas y accesibles, de manera que los

ciudadanos puedan conocer con anticipación cuáles son sus derechos y obligaciones, así como los pasos que se seguirán en el desarrollo del procedimiento. Esto permite que los interesados puedan prever las consecuencias de sus acciones y ejercer su derecho a la defensa de manera efectiva.

Además, el principio de predictibilidad implica que las decisiones administrativas deben estar fundamentadas en criterios objetivos y razonados, evitando la arbitrariedad y la discrecionalidad. La administración pública debe actuar de manera coherente y consistente en la aplicación de las normas y en la toma de decisiones, evitando cambios bruscos o inesperados que puedan generar incertidumbre o desprotección de los derechos de los ciudadanos.

La predictibilidad también está relacionada con la publicidad y la transparencia en el procedimiento administrativo. Las actuaciones de la administración deben ser accesibles y comprensibles para los interesados, de manera que puedan conocer el estado del procedimiento, los plazos, las resoluciones adoptadas y los fundamentos que las sustentan. Esto contribuye a generar confianza en la actuación de la administración y permite un mayor control por parte de los ciudadanos sobre las decisiones que les afectan.

En resumen, el principio de predictibilidad en el procedimiento administrativo busca garantizar que las actuaciones de la administración sean predecibles, transparentes y fundamentadas en normas claras. Esto contribuye a la seguridad jurídica, evita la arbitrariedad y permite a los ciudadanos ejercer sus derechos de manera efectiva.

6.1.4.1. Respetto a la Opinión N° 045-2013/DTN

Sobre la interpretación de la Opinión N° 045-2013/DTN es importante tener en cuenta que, la interpretación debe realizarse con prudencia y cautela. No se puede aplicar de manera indiscriminada o arbitraria. Se requiere que exista una verdadera similitud entre la situación prevista y la situación no prevista, de manera que sea razonable y justificable extender la norma a esta última.

En resumen, la interpretación en el procedimiento administrativo sancionador permite aplicar una norma existente a una situación no expresamente regulada, pero similar, con el objetivo de asegurar una interpretación coherente y justa

de la normativa. Sin embargo, su uso debe ser cauteloso y siempre respetando los límites establecidos por la ley.

De ahí que, podemos señalar que el TCE solo podía utilizar la analogía como método de interpretación mientras no existiera prohibición y en tanto, no existiera dentro de la normativa una situación similar que, permita brindar una decisión de una forma determinada a fin de no ir contra el principio de predictibilidad, seguridad jurídica y, por ende, legalidad.

Dentro de la Resolución N° 1990-2013-TCE, la primera sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, se señala que como en la Opinión N° 045-2013/DTN, señala que los oficiales y suboficiales que se encuentren en situación de actividad están impedidos según lo estipulado dentro del literal d) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 1017), y al ser la opinión vinculante según Sesión Ordinaria N° 008-2013/OSCE-CD, la cual señala que las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa se encuentran en segundo nivel de la estructura normativa del OSCE. De dicho argumento realizan una interpretación analógica al presente caso, señalando que no se hace referencia al impedimento contenido en el literal d) sobre la situación de disponibilidad, porque se entiende que dicho no existe.

3 CONCLUSIONES

- 3.1 El personal de la Policía Nacional del Perú, conformado por oficiales y suboficiales que se encuentren en situación de “*actividad*”, así como el cónyuge, conviviente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de tales personas, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas respecto a los procesos de contratación que esta Entidad realice.
- 3.2 El personal de la Policía Nacional del Perú en situación de “*actividad*” o de “*disponibilidad*”, se encuentra impedido en virtud del literal l) del artículo 10 de la Ley de ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría convocados por las Entidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, a excepción del servicio de apoyo al serenazgo a cargo de los gobiernos locales, siempre que se realice en el uso de vacaciones u horas o días de descanso.

Jesús María, 30 de mayo de 2013

Cabe señalar en este punto, que si bien las opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa tenían un efecto vinculante, dichas podían ser variadas; es decir, podían modificarse según la consulta inicial realizada por el administrado, y no correspondía realizar una interpretación por analogía para el caso de la situación de disponibilidad sobre el literal d) en el caso de impedimentos, porque en la Opinión N° 045-2013/DTN no se niega de forma expresa la

existencia del impedimento en el caso de los oficiales o sub oficiales en situación de disponibilidad.

Adicional a ello, si existía normativa de rango legal que, podía ser aplicada para el caso en cuestión, sin necesidad de hacer interpretación analógica de una normativa interna que no brindaba una motivación debida para el caso concreto.

Es así que, a través de la Novena Disposición Final de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República se brinda una definición de servidor o funcionario público, para los efectos de la citada Ley, entendiendo por tal a “todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las Entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales Entidades”.

Por lo cual, al ser la situación de disponibilidad una suspensión y que, como tal se mantiene el vínculo laboral y, no se pierde la condición de servidor público, afirmando que se estaba dentro del supuesto señalado por el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1017.

6.1.4.2. La teoría de los actos propios

Dentro del derecho administrativo peruano, la teoría de los actos propios es reconocida y aplicada como un principio general del derecho administrativo. La teoría de los actos propios establece que una entidad administrativa no puede contradecir sus propios actos anteriores cuando se ha generado una expectativa razonable en un particular basada en dichos actos.

Dicha teoría encuentra su fundamento en el principio de confianza legítima y en el respeto a los derechos fundamentales de los administrados. El Tribunal Constitucional del Perú ha reconocido la aplicabilidad de esta teoría en diversas sentencias, estableciendo que las entidades administrativas deben respetar los derechos adquiridos, la seguridad jurídica y la buena fe de los ciudadanos.

La teoría de los actos propios implica que una entidad administrativa no puede cambiar repentinamente su posición o actuar en contra de sus propios actos

cuando esto perjudica a un particular que ha confiado legítimamente en dichos actos. Esto significa que una entidad administrativa no puede exigir a un administrado el cumplimiento de una obligación que ha sido tácitamente aceptada o reconocida anteriormente por la propia entidad.

