

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe jurídico sobre la Resolución N° 1990-2013-TC-S1
de fecha 10 de setiembre de 2013, emitida por el Tribunal
de Contrataciones del Estado

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

Laura Ximena Rafaele Paucar

ASESOR:
Christian Guzmán Napuri

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, CHRISTIAN GUZMAN NAPURI, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe jurídico sobre la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 de fecha 10 de setiembre de 2013, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado", del autor(a) LAURA XIMENA RAFAELE PAUCAR, 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 08/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 11 de julio del 2024

<u>CHRISTIAN GUZMAN NAPURI</u>	
DNI: 10004102	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-9929-0068	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, acto administrativo que deja sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, siendo que la resolución carece de los requisitos de validez al evidenciarse contradicción en la motivación y vulneración a la finalidad pública, en medida que se quebranta los artículos 61, 62 y 73 de la Constitución Política del Perú de 1993, que salvaguardan la Libertad de Contratación y Libertad de Competencia en los procesos de adjudicación que requieren recursos públicos del Estado. Así, como vamos a evidencia que se transgrede el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad contemplados en la Ley de procedimiento Administrativo General vigente.

Palabras clave

Impedimentos, acto administrativo, situación de disponibilidad, legalidad, motivación.

ABSTRACT

This legal report analyzes Resolution No. 1990-2013-TC-S1, administrative act that leaves without effect Resolution N° 1737-2013-TC-S1, being that the resolution lacks the requirements of validity by evidencing contradiction in the motivation and violation of the public purpose, to the extent that it violates Articles 61, 62 and 73 of the Political Constitution of Peru of 1993, which safeguard the Freedom of Contracting and Freedom of Competition in the awarding processes that require public resources of the state. Thus, as we are going to evidence that the principle of legality, procedural conduct and impartiality contemplated in the General Administrative Procedure Law in force is transgressed.

Keywords

Impediments, administrative act, availability status, legality, reasoning.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	3
I. INTRODUCCIÓN	4
1.1 Justificación de la elección de la resolución	4
1.2 Presentación del caso	7
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	8
2.1 Antecedentes	8
2.2 Hechos procesales	9
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	13
3.1 Problema principal.....	13
¿La Resolución Nº 1990-2013-TC-S1 que dejó sin efecto la Resolución Nº 1737-2013-TC-S1 liberando de responsabilidad a la empresa TESACOM fue un acto administrativo válido y su motivación se encontraba acorde a los principios de Legalidad, conducta procedimental e imparcialidad?	
3.2 Problemas secundarios	13
3.2.1. ¿El criterio para determinar que el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias no se encontraba impedido para contratar con el Estado expuesto en la Resolución Nº 1990-2013-TC-S1, fue emitido en concordancia con el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad?	
3.2.2. ¿La Resolución Nº 1990-2013-TC-S1 cumple con los requisitos de validez del acto administrativo, en virtud de la motivación y finalidad pública?	
3.2.3. ¿Es acorde a derecho el impedimento imputado al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego, servidor público en situación de disponibilidad de la Marina de Guerra del Perú?	
3.2.4. ¿La Resolución Nº 1737-2013-TC-S1 que sanciona a TESACOM por trece meses por su responsabilidad en presentar información inexacta y contratar con el Estado estando impedido, fue emitido en concordancia con el ordenamiento jurídico?	
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	14
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	15
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	17
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	41

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Resolución N° 1990-2013-TC-S1 (Expediente N° 00497-2012-TC)
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Administrativo y Constitucional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Resolución N° 1737-2013-TC-S1
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	TESAM PERU S.A.C
DEMANDADO/DENUNCIADO	TESACOM PERU S.A.C
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal de Contrataciones del Estado / Recurso de Reconsideración
TERCEROS	Marina de Guerra del Perú
OTROS	Resolución N° 827-2011-TC-S4

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

El informe jurídico analizará la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, emitida por la primera sala del Tribunal de Contrataciones con el Estado (en adelante “TCE”) en virtud del recurso de reconsideración interpuesta por la empresa TESACOM PERU S.A.C. (en adelante “TESACOM”), que dejó sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, emitida por la misma sala del TCE, siendo que ostentaría de contradicción en la motivación puesto que, el contenido del acto administrativo emitido en la reconsideración contravendría disposiciones constitucionales, la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante “DL 1017”), y atentaría contra los deberes de las autoridades administrativas fundamentados en los principios del procedimiento administrativo contemplados en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, texto normativo vigente al 2010. (en adelante “Ley N° 27444”).

Lo manifestado en atención al Procedimiento Administrativo Sancionador, iniciado mediante expediente N° 00497-2012-TC, en el cual se imputada a TESACOM en primer lugar, el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 del DL 1017, contratar con el Estado estando inmerso en el impedimento para ser contratista contemplado en el literal i) del artículo 10 del DL 1017 al haber suscrito el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina de Guerra del Perú (en adelante “La Marina”); y en segundo lugar, la imputación de la infracción prevista en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 del DL 1017, por su responsabilidad en presentar información inexacta como parte de su oferta técnica, Anexo N° 3 Declaración Jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado, en marco de la Adjudicación de Menor cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera convocatoria derivada de la LP N° 0003-2010-MGP/DIRTEL) para la Contratación de Bienes “Implementación del puesto de comando y control del Comando Operacional Marítimo” (en adelante “Adjudicación N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL”).

Expediente resuelto mediante Resolución N° 1737-2013-TC-S1 que concluye sancionar por trece meses a la empresa TESACOM con inhabilitación temporal

para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, en virtud de que presentó información inexacta en el Anexo N° 3 declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado en la Adjudicación de Menor cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL y suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina, estando su representante Legal el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, inmerso en impedimento por su condición de servidor público en disponibilidad de la Marina, por lo que se sancionó por ambas infracciones amparados en el literal d) e i) del numeral 51.1 del artículo 50 del DL 1017.

En el plazo legal la empresa TESACOM interpuso recurso de reconsideración, a fin de dejar sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, la cual fue declarada fundada mediante Resolución N° 1990-2013-TC-S1; sin embargo este acto administrativo no habría expresado las razones por las cuales no continuó con el criterio preestablecido en la resolución que sancionó a la empresa, sino que existe una contradicción en la motivación en medida que se alude a la Opinión N° 045-2013/DTN, sin una justificación razonable para el cambio de decisión, lo que vulneraría la validez del acto administrativo en medida de que atenta la finalidad pública conforme a lo expresado por el ordenamiento jurídico.

Ante lo expuesto, el presente informe encuentra la relevancia jurídica, en virtud de que recurso de reconsideración pretende sustentar su decisión en la Opinión N° 045-2013/DTN en la que la Dirección Técnico Normativa (en adelante la "DTN") realiza un análisis sobre los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos de la Policía Nacional del Perú, institución que se rige bajo el Decreto Legislativo N° 1149 normativa especial distinto por el cual se rige la Marina, en específico si estos se encuentran inmersos en el impedimento para ser participantes, postor y/o contratistas en contrataciones con el Estado cuando se encuentran en situación de "actividad" o "disponibilidad", por lo que se realiza una aplicación por analogía de la referida opinión de la DTN en este expediente, sobre el término situación de "actividad" y "disponibilidad". Asimismo, hacen referencia al Memorando múltiple N° 025-2013/SGE mediante el cual la secretaria general del OSCE ha informado sobre la Estructura Normativa aprobada por el Consejo Directivo, la cual establece que las

Opiniones emitidas por la DTN se encuentran en el Segundo Nivel de Estructura normativa del OSCE, las cuales tienen carácter de vinculante.

En consecuencia, el presente TCE, al considerar la Opinión N° 045-2013/DTN vinculante para el presente caso, y aplicarla por analogía determina que el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, quien se encontraba en situación de “disponibilidad” de la Marina al momento de presentar la oferta como representante legal de la empresa TESACOM no tenía impedimento para contratar con el Estado y declarada fundada el recurso de reconsideración, siendo que existe contradicción en la motivación, en virtud de que esta opinión fue observada en la resolución que sancionada a TESACOM, sin embargo en ese momento el TCE consideró que la opinión analizaba otro supuesto de impedimento y aplicada a otra institución regida bajo otro norma especial por lo que no resultaba aplicable a este expediente.

El análisis del presente informe pretende demostrar que el cambio de criterio preexistente no es acorde con el ordenamiento jurídico y con los principios contemplados en la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en medida que vulnera el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad; así como, que el acto administrativo no cumple con los requisitos de validez de motivación y finalidad pública acorde con los artículos 61, 62 y 76 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante la “Constitución”).

Por lo antes mencionado, se seleccionó esta resolución dado que no solo involucra temas de derecho administrativo, sino además constitucionales, porque los impedimentos tienen la razón de ser a la luz de la Libre competencia en igualdad de condiciones ante la Ley y esta misma establece que para la adquisición de suministros con fondos públicos se rigen bajo los procedimientos y excepciones determinados por la Ley. Asimismo, analiza temas en ámbito laboral, dado que los servidores públicos en situación de disponibilidad mantienen relación con las Fuerzas Armadas gozando de beneficios propios de la Institución, pero con un régimen especial propio de la situación militar de la Marina, el cual vamos a desarrollar.

