

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURIDICA, N°  
497-2012-TC, E-2488, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO  
SANCIONADOR SEGUIDO POR EL TRIBUNAL DE  
CONTRATACIONES DEL ESTADO DEL OSCE CONTRA TESACOM  
PERU S.A.C

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

Javier Alejandro Luna García

REVISOR:

Alejandro Martín Moscol Salinas

Lima, 2024

## INFORME DE SIMILITUD

Yo **Alejandro Martin Moscol Salinas**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/ el trabajo de investigación titulado:

### **INFORME SOBRE EXPEDIENTE DE RELEVANCIA JURÍDICA N° 497-2012-TC, E-2488, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR SEGUIDO POR EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO DEL OSCE CONTRA TESACOM PERU S.A.C**

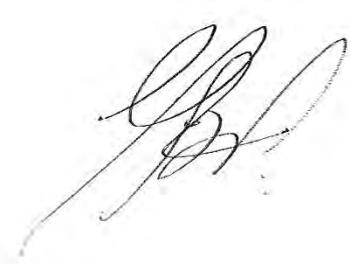
del/ de la autor (a)/ de los(as) autores(as)

**Javier Alejandro, Luna García**

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de **34%**. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **13/03/2024**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 14 de junio de 2024**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <b>Moscol Salinas, Alejandro Martin</b>	
DNI: 09855438	
ORCID: <a href="https://orcid.org/0000-0003-1125-3065">https://orcid.org/0000-0003-1125-3065</a>	
	Firma

A mi querida madre Gloria y amada esposa Estefanía.

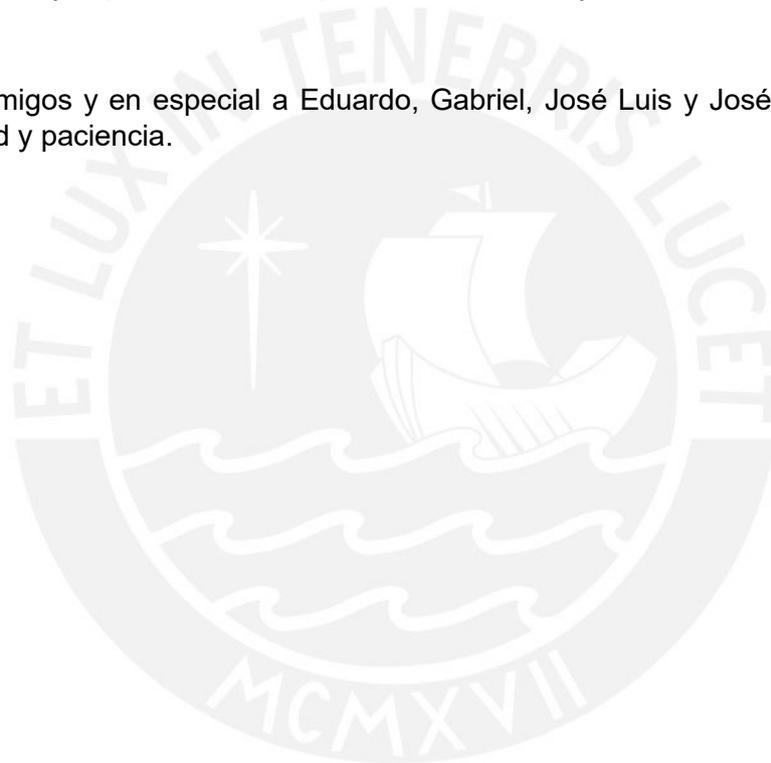


A Dios, por ser la luz en mi camino.

A los maestros y administrativos de mi querida Facultad de Derecho por sus enseñanzas y apoyo.

A mi madre Gloria y esposa Estefanía, por su infinito amor y confianza.

A todos mis amigos y en especial a Eduardo, Gabriel, José Luis y José Miguel por su valiosa amistad y paciencia.