La aplicación de la teoría de los actos propios en el derecho administrativo peruano busca garantizar la estabilidad de las relaciones jurídicas entre la administración pública y los ciudadanos, así como preservar la confianza en el accionar de la administración y en la seguridad jurídica. Sin embargo, es importante tener en cuenta que esta teoría no es absoluta y puede estar sujeta a excepciones y límites en situaciones específicas, como el interés público prevalente o la ilegalidad manifiesta de los actos anteriores.

Dentro del contenido que motivo la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, los miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado señalan que, el acto administrativo materia del recurso de reconsideración no ha tomado en cuenta lo señalado mediante el Comité de Apelaciones en materia de contrataciones de la Marina de Guerra del Perú; sin embargo, dicho documento si bien señala que no existe impedimento por parte del Capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias, a pesar que mediante Informe Jurídico del área legal de la Marina de Guerra se señaló de forma expresa que si existía impedimento por parte del Capitán.

Adicional a ello, los propios miembros de la Sala 1 del Tribunal de Contrataciones del Estado van contra los precedentes emitidos por el órgano de línea al que pertenecen; tales como, la Resolución. N° 694-2011-TCE-S2, 25 de abril de 2011; la Resolución N° 742-2011-TC-S2, 29 de abril de 2011; y la Resolución N° 827-2011-TC-S4, 17 de mayo de 2011, a través de las cuales se determinó la comisión de infracciones por parte de TESACOM PERU S.A., en diversos procesos de contratación, en los cuales el mismo Capitán Dorrego Arias sin estar en situación de disponibilidad y aun siendo parte del accionariado de la persona jurídica decidió contratar con la Marina de Guerra del Perú, con la misma Dirección de Telemática y, teniendo la posibilidad de conocer de dichos procesos al ser parte de la entidad y tener acceso al Plan Anual de Contrataciones- PAC, de la Marina de Guerra del Perú, ello al emitir la Resolución materia de análisis, la cual fue contradictoria con el acto administrativo contenido en la Resolución N° 1737-2013-TC.S1.

VII. CONCLUSIONES

- ✓ El Derecho Laboral Público y el Derecho Administrativo pertenecen al Derecho Público, el cual tiene como base el interés público o interés general en beneficio y/o búsqueda del bien común; por lo cual, si se requiere de alguna concatenación de interpretación para dar contenido a una denominación, como la de la situación de disponibilidad como suspensión perfecta de los efectos de la relación laboral existente entre el Capitán²⁴ Jorge Dorrego Arias , debió de realizarse con la finalidad de brindar una motivación debida, dándole mayor valor al acto administrativo emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

- ✓ Consideramos que los miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado que emitieron la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 actuó conforme a derecho en tanto sí se había configurado la infracción al realizarse los hechos comitentes a partir de la presentación de la Declaración de no tener impedimentos para contratar con el Estado, denominado Anexo N° 3 y la posterior suscripción del contrato, contenidos en brindar información inexacta y/o falsa ante la Marina de Guerra del Perú , conforme a lo establecido en el artículo 10° y 51° del Decreto Legislativo N° 1017. Sin embargo, consideramos que no debieron dar sustento principal a las sanciones cometidas por el Capitán Jorge Dorrego Arias, sino a las actuaciones que generaron dichas actuaciones, pues dichas si denotan la continuidad del actuar contrario a la normativa de contrataciones vigente al momento de los hechos; así como se debió mencionar más respecto a las ventajas del cargo que poseía al momento de formado el Comité de Selección para la Licitación Pública de la que deviene la Adjudicación de Menor Cuantía materia del presente análisis.

- ✓ Los miembros de la Sala 1 del Tribunal de Contrataciones del Estado contaban con las herramientas necesarias para realizar una interpretación conforme a derecho, a fin que no se vea vulnerado el principio de predictibilidad, al generar la contradicción de preceptos y declarar contra sus actos propios, al señalar que la aplicación de la responsabilidad objetiva era inconstitucional, cuando casi la totalidad de sus actos administrativos optaban por ese tipo de naturaleza jurídica de la responsabilidad del infractor dentro del procedimiento administrativo sancionador.

²⁴ A la fecha de la comisión de los hechos materia del presente análisis.

- ✓ El proceder del presunto infractor no era correcto en el sentido de pretender que se realice una interpretación por analogía de la Opinión N° 045-2013/DTN, y que se dé una desvirtuación del significado de su situación de disponibilidad, la cual generaría un acto administrativo a su favor.
- ✓ La Resolución N° 1990-2013-TC-S1 vulneró el principio de legalidad contenido en el punto 1.1. del numeral 1 del Artículo IV de la Ley de Procedimiento Administrativo General, en tanto no se actuó en buscar el preavalecimiento del contenido del respeto a la Constitución, al no dar contenido a lo determinado mediante el artículo 76 de la Carta Magna.
- ✓ La potestad sancionadora generó una omisión material al no realizarse una interpretación sistemática y conforme a derecho, en relación al impedimento y su contenido esencial.
- ✓ No era correcto que, los miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado dispongan el déjese sin efecto de la sanción y actuaciones realizadas mediante el acto administrativo contenido en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, de fecha 12 de agosto de 2013, ya que dicho equivalía a una revocación de todos los actuados, con lo que se determina que habiéndose examinado el fondo del procedimiento ya no pueda existir una acción posterior a esta pues no existe retroactividad a partir de determinada la revocación de oficio, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la nulidad.
- ✓ Adicional a ello, al haberse emitido un resultado favorable para la parte supuestamente infractora, no iba a realizar esta última acción alguna para cambiar lo emitido ya que, ante la no existencia de vulneración de ningún derecho, se entiende por culminada cualquier actuación posterior.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- 1) Blancas Bustamante, Carlos “Derecho Constitucional”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 7.127 p. p.
- 2) Boyer Carrera, Janeyri. “EL DERECHO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y EL SERVICIO CIVIL: NOCIONES FUNDAMENTALES / JANEYRI BOYER CARRERA.”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.185 p. p.
- 3) Chocano Davis, Christian. “Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana”. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. RDA 18. 2019. 35-65 p.p.
- 4) Constitución Política del Perú de 1993.
- 5) Decreto Legislativo N° 1017- Ley de Contrataciones del Estado.
- 6) Decreto Supremo N° 033-2005-PCM -Reglamento de la Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- 7) Feliciano Nishikawa, Magaly y Raquel Diaz Quintanilla “Supuestos de suspensión del vínculo laboral”. Lima: Soluciones laborales, Primera edición, febrero 2011. 294 p.p.
- 8) Guzmán Napuri, Christian “El Procedimiento Administrativo Sancionador”. Lima: Instituto Pacífico. Primera Edición – noviembre 2021. 703 p.p.
- 9) Guzmán Napuri, Christian “El Procedimiento Administrativo General – Tomo I”. Lima: Instituto Pacífico. Primera Edición – octubre 2020. 544 p.p.
- 10) Guzmán Napuri, Christian “El Procedimiento Administrativo General – Tomo II”. Lima: Instituto Pacífico. Primera Edición – octubre 2020. 527 p.p.
- 11) Ley N° 27825 – Ley del Código de Ética de la Función Pública.
- 12) Navarro Gonzáles, Rocío M. “La motivación de los actos administrativos”. España: Thomson Reuters Aranzadi. Primera Edición. 2017. 41-196 p.p.
- 13) Navas Rondón, Carlos “Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado”. Lima: Gaceta Jurídica. Primera Edición, mayo 2013. 830 p.p.
- 14) Navas Rondón, Carlos “Responsabilidades y Sanciones de las Contrataciones Públicas”. Lima: S.N. mayo 2011. 1-312 p.p.
- 15) Opinión N° 045-2013/DTN, de 30 de mayo de 2013.
- 16) Parada Ramón “Derecho Administrativo II: Organización y empleo público”. Madrid/Barcelona/ Buenos Aires: Marcial Pons. Vigésima Primera Edición. 2010. 353-576 p.p.