1.2 Presentación del caso

El Procedimiento Administrativo Sancionador, se da inicio mediante Acuerdo N° 339-2012-TC-S2 recaído en el expediente N° 00497-2012-TC, mediante el cual se imputada a TESACOM lo establecido en los literales d) e i) del numeral 51.1. del artículo 51 del DL 1017, por presentar información inexacta - Anexo N° 3 declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado en la Adjudicación de Menor cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL y suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina, estando su representante legal de TESACOM impedido para contratar en la misma entidad donde pertenezcas, la Marina, supuestamente por estar incurso en el impedimento previsto en el literal i) del artículo 10° del DL 1017.

Mediante Decreto de fecha 18 de marzo de 2013, comunicado con Cedula de Notificación N° 10792/2013.TC se realizó la ampliación de cargos en el procedimiento administrativo sancionador derivado del Expediente N° 00497-2012-TC, por el cual también se imputo estar inmerso en el impedimento previsto en el literal i) del artículo 10° del DL 1017, como sustento de las infracciones previamente indicadas.

El expediente N° 00497-2012-TC es resuelto mediante Resolución N° 1737-2013-TC-S1 que resuelve sancionar por trece meses a TESACOM con inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado; puesto que el TCE determinó que el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, representante legal de TESACOM, se encontraba impedido al momento de presentar la oferta técnica y suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina, dado que era servidor público y estaba en condición de “disponibilidad” de la Marina, con lo que mantiene un vínculo con la Marina similar a una licencia sin goce de haber.

TESACOM, dentro del plazo legal presenta reconsideración, la cual fue resulta mediante la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, en la que el TCE señala que, en aplicación por analogía de la opinión N° 045-2013/DTN, siendo esta vinculante según normativa vigente, los oficiales en situación de disponibilidad no se encuentran impedidos para ser postores.

Ahora bien, siendo que existe contradicción en la motivación en la decisión del TCE ,y que, no se expresa las razones por las cuales el TCE cambia el criterio preestablecido en la resolución previa que sanciona a TESACOM, la presente resolución carecería de uno de los requisitos de validez del acto administrativo, en virtud de que atenta contra la finalidad publica de los impedimentos, en medida que estos buscan salvaguardar los principios que rigen las contrataciones establecidos en el artículo 4 del DL 1017, así como atenta contra el artículo 61, 62 y 76 de la Constitución.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En el año 1992, Jorge Adrián Dorrego Arias se graduó como oficial de la Marina de Guerra del Perú.

TESACOM fue constituida por Escrituran Publica de 15 de setiembre de 2005, conformado por dos socios fundadores, el señor José David Dorrego Arias y Juan Antonio Bernos Robinson consignándole la Partida Registral N° 11797258 de la Oficina N° IX – Lima.

El 04 de mayo de 2007 mediante Titulo N° 2007-01244232, se designó como Gerente General al señor Jorge Adrián Dorrego Arias, identificado con DNI N° 43377495 para lo cual se le asignó el asiento B0001 de la Partida N° 11797258 de TESACOM.

El 17 de octubre de 2007 mediante Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP, se ascendió a capitán de Fragata de la Marina al Esp. Jorge Adrián Dorrego Arias, siendo que ostentaba la categoría de Oficial Superior de la Marina.

El 24 de marzo de 2010 por medio de Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP se autorizó que el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego ingrese a la condición de disponibilidad “a solicitud” del capitán, con CIP. 00897772.

El 06 de octubre de 2010, la Marina convocó la Adjudicación de Menor cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera convocatoria derivada de la licitación pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL) para la Contratación de Bienes “implementación del puesto de comando y control del comando operacional marítimo”.

Por lo que, con fecha 15 de octubre de 2010, TESACOM representada por su gerente general el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias presentó la oferta técnica y económica al referido proceso de selección.

El 18 de octubre de 2010 se suscribió el Acta de Buena Pro, adjudicándose a favor de TESACOM, por el Comité Especial de la Marina, integrado por el Alférez de Fragata, Jackeline Martínez Ninanya; teniente Segundo, Misael Cepeda Gonzales; y Capitán de Corbeta, Liliana Castañeda Casaverde.

El 29 de octubre de 2010 se suscribió el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL, por el monto ascendente a S/. 12,034.28 (Doce mil con treinta y cuatro con 28/100 soles), entre la Marina y TESACOM, representada por el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, quien al presentar la oferta y suscribir el contrato se encontraba en condición militar de disponibilidad de la Marina.

2.2 Hechos procesales

El 12 de marzo de 2012 la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios del OSCE recibió la denuncia de TESAM PERU S.A.C en la cual se manifestaba que el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias presentó una declaración jurada – Anexo N° 3 con información inexacta dado que al momento de suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL se encontraba impedido para Contratar con el Estado en virtud de su situación de disponibilidad de la Marina; esta fue trasladada al TCE el 28 de marzo de 2012.

Lo cual conllevó, a que en sesión del 19 de julio de 2012 se apruebe el Acuerdo N° 339/2012.TC del TCE, la cual deriva al Expediente N° 497-2012.TC para notificar el Procedimiento Administrativo Sancionador iniciado contra la empresa TESACOM por dos infracciones: presentación de documento inexacto en base

a la declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado en marco de la Adjudicación AMC-016-2010; y por contratar con el Estado estando inmerso en impedimento en base lo establecido en el literal i) del artículo 10 del DL 1017, dado que suscribió el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina, de donde el representante Legal de TESACOM es servidor público en situación de disponibilidad.

En el plazo legal TESACOM, presentó descargos conforme a los siguientes argumentos:

- Que, el capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias no mantiene vínculo laboral con la Marina dado que se encontraba en condición de disponibilidad a la solicitud de este de la Marina y que no se cumplían con las características de una relación laboral, tales como prestación personal, subordinación y remuneración.
- Que, los servidores públicos que están impedidos para contratar con la Entidad son quienes cuentan con poder de dirección, con una unidad a su cargo, cargos políticos o cargos de confianza.
- Que, la empresa tenía la convicción de no estar inmerso en impedimento dado que la Marina se pronunció meses antes manifestando que el señor no se encontraba impedido en un recurso de apelación resuelta por la Marina.
- Que, existe conflicto entre dos normas la Ley de Contrataciones del estado y la Constitución.
- Que, su representada fue sancionada administrativamente por la misma infracción en las Resoluciones N° 694-2011-TC-S2, N° 742-2011-TC-S2 y N° 827-2011-TC-S4, siendo la suma de la sanción ascendente a treinta y un meses.

El 18 de marzo de 2013, se notifica a TESACOM, la ampliación de cargos en el Expediente N° 00497-2012.TC, por su supuesta responsabilidad en presentar información inexacta como parte de su propuesta técnica en base a la declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado, por lo cual también se le imputo estar inmerso en el impedimento previsto en el literal

i) del artículo 10º del DL 1017, complementando las infracciones previamente indicadas.

Dentro del plazo legal, TESACOM, mediante escrito N° 02, presenta sus descargos de ampliación de plazo, en la cual reitera que el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, durante este proceso de selección no mantenía relación laboral con la Marina, ante ello, no se ha vulnerado ningún supuesto de impedimento establecido en el artículo 10º del DL 1017.

El 30 de mayo del 2013 la DTN emite la opinión N° 045-2013/DTN (a solicitud de interesado diferente a los involucrados en el expediente materia del presente análisis), mediante el cual realizó un análisis sobre los supuestos de impedimentos para ser participantes, postor y/o contratista de los oficiales y suboficiales de la Policía Nacional del Perú (en adelante la "PNP") en concordancia con su régimen especial Ley de la Carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú aprobado por Decreto Legislativo N° 1149, en marco del literal l) del artículo 10 del DL 1017, por consiguiente se concluye principalmente que tanto los oficiales en situación actividad o disponibilidad se encuentran impedidos para ser participantes, postor y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y consultoría que sean convocados por el Estado; dicho análisis se realiza en base a la posibilidad que los oficiales reciban doble remuneración.

El 12 de agosto de 2013 mediante Resolución N° 1737-2013-TC-S1 el TCE resolvió sancionar a TESACOM con trece meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección, y concluyó lo siguiente:

- Sobre el impedimento, el TCE concluye que la situación militar de disponibilidad del capitán de fragata solo es un apartamiento temporal del servicio de las Fuerzas Armadas, dado que, según la normativa especial, Ley N° 28359, este puede retornar a la actividad, con lo cual no es un retiro de la Institución, sino es como una licencia sin goce haberes sin dejar de ser parte de la Institución. Asimismo, la infracción se cometió cuando suscribió el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina.

- Sobre el anexo N° 3 - Declaración Jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado incluida en la propuesta, el TCE determina que el anexo contiene información inexacta, es decir presento documentos no congruentes con la realidad, dado que si tenía impedimento para ser postor al momento de suscribir la oferta y suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina.
- Sobre la Opinión N° 045-2023/DTN el TCE determina que este analiza el supuesto en que un funcionario público reciba doble salarios del Estado, siendo el análisis distinto al presente expediente.

El 19 de agosto de 2013 TESACOM interpuso recurso de reconsideración en concordancia con lo establecido en el artículo 249 del Reglamento de la ley de Contrataciones de Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante “Reglamento del DL 1017”).