## **RESUMEN**

En el 2012, el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado inició un procedimiento administrativo sancionador, Expediente N° 497/2012.TC, a la empresa TESACOM PERU S.A.C. por el supuesto de haber contratado con el Estado, en un procedimiento de selección convocado por la Marina de Guerra del Perú, a pesar de encontrarse impedida para ello, infracción configurada a raíz de la participación de un oficial de la misma, en situación de disponibilidad, como gerente general de la referida empresa. En consecuencia, luego de haberse emitido, por parte del órgano encargado de resolver estos procedimientos, las Resoluciones N° 1737-2013-TC-S1, que determinó sanción de 13 meses de inhabilitación temporal, y N° 1990-2013-TC-S1, que resolvió dejar sin efectos todos los extremos de la resolución que sancionó a TESACOM PERU S.A.C., corresponde analizar si esta empresa se encontraba impedida para contratar con el Estado, conforme a lo previsto en el artículo 10°, inciso i) de la Ley de Contrataciones del Estado, D.L N° 1017, así como si incurrió en los supuestos de infracción tipificados en el artículo 51.1°, incisos d) e i) de la misma normativa; ello, a partir de: i) la evaluación de la situación de disponibilidad en la que se encontraba el referido oficial, al ser una categoría presente solo en Instituciones Armadas; ii) el análisis de si un oficial de las Fuerzas Armadas puede ser considerado como funcionario o servidor público; iii) la configuración de un supuesto de ruptura de la confianza legítima; iv) la interpretación extensiva de los impedimentos para contratar con el Estado; v) la aplicación de una opinión vinculante al caso de análisis; vi) la existencia de vicios de validez que generen la nulidad de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, a efecto de concluir si TESACOM PERU S.A.C. y su gerente se encontraban impedidos de contratar con el Estado.

## ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	03
I) HECHOS RELEVANTES.....	05
II) IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.....	12
III) ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	
3.1. ANÁLISIS DEL PRIMER PROBLEMA JURIDICO SECUNDARIO.....	13
3.2. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO.....	36
3.3. ANÁLISIS DEL TERCER PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO.....	41
3.4. ANÁLISIS DEL CUARTO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO.....	50
3.5. ANÁLISIS DEL QUINTO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO.....	56
3.6. ANÁLISIS DEL SEXTO PROBLEMA JURIDICO SECUNDARIO.....	60
3.7. ABSOLUCIÓN DEL PROBLEMA PRINCIPAL.....	75
CONCLUSIONES.....	76
BIBLIOGRAFÍA.....	78
ANEXOS.....	85

## INTRODUCCIÓN

1. El procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) materia de análisis, Expediente N° 497/2012.TC, fue iniciado en el año 2012 por el Tribunal de Contrataciones del Estado<sup>1</sup> (en adelante, TCE) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) a la empresa TESACOM PERU S.A.C. (en adelante, TESACOM) por el supuesto de haber contratado con el Estado, en un procedimiento de selección (Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL) convocado por la Marina de Guerra del Perú (en adelante, MGP) para la *“Implementación del puesto de comando y control del comando operacional marítimo”* a pesar de encontrarse impedida para ello; procedimiento al que resulta aplicable la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, RLCE).
  
2. Las presuntas infracciones cometidas por TESACOM fueron: i) haber participado en el procedimiento de selección señalado pese a encontrarse impedido para ello, conforme lo prevé el artículo 51.1°, inciso d), de la LCE, todo ello como consecuencia de, en ese entonces, haber tenido como gerente general a un funcionario o servidor público como lo era el capitán de fragata de la MGP, Jorge Adrián Dorrego Arias (en adelante, señor Dorrego Arias); ii) haber presentado documentación falsa o información inexacta, conforme lo prevé el artículo 51.1°, inciso i), de la LCE, en tanto, la empresa presentó declaración jurada manifestando no encontrarse impedida para contratar con el Estado cuando, siguiendo la línea de la presunta infracción, sí lo habría estado.