- 17) TUO de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley 30225, y sus modificatorias.
- 18) TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General.

IX. ANEXOS

Resolución. N° 694-2011-TCE-S2, 25 de abril de 2011.

Resolución N° 742-2011-TC-S2, 29 de abril de 2011.

Resolución N° 827-2011-TC-S4, 17 de mayo de 2011.

Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP, de fecha 17 de octubre de 2007.





Resolución N° 1990-2013-TC-S1

Sumilla : *“Las Opiniones emitidas por la Dirección Técnica Normativa se encuentran en el Segundo Nivel de la Estructura Normativa del OSCE y que éstas, en virtud de la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, tienen carácter vinculante desde su publicación en la web, en tanto no sean modificadas por otra opinión o norma legal”.*

Lima, 10 de setiembre de 2013

VISTO, en sesión de fecha 10 de setiembre de 2013 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 497/2012.TC respecto al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa TESACOM PERU S.A.C. contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, expedida el 12 de agosto de 2013, que dispuso imponerle inhabilitación temporal de trece (13) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; oído los informes orales en la Audiencia Pública el 4 setiembre de 2013, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 1737-2013-TC-S1 de fecha 12 de agosto de 2013, la Primera Sala del Tribunal dispuso sancionar a la empresa TESACOM PERU S.A.C. con inhabilitación temporal por el período de trece (13) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley.

Los principales fundamentos de dicho acto administrativo son:

Respecto a la causal de infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley

- a) En atención a los criterios recogidos por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure, constituye mérito suficiente acreditar que la persona que contrató con el Estado se encontraba impedida para ello, conforme a lo establecido en el artículo 10 de la Ley.
- b) El impedimento establecido en el literal d) del artículo 10 de la Ley se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de las personas naturales que la integran en las contrataciones que dicha Entidad lleve a cabo para satisfacer sus necesidades, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y, en última instancia, la idoneidad de las contrataciones. Dicho impedimento es aplicable indirectamente, en el ámbito y tiempo establecidos para dichas personas, a las personas jurídicas cuyos **integrantes de los órganos de**



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

administración, apoderados o representantes legales sean las personas antes detalladas.

- c) De la revisión efectuada a la Partida Registral N° 11797258, se aprecia que en el Asiento B00001, por Junta General de Accionista el 26 de abril de 2007, cuyo título fue presentado el 4 de mayo de 2007 e inscrito en Registros Públicos el 22 de mayo de 2007, se nombró al señor Jorge Adrián Dorrego Arias como Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C.

Además, se observa que en el Asiento C00003, por Junta General de Accionista el 26 de diciembre de 2011, cuyo título fue presentado el 11 de enero de 2012 e inscrito en Registros Públicos el 18 de enero de 2012, se aceptó la renuncia del señor Jorge Adrián Dorrego Arias al cargo de Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C., a partir del 31 de enero de 2012.

Asimismo, se advierte que, mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo de 2010, se dispuso *"Pasar a la Situación Militar de Disponibilidad por la causal de "a su solicitud", al Capitán de Fragata Jorge Adrián DORREGO Arias, CIP 00897772 y DNI 43377495, a partir de la fecha de expedición de la presente Resolución, por el periodo de DOS (02) años"*.

- d) En los casos de los miembros de las Fuerzas Armadas, el criterio asumido debe ser entendido en función de los particulares elementos que caracterizan la organización interna de los Institutos Armados, puesto que si bien aquellos propiamente no forman parte de la carrera administrativa del Sector Público, ello no significa que no puedan ser calificados como funcionarios públicos o servidores públicos, sino solo que su actuación es regulada por un régimen distinto, régimen que se encuentra conformado principalmente por la Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG, y del Decreto Supremo N° 019-2004-DE-SG, que aprueba el Texto Único Ordenado de Situación Militar de personal de técnicos, Suboficiales y Oficiales de Mar de las Fuerzas Armadas del Perú.
- e) Conforme a lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley N° 28359, el estado de disponibilidad solo supone que el oficial se encuentra temporalmente apartado del servicio activo en su institución, mas no supone una terminación o apartamiento definitivo de esta, como efectivamente ocurre en la situación de retiro.
- f) Se aprecia que el señor Jorge Adrián Dorrego Arias, al momento de suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina de Guerra del Perú (29 de octubre de 2010), tenía la calidad de funcionario o servidor público y, en consecuencia, la empresa TESACOM PERU S.A.C. se encontraba, impedida de contratar con el Estado, al ser dicha persona parte de su órgano de administración, pues éste ostentaba el cargo de Gerente General.