El 10 de setiembre de 2013, la primera sala del TCE, compuesto por los vocales Inga Huamán, Ferreyra Coral y Arteaga Zegarra, resolvió declarar fundado el recurso de reconsideración mediante Resolución N° 1990-2013-TC-S1, y dejar sin efecto la resolución N° 1737-2013-TC-S1, bajo los siguientes sustentos:

- Sobre la opinión N° 045-2013/DTN manifiesta que esta concluye que únicamente los oficiales o suboficiales de la PNP en situación de “actividad” están impedidos para suscribir contratos con el Estado.
- Que, la referida opinión cita un caso similar al presente y por la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento del DL 1017 es pertinente aplicar la posición de la Dirección Técnica Normativa al caso concreto, en virtud de que las opiniones OSCE son vinculantes.
- Que, el estado de disponibilidad y retiro es un apartamiento temporal o definitivo de la actividad militar respectivamente.
- El oficial no se encontraba impedido, en consecuencia, la empresa TESACOM tampoco se encontraba impedida, por lo que no se computa la infracción imputada.

En la misma resolución se emite un voto singular del Vocal Mario Arteaga Zegarra, quien manifestó que deben estar comprendidos en impedimento los

oficiales en situación de disponibilidad y retiro que se encuentran enmarcados en el artículo 42° de la Ley N° 28359 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG puesto que su participación los pone en un situación de ventaja frente a otros postores, es así que manifiesta que este impedimento alcanza al Oficia General y/o Almirante, sin embargo dado que el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias no tiene la categoría de oficial superior este no se encuentra inmerso en el impedimento

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿La Resolución N° 1990-2013-TC-S1 que dejó sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 liberando de responsabilidad a la empresa TESACOM fue un acto administrativo válido y su motivación se encontraba acorde a los principios de Legalidad, conducta procedimental e imparcialidad?

3.2 Problemas secundarios

3.2.1. ¿El criterio para determinar que el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias no se encontraba impedido para contratar con el Estado expuesto en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, fue emitido en concordancia con el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad?

3.2.2. ¿La Resolución N° 1990-2013-TC-S1 cumple con los requisitos de validez del acto administrativo, en virtud de la motivación y finalidad pública?

3.2.3. ¿Es acorde a derecho el impedimento imputado al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego, servidor público en situación de disponibilidad de la Marina de Guerra del Perú?

3.2.4. ¿La Resolución N° 1737-2013-TC-S1 que sanciona a TESACOM por trece meses por su responsabilidad en presentar información inexacta y contratar con

el Estado estando impedido, fue emitido en concordancia con el ordenamiento jurídico?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

La postura asumida por el TCE en el recurso de reconsideración materializado en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 atenta contra el principio de legalidad, Conducta procedimental e imparcialidad, y presenta una contradicción en la motivación, en medida de que no justifica porque cambio el criterio preestablecido en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, sino que únicamente manifiesta que la Opinión 045-2013/DTN es vinculante para el presente caso y resuelve sobre ello, contradiciendo en todos los extremos el análisis realizado sobre el impedimento del capitán de fragata Jorge adrián Dorrego Arias en el acto administrativo que sanciona a TESACOM.

Por su parte, se determinará que existe vulneración en la validez del acto administrativo, con respecto a la motivación y la finalidad publica de las contrataciones con el Estado, y en consecuencia con los impedimentos establecidos en el DL 1017 y con la Constitución, en el artículo 61, 62 y 76.

Adicionalmente a ello, la aplicación del impedimento imputado al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias resulta acorde a la normativa vigente, DL 1017, en medida de que si bien se encontraba en situación de disponibilidad de la Marina, este aún seguía siendo un servidor publica de la Marina, en esa medida se demostrara que su situación es similar a una licencia sin goce de haber, pero mantiene la relación con la Marina, ostentando de prerrogativa al pertenecer a la Marina en concordancia con el artículo 42 del Reglamento de la Ley N° 28359, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG, en esa medida limitar su libertad de contratación es constitucional dado que se busca salvaguardar los principios que rigen las contrataciones públicas en concordancia con el artículo 4 del DL 1017.

Por último, sobre la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, esta es emitida conforme a derecho dado que realiza un análisis sobre la coherencia del impedimento en el que se encontraba inmerso el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, así como de la presentación del documento con información inexacta que el representante de TESACOM presentó, por lo cual la sanción de trece meses imputada a la empresa es coherente con el ordenamiento jurídico en medida de que además tiene otras sanciones por la misma imputación.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

La postura asumida en el presente informe jurídico es en contra del criterio asumido por la primera sala del TCE recaída en la resolución N° 1990-2013-TC-S1, en la medida de que esta transgrede el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad recogidos en la Ley N° 27444, bajo el cual se rigen todos los procedimientos administrativos, tales como el procedimiento administrativo sancionador a cargo del TCE.

Al respecto, el TCE contradice su acto administrativo emitido previamente, en el extremo que deja sin efecto la sanción de trece meses imputada a TESACOM puesto que su gerente general se encontraba impedido para contratar con el Estado, sin justificar porque cambia el razonamiento preexistente sobre la Opinión N° 045-213/DTN, en el cual estableció que la opinión no era aplicable al presente expediente puesto que analizaba otro supuesto de impedimento en virtud de la imposibilidad de que un funcionario reciba doble remuneración por parte del Estado y el fin del impedimento es evitar que se generen situaciones de conflicto de interés o situaciones de privilegios; siendo lo antes referido contradictorio con lo resultó en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 en donde se determinó que en aplicación por analogía corresponde traer a colación la Opinión N° 045-2013/DTN en virtud de su carácter vinculante de las opiniones de la DTN.

Es menester, traer a colación el voto singular recaída en el Vocal Mario Arteaga en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 en medida de que consideró relevante establecer que los oficiales en situación de disponibilidad o de retiro de la Marina

aun estando en esa situación gozan de una posición de ventaja frente a otros postores en medida que ostentan de prerrogativas, tales como goce de honores, preeminencias, beneficios, tratamientos, entre otros; por lo que consideró que ello atentaría contra principios que rigen las contrataciones, sin embargo erróneamente en su análisis considero que solo los oficiales generales o Almirantes tenían estas prerrogativas, pero la normativa especial de la Marina, estableció que tanto los oficiales generales, Almirantes y oficiales superiores, siendo la categoría de oficial superior del Capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, mantienen las prerrogativas mencionadas en situación de disponibilidad, por lo que siguiendo el criterio del vocal corresponde que se encuentre dentro del impedimento al capitán y en consecuencia TESACOM.

Por lo manifestado, la resolución carece de dos requisitos de validez de acto administrativo correspondiente a la motivación y la finalidad pública, dado que contraviene dispositivos constitucionales de Libre competencia, Libertad de contratación en mercados en los procedimientos y excepciones establecidos en el DL 1017 que regula los procesos de adquisición de Bienes que poseen fondos públicos.

Por último, sobre el impedimento del Capitán de Fragata Dorrego, considero que limitar su participación en las contrataciones que realice la Marina, se ajusta a la normativa vigente, y al fin de la libre competencia que subyace a las contrataciones del Estado, dado que el mencionado servidor si mantiene una ventaja frente a otras personas naturales por su situación militar de disponibilidad, puesto que esta condición significa solo un apartamiento temporal de sus funciones militares, pero no deja de gozar de beneficios de la Marina.

Más aún cuando posteriormente al periodo de disponibilidad, este retorna a la situación de actividad, con lo cual continuo cumplimiento con sus funciones, recibiendo remuneración, gozando de beneficios, seguros y entre otras prerrogativas inherentes a la actividad militar de la Marina. Es relevante manifestar que el impedimento le es imputable dado que este participa en la Adjudicación AMC-016-2010 realizada por la misma institución donde pertenece, pero respetando sus derechos constitucionales de trabajo y libre contratación,

este podría presentarse sin inconvenientes a otras instituciones conforme a la normativa vigente.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Es menester indicar el que el presente informe jurídico se realiza en base a la normativa aplicable al momento de cometer la infracción imputada por lo que la base legal es la Constitución Política del Perú de 1993; Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General vigente al 2010; Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; Ley N° 28359, Ley de situación Militar de los Oficiales de las fuerzas Armadas y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG.

5.1. El criterio del TCE en la Resolución N° 1990-2013-S1 para liberar de responsabilidad a la empresa TESACOM no es un acto administrativo válido.

El Tribunal de Contrataciones con el Estado posee potestad sancionadora otorgado en concordancia con el artículo 63 del DL 1017, desarrollada en el artículo 235 y siguientes del Reglamento del DL 1017, dispositivos que le otorgan facultades como órgano autónomo e independiente del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado y se establece como su principal función aplicar sanciones a los administrados que incurran en infracción. En concordancia con ello, el artículo 230 de Ley N° 27444, determina los lineamientos y principios especiales bajo los cuales está regido la potestad sancionadora de la autoridad administrativa.

Ahora bien, una vez establecida la potestad sancionadora del TCE, corresponde evaluar si el acto administrativo emitido en el recurso de reconsideración recaído en la resolución N° 1990-2013-TC-S1 es un acto administrativo válido, a fin de determinar ello, nos debemos remitir a la Ley N° 27444, la que establece en el artículo 3, los requisitos de validez del acto administrativo, entre los cuales se establece la competencia, objeto, la finalidad pública, motivación y procedimiento

regular, este informe tiene la postura que el presente acto administrativo contraviene la motivación y la finalidad pública.