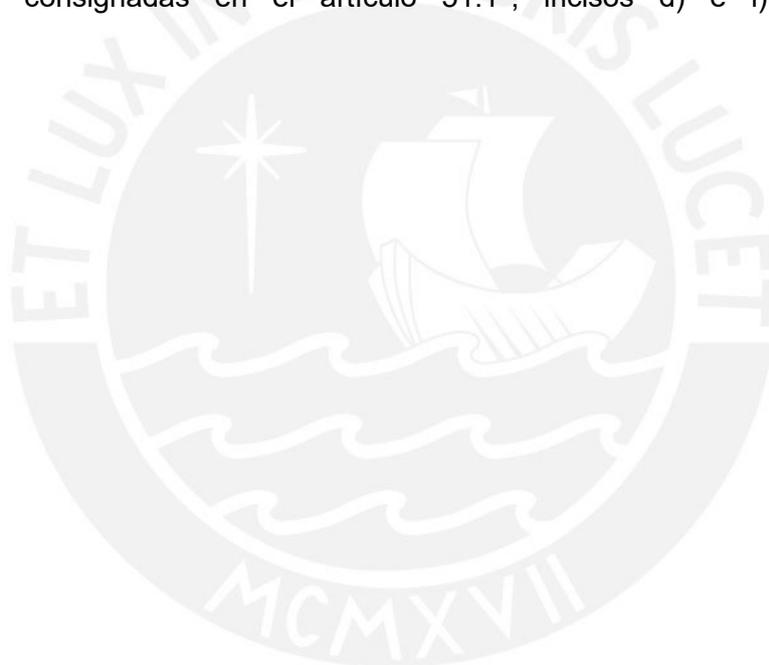
---

<sup>1</sup>-Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado

*“Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Tiene las siguientes funciones: (...) b) Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda, para cada caso. (...)”.* (Norma vigente al momento del PAS, actualmente prevista en el Artículo 59° del TUO Ley N° 30225, D.S. N° 082-2019-EF)

3. No obstante, en el marco de dicho PAS y con posterioridad a la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, que decidió sancionar a la empresa, el TCE mediante Resolución N° 1990-2013-TC-S determinó que TESACOM no habría infringido la normativa de contrataciones del Estado, debido a que el señor Dorrego Arias si bien era parte de la MGP, Entidad convocante, se encontraba en situación de disponibilidad al momento de haberse efectuado el procedimiento de selección, por lo que no se habría configurado el impedimento para contratar con el Estado previsto en el artículo 10°, inciso i) de la LCE y, consecuentemente, tampoco se habría presentado documentación que contenía información inexacta y/o falsa al haber mediante declaración jurada precisado correctamente que no se encontraba impedido para contratar con el Estado, por lo que no se habría incurrido en las infracciones consignadas en el artículo 51.1°, incisos d) e i) de la LCE.



## **I) HECHOS RELEVANTES**

**A) Resolución N° 005-2010-MGP, de fecha 11 de mayo de 2010, emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la MGP mediante la cual resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por TESAM PERU S.A.C (en adelante, TESAM) en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva (en adelante, ADS) N° 009-2010-MGP/DIRTEL convocada para la contratación del servicio de telefonía satelital para el VRAE, anterior al procedimiento de selección Adjudicación de Menor Cuantía (en adelante, AMC) N° 016-2010-MGP/DIRTEL que conllevó al PAS materia de análisis.**

- 1.1. Con fecha 23 de abril de 2010, y respecto a la ADS N° 009-2010-MGP/DIRTEL, la empresa TESAM S.A. (en adelante, TESAM) interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro a TESACOM por presuntamente haber contratado con la MGP encontrándose impedido para ello conforme al artículo 10°, literal d) e i) de la LCE. Dicha conducta se habría configurado a partir de la presencia del señor Dorrego Arias, oficial de la MGP en situación de disponibilidad, como gerente general de TESACOM al momento de convocarse el procedimiento de selección ya señalado.
- 1.2. La Entidad convocante - MGP - a través de su Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado y mediante Resolución N° 005-2010-MGP, emitida el 11 de mayo de 2010, resolvió declarar infundada la apelación interpuesta por TESAM y confirmar la decisión de su Comité Especial Permanente respecto de haber otorgado la buena pro del procedimiento de selección a TESACOM.
- 1.3. La MGP sustentó su decisión a partir de analizar la situación del gerente general de TESACOM concluyendo que al encontrarse en situación militar de disponibilidad - otorgada mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-MINDEF, de fecha 24 de marzo de 2010 - al momento de convocarse la ADS N° 009-2010 MGP/DIRTEL, su participación en la misma no significaba una transgresión a la LCE, puesto que al encontrarse en la situación señalada quedó interrumpido su vínculo laboral y, por tanto, resultaba imposible considerarlo como funcionario o servidor público.