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

Respecto a la causal de infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley

- g) La documentación inexacta supone la presentación de documentos no concordantes o congruentes con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta, a través del quebrantamiento de los *Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad*, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar, y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- h) El Contratista presentó el documento denominado "Anexo N° 03 – Declaración Jurada (Art. 42 de las especificaciones del contenido de los sobres de la propuesta" de fecha diciembre de 2010, declarando no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley, conteniendo así información inexacta, debido a que el Contratista, a la fecha en la cual suscribió la referida Declaración Jurada, se encontraba impedida de participar en el proceso y posteriormente contratar con el Estado.
2. Mediante escrito presentado el 19 de agosto de 2013, la empresa TESACOM PERU S.A.C., en adelante la Impugnante, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1.

Como sustento de su impugnación, indica lo siguiente:

Respecto la situación de disponibilidad y categoría laboral del Sr. Dorrego

- a) La Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza señala en su artículo 6 la clasificación de funcionarios públicos, no señalándose a los oficiales de las fuerzas armadas dentro de esta categoría. Por otro lado, en el artículo 6 de la Ley de la Carrera Administrativa del Sector Público, se señala que *"las normas de la presente ley son aplicables como régimen general a todos los servidores públicos comprendidos en regímenes especiales de carrera administrativa creadas por ley, salvo en los casos que contravengan disposiciones específicas propias de la estructura de dichas carreras"*. Ello guarda relación con lo indicado en la segunda disposición complementaria y transitoria de la misma ley, la cual señala que *"quedan reconocidas como carrera especiales dentro de la administración pública (...) la carrera del personal militar"*.
- b) A partir de lo antes indicado, se puede afirmar que un oficial de las Fuerzas Armadas es un servidor público, razón por la cual y de acuerdo a la norma citada se le aplica, además de las normas propias de su entidad, la referida ley; por tanto, los oficiales de las fuerzas armadas cumplen, dentro del aparato público, una determinada función a través de un empleo caracterizado por la prestación personal, la subordinación y la remuneración de su trabajo, razón por la cual resultaría imposible referirse a un servidor público sin alguna de estas características.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

- c) La transitoriedad, característica de la situación de disponibilidad, está referida a que dicha situación no puede mantenerse en forma permanente; es decir, en algún momento el oficial en situación de disponibilidad tendrá que optar por volver a la institución militar o apartarse definitivamente de ella solicitando su pase al retiro, reiniciándose una relación laboral solo en el primer caso.
- d) El Tribunal compara la situación de disponibilidad con la de retiro; sin embargo, dicha aseveración no se ajusta a lo establecido en la Ley N° 28359, puesto que el oficial en situación de retiro, salvo en una causal por la cual pasó a dicha situación, sigue manteniendo vínculo con la institución castrense. Así, tanto en la situación de actividad, disponibilidad o retiro existe un vínculo entre el oficial y la institución armada, el cual sólo es roto cuando éste ha sido pasado a situación de retiro por alguna de las causales establecidas en el artículo 44 de la referida norma. Es decir, si bien ya no cuentan con un empleo dentro de su institución, siguen perteneciendo a ella; de lo contrario, no mantendría el grado militar con el que contaba al momento del retiro con las atribuciones inherentes a éste establecidas en el artículo 6 de la norma en mención¹, dicho artículo no sólo establece las atribuciones del grado, las cuales comprueban que el vínculo con la institución castrense se mantiene, sino que además precisan que es en la situación de actividad, no en otra, existe derecho al empleo y mando, quedando obligados a su ejercicio.
- e) De acuerdo a lo establecido en los artículos 44², 57³ y 59⁴ de la Ley N° 28359, queda claro que lo general en la situación de retiro es el hecho que el vínculo con la Entidad

¹ Artículo 6.- Atribuciones al grado militar

Son atribuciones inherentes al grado: los honores, tratamiento, preeminencias, remuneraciones y demás beneficios determinados por la ley sobre la materia. El grado en la situación de actividad otorga derecho al mando y al empleo, obligando a su ejercicio.

² Artículo 44.- Causales de retiro

El Oficial pasa a la situación de retiro por cualquiera de las siguientes causales:

- A) Límite de edad en el grado.
- B) Cumplir treinta y cinco (35) años de servicios.
- C) Renovación.
- D) Enfermedad o incapacidad sicosomática.
- E) Límite de permanencia en situación de disponibilidad.
- F) Medida disciplinaria.
- G) Insuficiencia profesional.
- H) Sentencia judicial.
- I) Ceser en el cargo de Jefe del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas o de Comandante General de cada una de las Instituciones Armadas.
- J) Límite de veces sin alcanzar vacante en el Proceso de Ascenso.
- K) A su solicitud.

³ Artículo 57.- Prerrogativas en situación de retiro

"El Oficial General y/o Almirante en situación de retiro, conserva el goce de los honores, preeminencias, tratamientos y otros goces correspondientes a su grado en situación de actividad, con excepción del Oficial comprendido en el literal H) del artículo 44 de la presente Ley (...)"

⁴ Artículo 59.- Pérdida de la condición de militar

El retiro del grado militar, honores, remuneración o pensión, en atención a las previsiones constitucionales en la materia, comporta la pérdida de la condición de militar; determina la prohibición definitiva del desempeño de cargo, empleo o servicio alguno en las Instituciones del Sector.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

se mantiene y, solo cuando medie sentencia judicial, el oficial en dicha situación pierde todos los honores, preeminencias, tratamientos y otros goces de la situación de actividad. De lo cual, si bien el oficial en situación de retiro mantiene un vínculo o relación con la institución, este no se encuentra vinculado a la relación laboral, es decir, el oficial en dicha situación no mantiene un empleo. De lo cual se puede concluir que un oficial puede perfectamente pertenecer a una institución armada pero sólo dependiendo de la situación en la que se encuentre, gozar o no de un empleo y, por tanto, mantener una relación laboral; esto es, pertenecer a una institución no significa necesariamente mantener una relación de índole laboral con esta.