Con respecto, a la motivación del acto administrativo, se determina que existe una contradicción, en virtud de que el recurso de reconsideración deja sin efecto la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, pero el TCE no expresa en el nuevo acto las razones por las cuales no continuo sobre el criterio preestablecido al valorar la Opinión N° 045-2013/DTN, en virtud de que en principio el TCE estableció que la opinión no era aplicable al presente expediente puesto que analizaba otro supuesto de impedimento en virtud de la imposibilidad de que un funcionario reciba doble remuneración por parte del Estado y el fin del impedimento es evitar que se generen situaciones de conflicto de interés o situaciones de privilegios; siendo lo antes referido contradictorio con lo resultó en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 en donde se determinó que en aplicación por analogía corresponde traer a colación la Opinión N° 045-2013/DTN en virtud de su carácter vinculante de las opiniones de la DTN.

Es de vital importancia, el cambio de criterio del TCE realizado sin justificación razonable, en medida de que en uso de sus facultades resuelve contraviniendo su análisis previo, sin realizar un reexamen de la impedimento imputado al infractor sino únicamente trae a colación la Opinión N° 045-2013-DTN y extrae la parte pertinente sobre la situación de actividad de los oficiales de la PNP y resuelve a favor del administrado, omitiendo analizar la postura de la DTN en el cual analiza que los oficiales de la PNP, en situación de disponibilidad también se encuentran impedidos para contratar con el Estado; y analiza un supuestos distintos al que se le imputa en el presente expediente, y está sustentado en base otra normativa especial de la PNP; es evidente que el TCE no realiza un reexamen del fin del impedimento imputado a TESACOM.

Al respecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC, fundamento 17 se establece que “Para lograr el objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de la norma o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso”.

Aunado más en ello, en la sentencia recaída en el Expediente N° 04196-2011-PA/TC, fundamento 4, ha expresado su postura sobre la motivación de las resoluciones administrativas en la que establece:

El derecho a la motivación de las resoluciones administrativas es de especial relevancia. Consiste en el derecho a la certeza, el cual supone la garantía de todo administrado a que las sentencias estén motivadas, es decir, que exista un razonamiento jurídico explícito entre los hechos y las leyes que se aplican. (...). En esa medida, este Tribunal debe enfatizar que la falta de motivación o su insuficiencia constituye una arbitrariedad e ilegalidad, en la medida en que es una condición impuesta por la Ley N° 27444. Así, la falta de fundamento racional suficiente de una actuación administrativa es por sí sola contraria a las garantías del debido procedimiento administrativo (STC N° 00091-2005-PA/TC, fundamento 9, párrafo 3,5 a 8, criterio reiterado en las SSTC N°s 294-2005-PA/TC, entre otras). Adicionalmente se ha determinado en la STC N° 8495-2006-PA/TC que: “un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no solo significa expresar únicamente bajo que norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta – pero suficiente- las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

De Igual Importancia el Tribunal Constitucional en el expediente N° 04293-2012-PA/TC ha manifestado que, si el órgano considera necesario modificar su precedente en casos sustancialmente similares, debe proporcionar una justificación suficiente y razonable y no puede desviarse arbitrariamente de sus decisiones anteriores (2014).

En otras palabras, el TCE a fin de cambiar el criterio establecido en su primer acto administrativo debió justificar razonablemente porque en la resolución N°

1737-2013-TC-S1 considero que la Opinión N° 045-2013/DTN no aplicaba al presente expediente dado que considero que analizaba otro supuesto de impedimento; y porque en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 determino que la Opinión N° 045-2013-TC-S1 si era aplicable al presente caso y no solo limitarse a transcribir la opinión dejando de lado el análisis de las imputaciones de fondo.

Mas aun cuando, TESACOM presentó un antecedente frente a la misma infracción, prueba de ello es la resolución N° 827-2011-TC-S4 que analizó la misma infracción, sobre el mismo sujeto, TESACOM y su representante legal el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, pero en otro proceso de selección ante la Marina, y determinó sancionar por doce meses a TESACOM, puesto que se determinó que aun estando en situación de disponibilidad su vínculo con la Marina continua.

Por lo que, el TCE en virtud de la teoría de los actos propios, como dice Santos (2010) esta teoría restringe a la Administración Pública tomar decisiones que contradigan o sean discordantes con los precedentes previamente establecidos sobre los mismos hechos. Por lo que el TCE no puede apartarse de su propio análisis preestablecidos más aun sin una justificación razonable y suficiente.

En esa medida, queda claro que existe falta de motivación en virtud de que transgrede el ordenamiento jurídico puesto que el TCE no justifica de manera razonable porque realizo un cambio sobre su análisis preestablecido, con lo que se contraviene el principio de conducta procedimental en la buena fe de las partes, puesto que el TCE no puede apartarse contra sus propios actos, más aun cuando no brinda la justificación necesaria para cambiar su criterio en la valoración sobre la Opinión N° 045-2013/DTN.

Además, es importante resaltar lo establecido en el voto en la discordia del Vocal Mario Arteaga en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1 en medida de que consideró relevante establecer que los oficiales en situación de disponibilidad o de retiro de la Marina aun estando en esa situación gozan de una posición de ventaja frente a otros postores en medida que ostentan de prerrogativas, tales como goce de honores, preeminencias, beneficios, tratamientos, entre otros; por

lo que consideró que ello atentaría contra principios que rigen las contrataciones, sin embargo erróneamente en su análisis considero que solo los oficiales generales o Almirantes tenían estas prerrogativas, pero la normativa especial de la Marina, estableció que tanto los oficiales generales, Almirantes y oficiales superiores, siendo la categoría de oficial superior del Capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, mantienen las prerrogativas mencionadas en situación de disponibilidad, por lo que siguiendo el criterio del vocal corresponde que se encuentre dentro del impedimento al capitán y en consecuencia TESACOM, puesto que el fin del impedimento es evitar que se generen conflicto de intereses o situación de ventaja de un postor frente a otro postor y se vulnera la Libre competencia contemplado en la Constitución.

Ahora bien, con respecto al requisito de validez del acto administrativo correspondiente a la finalidad pública están deben realizarse conforme al interés público de las normas.

Al respecto en la Casación N° 8125-2009 DEL SANTA, en el fundamento noveno, se establece que:

Aunado a ello, tal como lo exige el artículo 202 numeral 202.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se debe tener en cuenta que: *“(..)* no basta que los actos administrativos objeto de la potestad de nulidad de oficio estén afectados por vicios graves que determinen su invalidez absoluta, sino que, además, deben agravar el interés público, lo que trasciende el estricto ámbito de los intereses de los particulares destinatarios del acto viciado porque se exige que para ejercer la potestad de nulificar de oficio sus propios actos, la Administración determine, previa evaluación, el perjuicio para los intereses públicos que le compete tutelar o realiza”. En tal sentido, cabe señalar que el interés público es un concepto jurídico genérico con contenido y extensión variable, que tiene que ver con aquello que beneficia a todos como comunidad, por ello se afecta cuando el acto viciado tiene repercusiones no solo en un reducido grupo de personas sino en la colectividad. (2012).

En atención a lo referido, consideramos que dejar sin efecto la sanción de trece meses afecta a las contrataciones con el Estado, en virtud de que TESACOM, seguirá infringiendo la normativa de contrataciones públicas y seguirá beneficiándose de los recursos públicos, aun cuando se evidencia que se encuentra en ventaja frente a otros postores, puesto que la situación de disponibilidad del capitán de fragata de la Marina no significa un apartamiento de la Marina.

En consecuencia, se estaría vulnerando la finalidad pública de los actos administrativos puesto que se contraviene el artículo 61, 62 y 76 de la Constitución; en principio porque la carta magna busca proteger la Libre competencia y combate el abuso de posición dominante o monopólicas, en esa línea, el modelo de economía social de mercado busca la igualdad de los competidores ante la Ley, y que los postores puedan ser libres al contratar, sin embargo, esta Libertad no puede contravenir leyes de orden público. Ahora bien, cuando se realizan contrataciones con el Estado que requieren fondos públicos para ejecución de obra, suministro de bienes o servicios se realizan mediante procesos de selección, a fin de establecer sus procedimientos, excepciones y requisitos nos remitimos a la Ley especial sobre la materia recaído en el DL 1017, ello en concordancia con el artículo 76 de la Constitución.

En esa medida el Decreto Legislativo 1017, estableció los procedimientos, excepciones y los requisitos bajo los cuales se rigen las contrataciones de bienes, servicios, consultorías y/o ejecución de obras que realicen las entidades públicas, así como establece las personas naturales y jurídicas que se encuentran impedidas para contratar con el Estado en virtud de salvaguardar la transparencia de las Contrataciones y el orden público e interés general de todos los postores que cumplen con los requisitos de admisibilidad que participan en los procesos de selección.

En consecuencia, se evidencia una contracción en la motivación dado que no justifico razonablemente el cambio de criterio preestablecido para valorar la Opinión N° 045-2013-DTN; y vulneró la finalidad pública de las contrataciones

con el Estado en concordancia con la Libre Competencia y Libertad de contratación contempladas en la Constitución.

5.2. La Resolución N° 1990-2013-TC-S1 no se emitió en concordancia del principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad.