**B) Procedimiento de selección AMC N° 016-2010-MGP/DIRTEL que conllevó el PAS materia de análisis.**

1.4. En fecha 06 de octubre de 2010 la MGP, a través de su Dirección de Telemática, convocó la AMC N°016-2010-MGP/DIRTEL para la “*implementación del puesto de comando y control del comando operacional marítimo*”, con un valor referencial de S/ 12,034.28, llevándose a cabo el acto de presentación de propuesta técnica y económica el día 15 de octubre de 2010, la adjudicación de la bueno pro a TESACOM el día 18 de octubre y la suscripción del contrato derivado del proceso de la AMC N°016-2010-MGP/DIRTEL el 29 de octubre.

1.5. El 12 de marzo de 2012, TESAM denunció ante el OSCE a TESACOM por el supuesto de haber infringido el artículo 51.1°, incisos d) e i) de la LCE, en el procedimiento de selección AMC N° 016-2010-MGP/DIRTEL, toda vez que su gerente general (señor Dorrego Arias) habría sido funcionario de la MGP hasta el 24 de marzo de 2010, momento en el que mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-MINDEF se dispuso su pase a situación militar de disponibilidad por el periodo de un (01) año a pedido del interesado. Asimismo, se indicó que la declaración jurada presentada por TESACOM, como parte de su propuesta técnica en el procedimiento de selección ya señalado, en la que declaraba no encontrarse impedido para contratar con el Estado, contendría información inexacta, ya que afirmaba un hecho que de acuerdo a la denuncia no sería verdadero. Además, precisó que el TCE había sancionado a TESACOM por los mismos hechos mediante Resoluciones N° 827-2011-TC-S4, N° 742-2011-TC-S2 y N° 694-2011-TC-S2.

**C) Resoluciones N° 694-2011-TC-S2, N° 742-2011-TC-S2 y N° 827-2011-TC-S4, emitidas por el TCE en PAS anteriores al procedimiento de selección AMC N° 016-2010-MGP/DIRTEL que originó el PAS materia de análisis**

**C1) Resolución N° 694-2011-TC.S2**

1.6. En fecha 22 de diciembre de 2010, el TCE inició un PAS contra TESACOM por la configuración del supuesto contenido en el artículo 9°, inciso d) de la

LCE N° 26850<sup>2</sup> y la comisión de la infracción comprendida en el artículo 294°, inciso 9) del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM<sup>3</sup>, respecto del procedimiento de selección Concurso Público (en adelante, CP) N° 001-2008-MGP/DIRTEL, convocado para contratar el “servicio de implementación del sistema de telefonía móvil satelital 2008 por ítems” por el valor referencial de S/ 469,523.59.

- 1.7. Con fecha 25 de abril de 2011, la Segunda Sala del TCE emitió la Resolución N° 694-2011-TC-S2 mediante la cual decidió imponer a TESACOM la sanción administrativa de inhabilitación temporal por siete (07) meses en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, toda vez que el oficial de la MGP – señor Dorrego Arias - al momento de la convocatoria del procedimiento de selección (29 de febrero de 2008) era titular de más de 5% de las acciones de TESACOM con lo que se encontraba impedido para contratar con el Estado, en consecuencia la declaración jurada presentada no contenía información verdadera.