- f) En el artículo 30⁵ de la norma en mención se señala que el oficial en situación de disponibilidad se encuentra apartado de la situación de actividad. Asimismo, en el artículo 14 de la referida norma se establece que *"El empleo constituye el desempeño personal de una función real y efectiva que se encomienda al Oficial, en atención a los cuadros de organización de cada institución armada y, conforme a su grado, antigüedad y especialidad. No existe empleo honorífico alguno, ni ejercicio del mismo por delegación"*.
- g) Según el artículo 3 de la norma en mención, las situaciones de actividad y disponibilidad son categorías distintas en las que pueden encontrarse los oficiales de las fuerzas armadas, y dado que la misma norma ha precisado claramente el tipo de oficiales que tienen derecho a empleo; siendo estos los que se encuentran en situación de actividad, resulta evidente que los oficiales en situación de disponibilidad no tienen derecho a empleo, no pudiendo por tanto ser calificados como servidores públicos, toda vez que la característica fundamental de dicha clasificación es el tener empleo.
- h) Para pertenecer a la categoría de servidor público la persona debe en todo momento encontrarse empleada en una entidad pública, es decir, mantener una relación laboral con las características de prestación personal, subordinación y remuneración por el trabajo realizado, hecho que no sucede en una situación de disponibilidad, tal como el artículo 14 de la Ley N° 28953 lo señala.
- i) En tal sentido, si bien durante el periodo de situación de disponibilidad en la que se encontró el Sr. Dorrego, continuaba perteneciendo a la Marina de Guerra, dicha relación no era de índole laboral, es decir no contaba con empleo ni acumulaba tiempo de servicios, requisito imprescindible para ser considerado servidor público, por lo que al no ser servidor público durante el periodo de la situación no se encontraba impedido de contratar con el Estado.

La pérdida de la condición de militar se hace pública en la respectiva ceremonia de degradación, en atención a los procedimientos previstos en la normativa de las Instituciones Armadas.

Artículo 30.- Alcances generales

Disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, pudiendo retornar a ésta, desaparecidas las causales que originaron su separación del servicio activo, en concordancia con lo prescrito en los artículos 36 y 37 de la presente Ley.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

Respecto al carácter del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina

- j) En la resolución recurrida, el Tribunal indicó que la opinión vertida por la Entidad ha sido expuesta por un Comité de Apelaciones de Contrataciones al resolver un determinado recurso de apelación, el cual se circunscribe al caso concreto; sin embargo el Comité de Apelaciones de Contrataciones de la Marina tiene carácter permanente, es decir, es un órgano que cumple una determinada función a lo largo del tiempo, independientemente del proceso de selección existente, encontrándose dentro de la estructura orgánica de dicha Entidad, siendo este órgano encargado de recibir y pronunciarse sobre las apelaciones presentadas por los postores, a diferencia de un Comité Especial que es designado y conformado para llevar a cabo un determinado proceso de selección. Así, el Comité de Apelaciones por su carácter permanente emite pronunciamiento sobre apelaciones derivadas por cualquier concurso público llevado a cabo por la Entidad debiendo por tanto aplicarse el mismo criterio en todos los casos, el cual será la posición de la Entidad.

Respecto a la aplicación por analogía de la Opinión N° 045-2013(DTN)

- k) No pretende que se aplique el íntegro del contenido de la referida opinión, pues, como señala la Sala, se trata de análisis de dos temas diferentes; lo que se ha solicitado es la aplicación por analogía de la postura del OSCE, expresada a través de la Opinión de la Dirección Técnica Normativa, realizada respecto a la situación de disponibilidad de los oficiales de la Policía Nacional, dado que, por tratarse de un régimen similar al de las Fuerzas Armadas, debe tener el mismo trato.
- l) De acuerdo a lo concluido en dicha opinión, se encuentran impedidos de contratar con el Estado los oficiales y suboficiales de la PNP en situación de actividad, así como su cónyuge, conviviente y parientes de acuerdo a las precisiones realizadas. Asimismo, se indicó en la opinión en mención que, el personal de la PNP en situación de actividad o disponibilidad se encuentra impedido de ser postor, participante y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría; es decir, un oficial o suboficial de la PNP en situación de disponibilidad no se encuentra impedido de contratar con el Estado en contrataciones de bienes u obras, como se ha dado en el caso concreto.
- m) No existe fundamento para que el OSCE, a través del Tribunal, decida no aplicar el mismo criterio, toda vez que la aplicación de la opinión solo es respecto a la postura de la Entidad en relación a la situación de disponibilidad de los oficiales de la PNP, regulación similar a la de los oficiales de las Fuerzas Armadas.

Respecto al conocimiento con el que contaba sobre la postura del Tribunal

- n) El proceso de selección en cuestión fue convocado por la Entidad el día 6 de octubre de 2010, otorgándose la buena pro el 18 y suscribiéndose el respectivo contrato el 29 del mismo mes.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

- o) La fechas de las tres Resoluciones que resuelven sancionar a su empresa datan del 25 de abril, 29 de abril y 17 de mayo de 2011, es decir más de seis meses después de otorgada la buena pro del proceso de selección en cuestión.
- p) El Tribunal se pronunció en los procedimientos administrativos sancionadores señalados después que TESACOM se presentó como postor y obtuviera la buena pro en el proceso de selección en cuestión; resulta imposible que esta conociera la postura del Tribunal respecto a que se encontraría infringiendo la norma de contrataciones, toda vez que recién dicha postura fue conocida con la emisión de las respectivas resoluciones.
- q) En virtud de ello, demuestra que no conocía la postura del Tribunal, actuando de buena fe en todo momento sin tener cómo, siquiera, poder imaginar que su accionar podría infringir la norma de contrataciones, más aún si para la propia Entidad contratante, tal y como se señala la Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina, el vínculo laboral del Sr. Orrego quedó interrumpido por encontrarse en situación de disponibilidad no encontrándose inmerso dentro de los alcances de impedimento para contratar.
3. Mediante decreto de fecha 16 de agosto de 2013, se admitió a trámite el recurso de reconsideración y se remitió a la Primera Sala para que resuelva.
4. Mediante decreto fecha 21 de agosto de 2013, se indicó que se ha advertido un error en el decreto que remite a Sala el expediente, toda vez que la fecha correcta del mismo es "20 de agosto de 2013" y no "16 de agosto de 2013".
5. El de 4 setiembre de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Pública contando con la participación del Impugnante⁶.
6. El 6 de septiembre de 2013, el Impugnante solicita que se emita una nueva resolución que contenga un reexamen del presente caso, en base a lo siguiente:

Inaplicación de la Opinión vinculante

- a) Se habrían dado imprecisiones respecto a la negativa de aplicar la Opinión N° 045-2013(DTN) al presente caso, pues se ha mencionado en la recurrida que la opinión se refiere a un supuesto distinto al tratado en el proceso de selección, existiendo una contradicción entre lo indicado en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 y la Opinión N° 045-2013(DTN).