La resolución N° 1990-2013-TC-S1 trasgredió el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad establecidos en la Ley N°27444, principios bajo los cuales están regidos los procedimientos administrativos, en medida de que, el TCE deja sin efecto un acto administrativo contraviniendo el artículo 61, 62 y 76 de la Constitución, y vulnerando el artículo 10 de la DL 1017, así como que se trasgrede la finalidad pública del acto administrativo en medida de que el impedimento busca resguardar los principios de las contrataciones públicas puesto que, la razón de ser del impedimento es impedir que una persona natural o jurídica tenga ventajas y/o prerrogativas frente a otros postores en virtud de su posición de poder en la Entidad donde pertenece.

Sobre la vulneración al principio de legalidad

Con respecto al principio de legalidad, Santy señala:

El principio de legalidad es una regla fundamental en el Derecho Administrativo; esto quiere decir, que todo acto administrativo sea fundado sobre una base legal, situación que implica que haya un fundamento jurídico en el orden jurídico existente. De otro lado, esta “base legal” no se encuentra necesariamente en el campo de la ley, sino también, de la Constitución, tratados internacionales, reglamentos, principios generales del Derecho o de un acto administrativo (2017, p. 191).

En esa medida, la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, vulnera el principio de legalidad, dado que el TCE en uso de sus facultades atribuidas no actúa con respecto a la Ley N° 27444, en medida que como autoridad administrativa contraviene los impedimentos establecidos en el DL 1017, así como dispositivos Constitucionales que buscan la Libre contratación, pero en igualdad de condiciones ante la Ley de los postores, en suma aun cuando ostenta de una

potestad sancionadora este no puede en su posición de poder contravenir las normativas y los principios contemplados, así como el razonamiento establecido en el acto administrativo previamente emitido sobre el mismo expediente.

A nivel Constitucional la referida resolución vulnera el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, en el cual se contempla el derecho de contratación y hace una excepción cuando estas vulneran leyes de orden público, en efecto el impedimento en el cual se encontraba inmerso el Capital de Fragata vulnera el orden público puesto que contrato en la misma Entidad de donde es parte, lo cual, además, vulnera la transparencia de las Contrataciones.

Con respecto a la libre de contratar, contemplado en el artículo 62 de la Constitución, Landa (2014) señala:

En el caso concreto, la libertad contractual y la de celebrar todo tipo de acuerdo, en cuanto derechos fundamentales, tienen sus límites consustanciales en otros derechos fundamentales, los cuales representan, en último término, el orden público del ordenamiento jurídico, orden a cuya observancia, desde siempre, ha estado condicionada la validez de la autonomía privada. Así, tenemos que los dos principales límites a la libertad contractual son: (i) El orden público; y, (ii) otros derechos fundamentales y bienes constitucionalmente protegidos. (p.316)

En concordancia con ello, queda establecido que el derecho fundamental de Libertad de contrataciones tiene límites y uno de ellos es el orden público, lo referido en concordancia con la Libre competencia, contemplado en el artículo 61 de la Constitución, que en virtud de la economía social de mercado se protege la libertad de contratación en igualdad de condiciones para los postores, ello en concordancia con el artículo 76 del mismo texto normativo que establece que los procesos de contratación que se realicen con fondo público se deben regir bajo la normativa especial que prevé los procedimientos, requisitos y excepciones para los postores en los procesos de selección.

Lo manifestado, en virtud del fin de los impedimentos de evitar conflicto de interés, posiciones privilegiadas, influencia en el proceso de selección y/o acceso a información confidencial por la posición de poder que ostenta en la Entidad de donde es parte.

Sobre la vulneración a la conducta procedimental

Al respecto, Guzmán (2020) establece:

El principio de conducta procedimental es en realidad un principio que resulta aplicable a gran parte del ordenamiento jurídico y que aparece para cautelar el adecuado funcionamiento de los procedimientos en general. A su vez, pretende asegurar la confianza de las partes en la conducta adecuada de la otra. Ello evidentemente incluye también a la Administración Pública, puesto que se permite al administrado confiar en que la Administración resolverá conforme a derecho. (p.243)

La misma cautela la Buena fe del procedimiento; en virtud de ello nos remitimos al principio de buena fe procedimental, contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que establece que “la autoridad administrativa no puede actuar contra sus propios actos”.

En esa medida, en el presente expediente el TCE en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 determinó que la opinión N° 045-2013/DTN aborda un diferente motivo de impedimento, específicamente la prohibición de que un funcionario reciba dos salarios del Estado por lo que no era aplicable al presente expediente; sin embargo, en la Resolución N° 1990-2013-TC-S1, el TCE indicó que, por analogía, se debe considerar la Opinión N° 045-2013/DTN debido a su carácter vinculante; por lo que cambió su razonamiento preestablecido sin una justificación razonable por lo que el mismo TCE actúa en contra de sus propio criterio pre establecidos.

Aunado más en el ello, otra sala del TCE en la Resolución N° 827-2011-TC-S4, resolvió sobre la misma infracción imputada a TESACOM, con respecto al impedimento de su representante legal el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias y su situación de disponibilidad, pero recaído en otro proceso de selección ante la Marina, donde se resolvió sancionar a TESACOM ya que se estableció que, a pesar de estar en situación de disponibilidad, mantiene su conexión con la Marina.

En suma, queda claro la vulneración al principio de Buena fe de la conducta procedimental en medida de que el TCE se aleja de sus propias decisiones sin justificación para cambiar el razonamiento, sino que vagamente cita una opinión y deja sin efecto el acto administrativo donde sancionó a TESACOM.

Sobre la vulneración al principio de razonabilidad

Al respecto Lucchetti (2009) señala:

El principio de razonabilidad obliga a que las decisiones de la autoridad administrativa mantengan la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (p. 485).

Ahora bien, en el presente expediente el TCE vulnera el principio de razonabilidad puesto que, en la resolución N° 1990-2013-TC-S1 no califica la infracción, sino que únicamente cita la opinión N° 045-2013(DTN) y declara fundado el recurso de reconsideración, sin tutelar los fines públicos que este tiene en virtud de su potestad sancionadora, puesto que dejar sin efecto la sanción cometida por TESACOM siendo que su decisión del TCE atenta contra la transparencia de las contrataciones públicas, en síntesis no mantiene la debida proporción puesto que la resolución de reconsideración no se encuentra motivada y mucho menos fundada en derecho.

Por último, de la comisión de la infracción el postor se benefició ilícitamente al suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL, puesto que significo un beneficio económico a favor de la empresa; la infracción fue denunciada por un tercero y detectada sin embargo el TCE en uso de sus facultades no sanciono el ilícito cometido; por su parte, el administrado es reincidente en el hecho imputado puesto que ya había sancionado por la misma infracción en las resoluciones N° 694-2011-TC-S2, N° 742-2011-TC-S2 y N° 827-2011-TC-S4.

En resumen, el acto administrativo vulnera el principio de razonabilidad en medida que vulnera la finalidad publica de la libertad de competencia y contratación en igualdad de condiciones para los postores, así como la transparencia y trato igualitario en las Contrataciones públicas.

Sobre la vulneración al principio de imparcialidad

Este principio busca que la autoridad administrativa resuelva en concordancia con el ordenamiento jurídico y el interés general, como hemos demostrado en los apartados anteriores esta resolución no fue motivada razonablemente y transgrede la finalidad pública del acto administrativo.

En esa medida, el TCE no resuelve conforme al ordenamiento jurídico vigente por lo que vulnera el principio de imparcialidad, puesto que de la revisión normativa se ha verificado que el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, oficial superior, de la Marina, al encontrarse en situación de disponibilidad conversa el goce de honores, preeminencias, beneficios, tratamiento y otros beneficios propio de la Marina, ello en virtud del Reglamento de la Ley N° 28359; con lo cual su participación lo coloca en posición de ventaja, y por extensión a TESACOM, frente a otras personas naturales o jurídicas que no ostentan de dichos beneficios.

Es pertinente, establecer la naturaleza jurídica de los impedimentos, puesto que estos buscan cautelar los principios de las contrataciones públicas, tales como principio de libre competencia, imparcialidad, transparencia, trato justo e igualitario y moralidad.