## **C2) Resolución N° 742-2011-TC-S2**

- 1.8. En fecha 24 de noviembre de 2010, el TCE inició un PAS contra TESACOM por la configuración del supuesto contenido en el artículo 9°, inciso d) de la LCE N° 26850 y la comisión de las infracciones comprendidas en el artículo 294°, incisos 4) y 9) del Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM<sup>4</sup>, en el procedimiento de selección AMC N° 124-2008/MPG/DIRIDRONAV para la “*adquisición de tarjetas telefónicas satelitales*” por el valor referencia de S/. 8,870.00.
- 1.9. Con fecha 29 de abril de 2011, la Segunda Sala del TCE emitió la Resolución N° 742-2011-TC-S2 mediante la cual decidió imponer a TESACOM la sanción

---

<sup>2</sup> Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 9°.- Impedimentos para ser postor y/o contratista  
“(…) d) Las personas jurídicas en las que las personas naturales a que se refieren los literales a), b) y c) tengan una participación superior al cinco por ciento del capital o patrimonio social, dentro de los veinticuatro meses anteriores a la convocatoria. (...)”.

<sup>3</sup> Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 294°.- Causales de aplicación de sanción a los proveedores, participantes, postores y contratistas  
“(…) 9) Presenten documentos falsos o inexactos a las Entidades o al CONSUCODE. (...)”.

<sup>4</sup> Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Artículo 294°.- Causales de aplicación de sanción a los proveedores, participantes, postores y contratistas  
“(…) 4) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 9° de la Ley. (...)”.

administrativa de inhabilitación temporal de un (01) año en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado debido a que el oficial de la MGP - señor Dorrego Arias - al momento de la convocatoria del procedimiento de selección (29 de febrero de 2008) poseía más de 5% de las acciones de TESACOM, circunstancia que determinaba que se encontraba impedido para contratar con el Estado, por lo que en consecuencia la declaración jurada presentada no contenía información verdadera.

### **C3) Resolución N° 827-2011-TC-S4**

- 1.10. En fecha 25 de noviembre de 2010, el TCE decidió iniciar un PAS contra TESACOM por la configuración de los supuestos contenidos en el artículo 10°, incisos g) e i) de la LCE, Decreto Legislativo N° 1017<sup>5</sup> y de la comisión de la infracción comprendida en el artículo 237°, literal d) del Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF<sup>6</sup> en el procedimiento de selección ADS N° 009-2010/MPG/DIRTEL para el “servicio de telefonía móvil satelital para el VRAE” por el valor referencial de S/ 108,000.00.
- 1.11. Con fecha 17 de mayo de 2011, la Cuarta Sala del TCE emitió la Resolución N° 827-2011-TC-S4 mediante la cual decidió imponer a TESACOM sanción de inhabilitación temporal de doce (12) meses en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado puesto que el señor Dorrego Arias transfirió las acciones que poseía en TESACOM con una anterioridad de diez (10) meses antes de convocado el procedimiento de selección, por lo que se encontraba impedido para contratar con el Estado. Consecuentemente, la declaración jurada presentada no contenía información verdadera.

---

<sup>5</sup> Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

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

*“(…) g) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento del capital o patrimonio social, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria; (…) 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 persona 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; (…)”.*

<sup>6</sup> Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo 237.- Infracciones y sanciones administrativas

*“1. Infracciones Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que: (...) d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a lo previsto en el artículo 10 de la Ley; (...)”.*

**D) Procedimiento administrativo sancionador iniciado por el TCE, materia de análisis.**

**D1) Inicio de PAS**

1.12. Con fecha 19 de julio de 2012, la Segunda Sala del TCE dispuso el inicio del PAS en contra de TESACOM a partir de la denuncia presentada por TESAM, por la presunta infracción a la LCE, al haber participado en un procedimiento de selección encontrándose impedido para ello; concretamente, por la comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 51.1, incisos d) e i) de la LCE aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

1.13. Asimismo, y luego de ser reasignado el Expediente N° 00497-2012-TC a la Primera Sala del TCE - en fecha 08 de marzo de 2013 -, esta decidió ampliar los cargos por la configuración del supuesto contemplado en el artículo 10°, inciso i) de la LCE.