La Resolución ha citado un hecho que no ha sido verificado en la realidad

- b) Se le ha imputado que conocía la postura del OSCE respecto a la situación de disponibilidad y por tanto la infracción a la norma de contrataciones que se estaría cometiendo, todo ello por el conocimiento de las Resoluciones N° 694-2011-TC-S2, N° 742-2011-TC-S2 y N° 827-2011-TC-S4; sin embargo, estas fueron emitidas al año

⁶ El Abogado Mario Linares Jara realizó el informe legal y el señor José Antonio Sánchez Eila el informe de hechos.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

siguiente de haberse otorgado la buena pro y suscrito el contrato correspondiente al proceso de selección bajo análisis.

El Tribunal se ha pronunciado de forma inexacta sobre la confianza legítima, buena fe y/o seguridad jurídica creada por la Entidad

- c) Aún en el supuesto negado que fuera errado el criterio de la Marina de Guerra respecto de la situación de disponibilidad, ha ocasionado una lógica confianza en el administrado, quien no tendría por qué suponer que la interpretación realizada por la Entidad no es la correcta. El fundamento del principio de la confianza legítima que exige que las autoridades y la Administración sean fieles a sus propios actos y a su propia conducta anterior, radica en la exigencia de la más elemental seguridad jurídica que deriva, a su vez, de la existencia del Estado de Derecho.
- d) En la Sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N° 001-2001-TC), pese a constatar la existencia de actos irregulares que contravienen la legalidad, sentenció estableciendo que no es posible anular cada uno de los actos administrativos cuya nulidad podría afectar el derecho de terceros; motivo por el cual sostiene que su representada actuó en cumplimiento de la Ley de Contrataciones del Estado, así como de la Ley de Situación Militar de los Oficiales y Sub Oficiales de las Fuerzas Armadas, siguiendo el mismo criterio empleado por la Marina de Guerra, por lo que en caso dicho criterio sea errado, cosa que niega, la postura de la entidad castrense creó seguridad jurídica en TESACOM PERÚ S.A.C.

En relación a asumir que la responsabilidad objetiva es asumida por la normativa de contrataciones del Estado.

- e) La responsabilidad objetiva no está expresamente invocada en la normativa, se trata de una interpretación errada, debido a que el Tribunal estaría renuente en asumir una postura conforme a la más actualizada doctrina y legislación comparada; inclusive, es contraria a pronunciamientos expresos del Tribunal Constitucional.

A manera de ejemplo, cita los precedentes del Tribunal Constitucional en relación con la aplicación de la responsabilidad subjetiva en el derecho administrativo sancionador y de cómo el mismo Tribunal incide en que la doctrina expresada en sus sentencias, son de cumplimiento obligatorio más allá de que se señale expresamente en las mismas su carácter vinculante o no, siendo estos los siguientes:

- Resolución N° 1873-2009 AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre varios principios, entre ellos el de culpabilidad, el cual implica la prohibición de imponer sanciones atendiendo a una responsabilidad objetiva.
- Resoluciones N° 05156-2006-PA/TC, N° 2192-2004-AA/TC, 06301-2006-PA/TC, 07320-2005-AA/TC y N° 2050-2002 AA/TC, en los cuales el TC ha indicado que pese a que el principio de culpabilidad no se encuentra recogido en ningún precepto constitucional, deberá ser considerado en todo caso cuando el Estado haga uso de su potestad sancionadora, convirtiéndose en garantía para los



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

sujetos pasibles de sanción, tal y como se aprecia en la Resolución N° 010-2002-AA/TC.

Respecto a la resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la Marina de Guerra y al aplicación de la Opinión N° 045-2013(DNT)

- f) Es el Tribunal de Contrataciones el que debe vincular sus actuaciones a las Opiniones vertidas por la Dirección Técnica Normativa; razón por la cual analizar y pronunciarse sobre el caso que nos ocupa, debiéndose aplicar el razonamiento y la posición manifestada por la DTN.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento sancionador está referido al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa TESACOM PERU S.A.C., contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, del 12 de agosto de 2013, mediante la cual el Tribunal le sancionó por un periodo de trece (13) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma vigente a la fecha de ocurrido los hechos.

Análisis sobre la procedencia del recurso de reconsideración.

2. Se ha verificado que el recurso de reconsideración cumple con los requisitos requeridos para ser declarado procedente, de conformidad con lo establecido en la Ley y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento.

Respecto de los argumentos del recurso de reconsideración

3. Sobre el particular, es importante indicar que uno de los argumentos planteados por el Impugnante en su recurso de reconsideración, es la aplicación por analogía de la postura del OSCE, expresada a través de la Opinión N° 045-2013(DTN), específicamente sobre el análisis realizado a la "situación de disponibilidad" con relación al impedimento establecido en el literal d) del artículo 10 de la Ley.
4. Ahora bien, cabe indicar que, mediante Memorando Múltiple N° 025-2013/SGE de fecha 21 de agosto de 2013, la Secretaría General del OSCE ha informado sobre la Estructura Normativa aprobada por el Consejo Directivo en la Sesión Ordinaria N° 008-2013/OSCE-CD, mediante la cual se establece que las Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa se encuentran en el Segundo Nivel de la Estructura Normativa del OSCE y que éstas, en virtud de la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, tienen carácter vinculante desde su publicación en la web, en tanto no sean modificadas por otra opinión o norma legal.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

5. En este punto, es importante traer a colación lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del OSCE en la Opinión N° 045-2013(DTN), en la que señala lo siguiente:

2.2 Ahora bien, el literal d) del artículo 10 de la Ley dispone que, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: "En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;" (el subrayado es agregado).