En la misma línea, Armas (2015) señala:

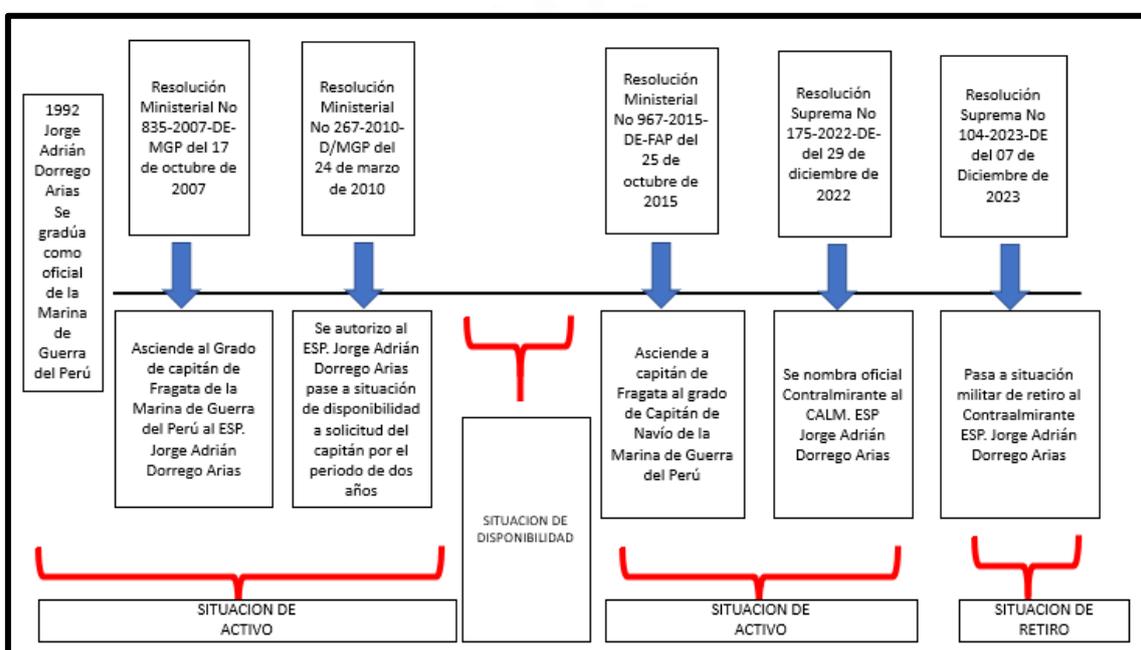
“No obstante, la existencia de potenciales escenarios de corrupción invita al legislador a formular impedimentos que respondan no solo a la concurrencia de supuestos verificables en la realidad, sino que además se encuentren inspirados en parámetros de razonabilidad y de justificación en los bienes jurídicos cuya tutela es procurada en el proceso de contratación”. (p.141).

Por lo que, los impedimentos buscan cautelar la libertad de competencia en igualdad de condiciones ante la Ley, es evidente que un oficial superior de la Marina, que ha tenido posición de poder frente a un grupo determinado en la Institución, información privilegiada, lo pone en una situación de ventaja frente a otros postores que no son parte de la misma Institución, es por ello que la normativa especial de contratación establece taxativamente las personas naturales y jurídicas que se encuentran impedidas para ser postores a fin de

cautelar la transparencia en las contrataciones públicas y evitar prácticas que favorezcan a los postores.

5.3 El impedimento para contratar con el Estado del Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, servidor público en situación de disponibilidad es acorde a Derecho

A efectos de determinar el impedimento en el cual se encontraba inmerso el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias se establece la siguiente cronología de situación militar, conforme a la siguiente imagen:



Como se evidencia, del cuadro el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias inicia funciones en la Marina en el año 1992, durante su carrera militar ascendió a distintos rangos, es así que al año 2007 asciende al grado de Capitán de Fragata de la Marina, posteriormente ingresa a la situación de disponibilidad y después retorna a la actividad militar siendo ascendió en el año 2015 a capitán de Navío y en el año 2022 es nombrado Contralmirante de la Marina, concluyendo con la situación de retiro en el años 2023.

Ahora bien, es durante su condición militar de disponibilidad que se le imputa estar impedido para suscribir Contrato con la Marina, puesto que transgrede lo establecido en el artículo 10 del DL 1017, conforme al siguiente detalle:

Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

d) 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;

i) 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;

El referido texto normativo, restringe la participación de las personas naturales y jurídicas como postores y/o contratistas en procesos de selección convocados por las Entidades del Estado. En específico, determina que están impedidos en la misma Entidad donde pertenecen los servidores públicos, según su normativa especial por el cual están regido. Por consiguiente, este apartado normativo, restringe un derecho fundamental de libre contratación para estas personas únicamente en la misma Entidad de la cual son parte, en concordancia con ello, el literal i) del citado texto normativo extiende el impedimento para los integrantes de los órganos de administración y representantes de la persona jurídica.

Al respecto Retamozo (2017) manifiesta que:

Los trabajadores de las empresas del Estado y servidores públicos comprendidos en el referido literal son aquellos que por el cargo o función que desempeñan tiene influencia, poder de decisión o información privilegiada sobre el proceso de contratación, por lo que es esta es la condición de cumplimiento necesario para la configuración de la infracción. (p.74).

Dicho de otra manera, para que se configure la infracción estos deben tener posición dominante, potestad de decisión e información crucial al pertenecer a la misma Entidad en donde están participando como postores.

Por su parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional, recaído en el Exp. N° 03150-2017-PA/TC Domingo García Belaunde, en el fundamento 33, manifiesta que hay una amenaza de vulneración al derecho a la libre contratación, pero establece excepciones “(..) a) la contratación con la propia Entidad en la que labore dicha persona natural; y b) la contratación del cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la Republica”.

A mi entender, el Tribunal Constitucional establece que limitar la contratación cuando se contrata con la misma Entidad en la que el personal pertenece representa la excepción para vulnera el derecho a la libertad de contratar, puesto que se protege otros principios de la normativa que buscan salvaguardar el derecho a la igualdad de los postores en concordancia con el artículo 61 y 76 de la Constitución.

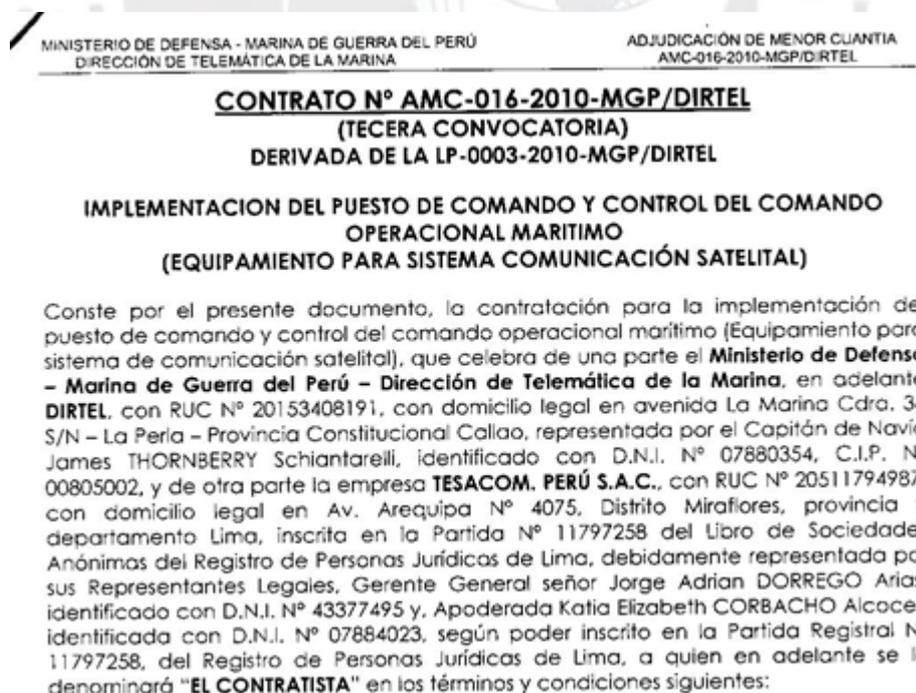
En la misma línea, Navas (2011) señala que:

Si bien la regla general en la normativa de las contrataciones públicas determina la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en condiciones de igualdad en los procesos de selección convocados por las entidades del Estado; sin embargo esta libertad de participación tiene restricciones en la concurrencia de postores y contratistas, en la medida de que existen personas cuya participación puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia por la naturaleza de sus atribuciones o por las condiciones o funciones que desempeña; así como para evitar que conflicto de intereses que perjudiquen al idoneidad de las contrataciones. Los impedimentos para contratar con el Estado vienen a constituir situaciones de excepción que deben ceñirse a sus propios términos y racionalidad. Debe quedar claro que su objeto no es cerrar el mercado a un determinado grupo de personas sino fomentar la transparencia y probidad en el uso de los recursos públicos. (p.158).

En concordancia con Navas es oportuno restringir derechos fundamentales cuando estas vulnerar el principio de transparencia, imparcialidad y libre competencia, en medida que cuando una persona es postor de la misma Entidad de donde es parte, existe un conflicto de intereses puesto que se puede malversar los recursos públicos, vulnerando una contratación conforme a Ley.

Retornando al análisis principal sobre el impedimento en el cual se encontraba el Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, el TCE establece que para se configure la infracción establecida en el literal d) del artículo 51.1 del DL1017 se debe cumplir con dos requisitos indispensables, en primer lugar, suscribir un contrato con una Entidad del Estado y, en segundo lugar, al suscribir el contrato el postor haya estado inmerso en un impedimento conforme a Ley.

Sobre el primer requisito, es evidente que el acontecimiento se produce el 29 de octubre de 2010, al suscribirse el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL, conforme a la siguiente imagen:



Sobre el segundo requisito, que se haya suscrito el Contrato referido estando inmerso en un impedimento conforme las restricciones establecidas en el artículo 10 del DL 1017. Así pues, al suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con

la Marina, como gerente general de la empresa TESACOM y al momento del acontecimiento encontrarse en situación de disponibilidad de la Marina, vamos a demostrar que si estaba impedido para contratar con la Marina.

5.3.1 Situación de Disponibilidad del Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias

Los oficiales de la Marina se rigen bajo la Ley N° 28359, Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas (en adelante “Ley 28359”) y su reglamento aprobado por Decreto Supremo 007-2005-DE-SG (en adelante “Reglamento de la Ley 28359”), el apartado establece que los oficiales de la Marina, siendo estos servidores públicos tiene derecho a la asignación del denominada empleo en concordancia con las normas laborales.

Sobre el mismo, el artículo 23 de la Ley 28359 establece que una vez transcurrido siete años en servicio el oficial está facultado para solicitar el pase a situación de disponibilidad, siempre y cuando cumpla con los requisitos de la Ley especial, siendo que goza de beneficios propios de su categoría militar.

En la misma línea, el artículo 30 de la Ley 28359 manifiesta que disponibilidad se refiere al estado temporal en que el oficial esta fuera de la situación de actividad, con la posibilidad de regresar a ella.

Ahora bien, en concordancia con lo mencionado corresponde identificar la relación en la cual se encontraba el capital de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias.

En primer lugar, al año 2007 el señor Jorge Adrián Dorrego Arias, ostentaba del grado de capitán de fragata, de acuerdo con la Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP equivalente al grado militar de Oficial Superior de la Marina, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 28359.

Artículo 13.- Equivalencias de categoría y grado militar

A) La categoría y el grado militar equivalente para el personal de Oficiales de las Fuerzas Armadas, es el siguiente:

2) OFICIALES SUPERIORES

MARINA DE GUERRA

Capitán de Navío

Capitán de Fragata

Capitán de Corbeta

En consecuencia, el 24 de marzo de 2010 se otorga al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias la condición de disponibilidad a solicitud de este por el periodo de dos años. Por lo que corresponde analizar en virtud de la Ley 28359, las prerrogativas de los servidores públicos con condición de disponibilidad.

En esa medida corresponde traer a colación el artículo 42 del Reglamento de la Ley 28359, la cual señala:

Artículo 42.- Prerrogativas en Situación de Disponibilidad

El Oficial General o Almirante en Situación de Disponibilidad, conserva el goce de los honores, preeminencias, beneficios, tratamientos y otros goces correspondientes a su grado en Situación de Actividad, con excepción del Oficial comprendido en los literales B) y C) del Artículo 31 de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas.

El Oficial Superior o Subalterno que pase a la Situación de Disponibilidad conserva el goce de los honores, preeminencias, beneficios, tratamientos y otros goces correspondientes a su grado en Situación de Actividad con excepción del Oficial comprendido en los literales B) y C) del Artículo 31 de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas.

De ahí que, el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias, oficial superior de la Marina, a solicitud paso a la situación de disponibilidad siendo que este sigue ostentado del carácter de oficial superior y dado que su pase a disponibilidad no fue por una infracción, este ostenta de las prerrogativas de goce de honores, preeminencias, beneficios y otros goces propios de la Marina, en virtud de ello, la situación de disponibilidad es similar a una licencia sin goce de haber.

En resumen, el capitán de fragata aun estando en situación de disponibilidad forma parte de la Marina más aun cuando sigue cumpliendo con obligaciones propias de esta, como lo establecido en el artículo 41 de la Ley 28359, puesto que este establece que el oficial en condición de disponibilidad está obligado en comunicar a la Marina, en caso cambie de Domicilio o realice un viaje al extranjero, previamente durante este periodo de disponibilidad.

Con lo cual demostramos que aun estando en una situación de disponibilidad, transitoriamente apartado de sus funciones, tiene restricciones y tiene que cumplir con las normas que le impone la Marina.

En conclusión, los oficiales de la Marina de Guerra del Perú en situación militar de disponibilidad, a solicitud, son parte del régimen laboral especial regido por la Ley 28359, y su reglamento de la Ley 28359, las cuales incluyen derechos y deberes, beneficios, condición de servicios y el tiempo de servicio.

5.3.2 Test de Proporcionalidad sobre del impedimento del Capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias

A fin de determinar si la restricción de contratar es conforme a derecho se procederá a realizar una prueba de proporcionalidad a fin de identificar que el impedimento es coherente con los principios de las contrataciones con el Estado, con lo cual se debe analizar si la medida restrictiva de derechos fundamental responde a un fin constitucional legítimo.

En primer lugar, juicio de idoneidad, la cual establece si la medida diferenciadora es idónea para lograr el fin constitucional, en ese sentido restringir la participación para ser participantes, postores y/o contratistas en la misma Entidad de la cual son parte es una medida idónea para proteger el principio de transparencia, imparcialidad y libre competencia, lo cual evita que este grupo de personas tengan una ventaja frente a otras que no son parte de la Institución, con lo cual se protege la libertad de contratación en igualdad de situación, en el presente caso al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias en situación de disponibilidad de la Marina, presenta el impedimento para contratar en la misma entidad de donde es parte, dado que se busca proteger la libertad de contratación sin vulnerar el orden público y la transparencia en las contrataciones, por lo que se busca salvaguardar los artículos inciso 14 del artículo 2, 61, 62 y 76 de la Constitución.

En segundo lugar, el juicio de necesidad busca un medio alternativo para lograr el objetivo, en el presente caso no evidenciamos una alternativa sino únicamente a través de los impedimentos establecidos taxativamente en la normativa, dado que la restricción únicamente alcanza a la misma Entidad, sin embargo, el postor podría sin ninguna restricción participar en diferentes procesos de selección en otras Entidades, en tanto cumpla con los requisitos de admisibilidad, en esa medida el capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias al ser parte de la Marina

tiene el impedimento de contratar en la misma Entidad de donde es parte, siendo que libremente podría ser postor en otro proceso de selección en otras Entidades el Estado.

Y, por último, proporcionalidad en sentido estricto, a la cual superamos porque se ha superado previamente los juicios de idoneidad y necesidad, esta evalúa si existe una relación adecuada entre el objeto perseguido y el impacto hacia los derechos humanos. En ese sentido, restringir la participación a los servidores públicos que son parte de la estructura del Estado, es proporcional dado que estos por su cargo de poder en la misma Entidad, tienen información privilegiada, frente a otros, lo cual protege la transparencia, imparcialidad y libres competencias, en efecto, limitar la participación del capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias a ser postor en un adjudicación en la Marina es constitucional con la libertad de contratación y libre competencia dado que este en su situación de oficial superior mantiene una jerarquía dentro de la misma institución, como hemos evidenciado en los párrafos precedente al momento de ser postor este tenía la categoría de oficial superior y el cargo de capitán de Fragata de la Marina en situación de disponibilidad.

Ahora bien, una vez superado el test de proporcionalidad se evidencia que la medida restrictiva de derechos fundamentales para el capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias para contratar en la misma Entidad de donde es parte, garantiza la transparencia, imparcialidad y libre competencia en los procesos de selección y protege los derechos fundamentales de la libre competencia y libertad de contratación en igualdad de condiciones para no vulnerar el orden público y la igualdad de trato justo e igualitario de los postores en marco de una contratación con el Estado.

5.4 El carácter vinculante de la Opinión N° 045-2013/DTN en marco del DL 1017 y su reglamento

La normativa bajo el cual se rigió el presente proceso administrativo sancionador es el DL 1017 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, derogado el 08 de enero de 2016, este dispositivo establecía expresamente en la Tercera Disposición Complementaria Final lo siguiente:

Las opiniones mediante las que el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado tienen carácter vinculante desde su publicación en el portal institucional del OSCE. El criterio establecido en la opinión conservará su carácter vinculante mientras no sea modificado mediante otra opinión posterior, debidamente sustentada o por norma legal. (2008)

En ese sentido, en la Ley de Contrataciones y su reglamento vigente al 2010, estableció literalmente que las opiniones OSCE son vinculantes y que únicamente pueden ser modificadas por otra opinión posterior, dado que esta fue la normativa vigente al momento de cometer la infracción le es aplicable la Opinión N° 045-2013/DTN; sin embargo es menester indicar que las opiniones OSCE son vinculantes aun teniendo la nueva normativa recaída en la Ley N° 30225, si bien esta no manifiesta textualmente que son vinculantes hay sendas opiniones donde la DTN ratifica como una función principal absolver consultas sobre materia de contrataciones públicas.

5.4.1. Sobre la Opinión N° 045-2013/DTN

Ahora bien, en el apartado precedente hemos determinado que la normativa vigente al momento de cometer la infracción, Decreto Legislativo N° 1017 consideraba literalmente que las Opiniones OSCE son vinculantes.

La opinión N° 045-2013/DTN fue emitida el 30 de mayo de 2013 solicitado por la Policía Nacional del Perú (en adelante “PNP”), institución que se rige bajo su norma especial recaída en el Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y situación del personal de la Policía Nacional del Perú y responde a la consulta sobre los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista de los oficiales y suboficiales de la PNP y sus familiares.

La referida opinión, analiza el literal I) del artículo 10 del DL 1017, Lo que implica que los servidores públicos, incluyendo al personal de la PNP en situación de disponibilidad o actividad, no pueden recibir dos salarios ni otros ingresos del Estado. Como resultado, se prohíbe que participen en contratos de servicios generales y consultoría realizados por las Entidades del Estado

Es evidente, que la referida opinión es solicitada por la PNP, institución que se rige bajo su normativa y sus funciones especiales, distintas a las de la Marina, la misma opinión reafirma que cualquier individuo o persona jurídica puede participar como oferente en los procesos de contratación, excepto aquellos descritos en el artículo 10 del DL 1017.