Como se advierte, el impedimento citado en el párrafo anterior se encuentra circunscrito al ámbito de la Entidad y tiene por objeto restringir la intervención de las personas naturales que la integran en las contrataciones que dicha Entidad lleve a cabo para satisfacer sus necesidades, a efectos de evitar conflictos de intereses que perjudiquen la transparencia y, en última instancia, la idoneidad de las contrataciones.

De esta manera, en virtud del literal d) del artículo 10 de la Ley, los: (i) titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo; (ii) directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado; y (iii) funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones que lleva a cabo la Entidad de la cual son parte.

En relación con lo anterior, debe precisarse que el alcance del impedimento para ser participante, postor, o contratista de los "funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos" se encuentra establecido en el propio literal d) del artículo 10 de la Ley, y consiste en una prohibición general para que las personas naturales que integran una Entidad sean participantes, postores o contratistas en las contrataciones que esta lleve a cabo.

No obstante, ni la Ley ni su Reglamento contienen una definición de los términos "funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos", debido a que dichos términos no son propios de su ámbito de aplicación, sino de otros ámbitos del ordenamiento jurídico nacional.

Por ello, el literal d) del artículo 10 de la Ley remite a "la ley especial de la materia" a efectos de determinar el alcance y contenido de los términos "funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos", dado que tales términos pueden tener diversas definiciones en el ordenamiento jurídico, a la luz de las normas especiales que regulan esta materia⁷.

Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y Situación del Personal de la Policía Nacional del Perú, establece que el personal policial se encuentra integrado⁸ por oficiales y suboficiales, los que pueden ser de armas o servicios. Asimismo, el

⁷ Así por ejemplo: Decreto Legislativo N° 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 005-90-PCM; Decreto Legislativo N° 1057 - Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 075-2008-PCM; Ley N° 27815 - Ley del Código de Ética de la Función Pública y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 033-2005-PCM; Ley N° 28175 - Ley Marco del Empleo Público; Ley N° 27785 - Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

⁸ Conforme al numeral 23 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1149.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

numeral 1) del artículo 62 de la referida norma establece que el personal policial se clasifica, según su situación, en: i) actividad⁹; ii) disponibilidad¹⁰; y iii) retiro¹¹.

Así, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 1149, se tiene que el personal de la Policía Nacional del Perú que presta servicios en tal Entidad es el que se encuentra en situación de "actividad", dado que la situación de "disponibilidad" como la de "retiro" supone un apartamiento temporal o definitivo, respectivamente, de tales funciones.

En tal sentido, considerando que el impedimento contenido en el literal d) del artículo 10 de la Ley restringe la intervención de las personas naturales que integran una Entidad en las contrataciones que esta realice, el personal de la Policía Nacional del Perú, conformado por oficiales y suboficiales que se encuentren en situación de "actividad", está impedido de ser participante, postor y/o contratista respecto a los procesos de contratación que esta Entidad realice.

2.3 Adicionalmente, debe precisarse que el literal f) del artículo 10 de la Ley señala que también están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: "En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;" (el subrayado es agregado).

De acuerdo con el literal citado, el impedimento del literal d) del artículo 10 de la Ley se extiende al cónyuge, conviviente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos de una Entidad, según la ley especial de la materia, dentro del mismo ámbito espacial¹² y temporal¹³ establecido para estos.

En tal sentido, el cónyuge, conviviente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional del Perú que se encuentren en situación de "actividad", están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en las contrataciones que dicha Entidad lleve a cabo.

(...)

3 CONCLUSIONES

⁹ El personal policial en actividad es aquel que se encuentra prestando servicios a través del desempeño de un empleo previsto en los cuadros orgánicos o fuera de estos; ya sea en comisión de servicios o misión de estudios; con vacaciones, licencia, permiso o franco; enfermo o lesionado por un período máximo de dos años; entre otros, conforme lo dispone los artículos 70, 71 y 72 del Decreto Legislativo N° 1149.

¹⁰ Es la situación transitoria en la que el personal de la Policía Nacional del Perú se encuentra apartado de la situación de actividad, pero puede volver a ella, en los casos y formas previstas en el artículo 81 del Decreto Legislativo N° 1149. Se pasará a esta situación por enfermedad o lesión grave; medida disciplinaria, sentencia judicial condenatoria y a solicitud del interesado.

¹¹ Es la condición del personal que se encuentra apartado definitivamente del servicio policial. Es de carácter irreversible. Artículo 82 del Decreto Legislativo N° 1149.

¹² Por ámbito espacial debe entenderse al espacio geográfico en el cual los funcionarios o autoridades ejercen sus funciones.

¹³ Por ámbito temporal debe entenderse el período durante el cual los funcionarios o autoridades ejercen sus funciones.



Resolución N° 1990-2013-TC-S1

3.1 "El personal de la Policía Nacional del Perú, conformado por oficiales y suboficiales que se encuentren en situación de "actividad", así como el cónyuge, conviviente y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de tales personas, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas respecto a los procesos de contratación que esta Entidad realice".