Como se mencionó anteriormente, la restricción descrita se aplica exclusivamente dentro de la Entidad y tiene como objetivo limitar la participación de sus miembros en los procesos de contratación que la Entidad realiza para cubrir sus necesidades. Esto se hace para prevenir conflictos de intereses que puedan afectar la transparencia y, en última instancia, la calidad de las contrataciones

5.5. La sanción imputada a TESACOM en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 fue emitida en concordancia con el ordenamiento jurídico

El 12 de agosto de 2013 se emitió la resolución N° 1737-2013-TC-S1, de la primera sala del TCE integrada por los vocales Sifuentes Huamán, Ferreyra Coral y Arteaga Zegarra, que determinaron imponer la sanción de trece meses contra TESACOM en suspensión en derecho para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por haber encontrado su responsabilidad en presentar información inexacta en marco de la declaración jurada de no tener impedimento para contratar con el Estado y por contratar con el Estado están su representante Legal impedido para ello.

Por lo que, la referida resolución realiza un análisis sobre las infracciones imputadas por lo que concluye lo siguiente:

- Los impedimentos permiten salvaguardar los principios que rigen las contrataciones públicas, en virtud de ello el literal d) del artículo 10 de la Ley, limita la participación de personas naturales o jurídicas que forman parte de la misma Entidad para evitar conflicto de intereses que afecten la transparencia del proceso de selección.
- El TCE manifiesta que los miembros de las Fuerzas Armadas se regulan bajo la Ley 28359 y que estos son servidores públicos.

- Sobre el capitán de Fragata Jorge Dorrego Arias, oficial en situación de disponibilidad sigue siendo parte de la Marina por lo cual si está inmerso en el impedimento establecido en el DL 1017.
- Dado que se demuestra que el señor Jorge Dorrego Arias si se encontraba inmerso en el impedimento, este se extiende a la empresa TESACOM de donde es gerente general.
- Sobre la opinión N° 045-2013/DTN7 manifiesta que en él se analiza el literal l) del artículo 10 de la del DL 1017, literal diferente a analizado en el presente expediente y se cautela que un oficial no reciba doble remuneración por parte del Estado.
- Sobre la decisión del comité de apelaciones manifiesta que esta es resuelta en un proceso específico y distinto y no deviene de vinculante, puesto que la facultad para emitir pronunciamiento e interpretar la normativa es del OSCE.

En ese sentido, nos encontramos de acuerdo con el análisis realizado por el TCE puesto que salvaguardo los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia, trato justo e igualitario y razonabilidad

Ahora bien, a la fecha emisión de la resolución TESACOM ya había sido sancionado por la misma infracción en distintos procesos de selección ante la Marina, conforme al siguiente detalle:

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.

Por lo que, es acorde a derecho imponer la sanción de trece meses, aun cautelando la graduación de la sanción, puesto que como se evidencia es un infractor reincidente sobre el mismo hecho.

5.5.1. Sobre el impedimento de TESACOM para contratar con el Estado

En concordancia con el registro de CONOSCE del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, al año 2010, TESACOM, identificada con RUC N° 20511794987, tenía como representante al capitán de Fragata Jorge Adrián Dorrego Arias identificado con DNI N° 43377495. Ello, en concordancia con la partida Registral de TESACOM, siendo que para el año 2007 se designó como gerente general al Jorge Adrián Dorrego Arias.

Ahora bien, el DL 1017 establecía textualmente que los servidores públicos se encontraban impedidos para ser postores en la misma Entidad de donde son parte, en el mismo artículo 10 inciso i) extendía la prohibición para las personas jurídicas que en su composición tuvieran a representantes o órganos de administración, por lo que TESACOM al tener como representante al capitán de fragata Jorge Adrián Dorrego Arias se encontraba impedido para presentarse en la Adjudicación N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL y suscribir el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL con la Marina.



VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

La Resolución 1990-2013-S1-TC no fue emitida conforme a los principios de la Ley del procedimiento Administrativo General puesto que vulnera el principio de legalidad, conducta procedimental e imparcialidad, en medida de que el acto administrativo contraviene dispositivos Constitucionales recaídos en el artículo 61, 62 y 76 de la Constitución, así como la decisión atenta contra el fin público de las Contrataciones y el interés general en medida de que el postor infractor seguirá beneficiándose los recursos públicos, así como trasgrede el fin de los impedimentos que buscan evitar circunstancias de conflicto de interés y situación de privilegio frente a otros postores que no ostentan de prerrogativas.

La Resolución N° 1990-2013-S1-TC es un acto administrativo que no cumple con los requisitos de validez en medida de que se vulnera la finalidad pública y existe contradicción en la motivación del este acto.

Del análisis realizado el capitán de fragata Jorge adrián Dorrego Arias, servidor público de la Marina de Guerra del Perú en situación de oficial superior y condición de disponibilidad, si se encuentra impedido para contratar con el Estado, puesto que es parte de la Marina y ostenta de prerrogativas propias de la Marina.

La Resolución N° 1737-2013-S1 que sanciona a TESACOM por trece meses se emitió en concordancia con el DL 1017 y la Constitución en medida de que si hay responsabilidad por presentar información inexacta y suscribir contrato estando impedido para ellos.

En suma, el criterio asumido por el TCE en la resolución 1990-2013-S1 presenta contradicción en la motivación, por lo que es un acto administrativo que vulnera la finalidad pública de las Contrataciones con el Estado en concordancia con él los artículos 61, 62 y 76 de la Constitución, así como vulnera los principios de legalidad, razonabilidad e imparcialidad recogidos en la Ley N° 27444, bajo el cual se rige la autoridad administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- Armas, S. (2015). El impedimento para la Contratación estatal de la Persona Jurídica Vincula. *Derecho & Sociedad* (44), 139-144. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14395/15010>
- Constitución Política del Perú (1993). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678>
- Casación N° 8125-2009 (17 de abril de 2012). Corte Suprema de Justicia de la Republica. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/89403d004e59ed3fa43ea556acd5e45f/CAS+8125-2009.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=89403d004e59ed3fa43ea556acd5e45f>
- Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado (4 de junio de 2008). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H672790>
- Decreto Supremo N° 007-2005-DE-SG, Aprueban Reglamento de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas (17 de febrero de 2005). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H885934>
- Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado (1 de enero de 2009). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H673255>
- Guzmán, C. (2013). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Instituto Pacífico.
- Guzmán, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado: análisis de la Ley y su reglamento*. Gaceta Jurídica.
- Guzmán, C. (2021). *Procedimiento Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico.
- Guzmán, C. (2009). Los principios generales del Derecho Administrativo. *Ius et veritas*, (38), 228-249.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12203/12768>

- Jara, J. (2022). *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico.
- Landa, C (2014). La Constitucionalización del derecho civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *Themis* (66), 309 – 327. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702/13255>
- Ley N° 28359, Ley de situación militar de los oficiales de las fuerzas armadas (13 de octubre de 2004). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H876075>
- Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (11 de abril 2001). <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H805476>
- Lucchetti, A. (2009) Algunos alcances en la aplicación del principio de razonabilidad de las decisiones administrativas. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 484-489. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14044/14666>
- Ministerio de Economía y Finanzas. (2013). Opinión N° 045-2013/DTN.
- Navas, C. (2011). *Responsabilidad y sanciones en las Contrataciones del estado*. Lima.
- Pedreschi, W. (2010). Notas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen general actualmente vigente. *IUS ET VERITAS*, 20(41), 198-219. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12120>
- Retamozo, A. (2015). *Procedimiento Administrativo Sancionador: responsabilidad administrativa, disciplinaria y funcional*. Gaceta Jurídica.
- Retamozo, A. (2017). *Los Impedimentos para contratar con el Estado: Análisis legislativo y jurisdiccional*. Gaceta Jurídica.

- Santy, L. (2017) El principio de legalidad en el Derecho Administrativo Sancionador. *Gaceta Constitucional* (119),189-197.
- Santos, A. (2010). Teoría de las Autolimitaciones Administrativa: actos propios, confianza legitima y contradicción entre órganos administrativos. *Circulo de Derecho Administrativo*, (9), 39-47.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13704/14328>
- Tirado, J. (2011). Principio de proporcionalidad y sanciones administrativas en la jurisprudencia constitucional. *Derecho PUCP*. (67), 457-467.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2996/3548>
- Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC. (2012,16 de enero).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/03891-2011-AA.html>
- Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 04196-2011-PA/TC. (2011, 9 de noviembre).
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/04196-2011-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 04293-2012-PA/TC. (18 de marzo de 2014).
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. Sentencia recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC. (06 de noviembre de 2020).
https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/03150-2017-AA.pdf?fbclid=IwAR0ndxtTyooHhV6hXyp1e67mEm_E2aiPzhH1vcLHlJfo7p7iulcEyV57NoY



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución Nº 1990-2013-TC-S1

Sumilla : *"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".*

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 Nº 497/2012.TC respecto al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa TESACOM PERU S.A.C. contra la Resolución Nº 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 Nº 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 Nº 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**



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

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 ésta, 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.



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 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 carreras 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones de Estado

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) Cesar 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

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.

⁵ **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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

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 Elia 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

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 espacial² y temporal³ 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.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 1990-2013-TC-S1

3.1 "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 reconfiguración 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 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 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.
Ferreyra Coral.
Arteaga Zegarra



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal 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) Contraalmirantes.

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".