6. Conforme se aprecia en la referida Opinión, la Dirección Técnico Normativa ha establecido que el oficial o sub oficial de la Policía Nacional del Perú en situación de "actividad" es el que se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista en los procesos de selección que dicha Entidad convoque, toda vez que el estado de "disponibilidad" y "retiro" supone un apartamiento temporal o definitivo de sus funciones.
7. En ese sentido, atendiendo a que el caso materia de análisis se encuentra referido al hecho de que si un Oficial de la Marina de Guerra del Perú en situación de "disponibilidad" está o no impedido para ser participante, postor y/o contratista en la Entidad a la que pertenecen, situación similar a la analizada en la referida Opinión, corresponde aplicar dicha posición al caso concreto, en virtud a la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento, y, en consecuencia, considerar que dicho Oficial no se encuentra impedido y por ende la persona jurídica a la cual representa, con lo cual no se configura la infracción imputada a la empresa TESACOM PERU S.A.C.
8. En tal sentido, corresponde que este Colegiado declare fundado el recurso de reconsideración interpuesto por el recurrente, contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, que dispuso imponerle sanción administrativa de inhabilitación temporal por el período de trece (13) meses, en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado y, por su efecto, se deja sin efecto en todos sus extremos.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Mario Arteaga Zegarra y la intervención del Vocal Héctor Inga Huamán y la Vocal Violeta Lucero Ferreyra Coral, atendiendo a la reconfirmación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa TESACOM PERU S.A.C. contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, que dispuso imponerle sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de trece (13) meses, en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado y, por su efecto, se deja sin efecto en todos sus extremos, por los fundamentos expuestos.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° **1990-2013-TC-S1**

3. Devolver la garantía presentada por la empresa TESACOM PERU S.A.C. por la interposición del recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1737-2013-TC-S1.
4. Dar por agotada la vía administrativa.
Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

ss.
Inga Huamán.
Ferreya Coral.
Arteaga Zegarra



PERÚ

Ministerio
de Economía y FinanzasOrganismo Supervisor de
las Contrataciones del
EstadoTribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

VOTO SINGULAR DEL VOCAL MARIO ARTEAGA ZEGARRA

El Vocal que suscribe, si bien participa de la decisión adoptada en la presente Resolución, considera relevante realizar ciertas atinencias respecto de su postura con relación al Voto emitido.

Luego de establecer, contrario sensu, que el personal policial (militar) en situación de "disponibilidad" o de "retiro" no está impedido de ser participante, postor y/o contratista, en virtud del literal d) del artículo 10 de la Ley, la Opinión N° 045-2013/DTN debería ser complementada, en la parte del razonamiento que también resulte aplicable a la Policía Nacional del Perú (PNP), teniendo en cuenta los siguientes fundamentos:

1. Los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley, para efectos de participar en un proceso de selección y/o de contratar con el Estado, tienen como objetivo el salvaguardar el cumplimiento de los *Principios de Libre Competencia, Imparcialidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario, y Moralidad*, entre otros, durante los procesos de selección y de contratación que las Entidades desarrollan, sobre la base de supuestos —que no admiten prueba en contrario— y que puedan generar situaciones de injerencia, ventajas o privilegios de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o que cumplieron, así como por los vínculos particulares que mantienen, pueden exponerse o estar involucrados en casos de conflictos de intereses o generar serios cuestionamientos sobre la integridad, objetividad e imparcialidad con las que debe llevarse a cabo los procesos de contrataciones estatales, bajo su esfera de dominio o influencia.
2. En atención a lo señalado, y a la luz de la normativa de la materia (Ley N° 28359 - Ley de situación militar de los oficiales de las fuerzas armadas, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG, y demás normas modificatorias y complementarias), los oficiales en situación de "disponibilidad" y de "retiro" también deben estar comprendidos en la causal de impedimento establecida en el literal d) del artículo 10 de la Ley, en tanto se encuentren comprendidos bajo el ámbito de las normas contenidas en los artículos 42 y 57 de la Ley N° 28359, las cuales disponen que el **Oficial General y/o Almirante** en situación de **disponibilidad o de retiro, conserva el goce de los honores, preeminencias, beneficios, tratamientos y otros goces correspondientes a su grado en situación de actividad** (salvo que hubiera pasado a la situación de disponibilidad por medida disciplinaria o sentencia judicial, o a la situación de retiro por sentencia judicial), lo que representa que siguen "perteneciendo" a la Entidad, como prescribe el literal d) del artículo 10 de la Ley, y ha reconocido el propio Impugnante.

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 28359 establece que la *categoría* es el nivel, en la escala jerárquica establecida por las leyes de las Instituciones Armadas, que agrupa grados de la carrera militar, para el tratamiento respectivos de los Oficiales de las Fuerzas Armadas. Así, las categorías de los Oficiales para la carrera militar son:



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

- A. Oficiales Generales y Almirantes.
- B. Oficiales Superiores.
- C. Oficiales Subalternos

Asimismo, el artículo 13 de la misma Ley prescribe que el grado militar de los Oficiales Generales y Almirantes de la Marina de Guerra son: i) Vicealmirantes y ii) Contralmirantes.

3. En ese orden de ideas, se aprecia que el Oficial General o Almirante de la Marina de Guerra aún en situación de "disponibilidad" o de "retiro", goza de los beneficios y tratamientos correspondientes a su grado en situación de "actividad" y, en esa medida, la participación que pueda tener como persona natural o como parte de una persona jurídica, lo coloca en una posición ventajosa frente a los demás postores, más aún si se tiene en cuenta que los servidores públicos/oficiales en situación de disponibilidad pueden retornar a la situación de actividad (como ha sucedido en el presente caso), hecho que vulnera y contraviene los *Principios de Libre Competencia, Imparcialidad, Transparencia, Trato Justo e Igualitario y moralidad*, que rigen las contrataciones estatales y que son la base y el fundamento del establecimiento de los impedimentos que la Ley impone.

Consecuentemente, atendiendo a que, en el caso concreto, el señor Jorge Adrián Dorrego Arias, Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C., es/fue Capitán de Fragata de la Marina de Guerra del Perú, grado militar que, según el literal B) del artículo 13 de la Ley N° 28359, tiene la categoría de Oficial Superior, categoría que, a su vez, no se encuentra comprendida dentro del supuesto establecido en el artículo 42 de la referida norma, deberá establecerse que dicho Oficial no se encontraba comprendido dentro de la causal de impedimento establecida en el literal d) del artículo 10 de la Ley y, por ende, la empresa TESACOM PERU S.A.C. tampoco se encontraba impedida de ser participante, postor y/o contratista en los procesos convocados por la Marina de Guerra del Perú.

Por estas razones, atendiendo a que el señor Jorge Adrián Dorrego Arias no ostentaba la categoría de Oficial General o Almirante de la Marina de Guerra del Perú, el Vocal ponente considera que corresponderá declarar fundado el recurso de reconsideración.

MARIO ARTEAGA ZEGARRA
VOCAL

Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12*