**D2) Descargos de TESACOM**

1.14. TESACOM sustentó su defensa, principalmente, a partir de demostrar:

a) Que, las características propias de la situación de disponibilidad en la que se encontraba su gerente general al momento de convocado el procedimiento de selección hacían imposible que pudiera ser clasificado como funcionario o servidor público, con lo cual ni TESACOM ni su gerente se encontraban impedidos para contratar con el Estado, posición que fue compartida por la propia Entidad contratante a través de su Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado en un procedimiento de selección anterior, así como en el Informe Técnico Legal remitido al OSCE por esta, con motivo del PAS materia de análisis.

b) Que, la postura de TESACOM respecto de la situación de disponibilidad, y la consecuente inaplicación del impedimento contenido en la LCE a su gerente general y oficial de la MGP al haber sido compartida por la propia Entidad en un procedimiento de selección anterior, no sólo reafirmaba su validez sino que, además, generaba una razonable confianza legítima creada por la Administración en la empresa como administrado, por lo que al haber actuado de buena fe no debería recaer sanción alguna sobre la empresa ni sobre su gerente general.

- c) Que, una interpretación extensiva - y no restrictiva – como la efectuada por el TCE respecto de los impedimentos de contratar con el Estado vulneraría el derecho constitucional al trabajo del gerente general de TESACOM.
- d) Que, no existió reincidencia ni un conocimiento previo de TESACOM de la supuesta conducta infractora, ya que las sanciones administrativas que le fueron impuestas provienen de los PAS iniciados con posterioridad a la finalización del procedimiento de selección que originó el PAS materia de análisis.
- e) Que, la Dirección Técnica Normativa (en adelante, DTN) del OSCE emitió una opinión respecto de una consulta efectuada en un caso similar, cuya conclusión confirmaba la posición de TESACOM, lo que demostraría el correcto proceder de la empresa al no haber infringido la LCE cuando contrató con la MGP, razón por la cual no le correspondía sanción alguna, opinión que TESACOM solicitó sea aplicada al PAS de análisis por ser vinculante conforme a la normativa vigente en la época del señalado sancionador.

### **D3) Imposición de sanción a TESACOM.**

1.15. En agosto de 2013, mediante Resolución N°1737-2013-TC-S1, el TCE resolvió imponer sanción administrativa, inhabilitando a TESACOM para contratar con el Estado por trece (13) meses, sanción que fue materia de reconsideración.

### **D4) Recurso de Reconsideración interpuesto por TESACOM**

1.16. El recurso de reconsideración interpuesto por TESACOM se sustentó en contradecir los fundamentos de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, mediante la cual el TCE decidió sancionarlo, todo ello a partir de demostrar:

- a) Que, el análisis efectuado por el TCE respecto de la situación militar de disponibilidad en que se encontraba el gerente general de TESACOM no consideró la naturaleza de dicha situación desarrollada en la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas - Ley N° 28359, con lo que habría advertido que este no se encontraba dentro de las categorías de funcionario o servidor público al momento de convocado el procedimiento de selección por parte de la MGP; razón por la que no se encontraba impedido de contratar con el Estado.

- b) Que, la posición de la MGP que generó una confianza legítima en TESACOM fue emitida a través de un órgano de carácter permanente, razón por la cual se trataba de la posición de la referida Entidad y no de la emitida por un órgano de menor rango en un caso concreto.
- c) Que, la opinión emitida por la DTN OSCE debió ser aplicada al PAS por tratarse de supuestos similares y de carácter vinculante.
- d) Que, TESACOM actuó siempre de buena fe, toda vez que: i) la MGP generó una confianza legítima al haber manifestado en su momento que la situación de disponibilidad en la que se encontraba su gerente general no suponía la infracción del artículo 51°, incisos d) e i) de la LCE; ii) no conocía la posición del TCE, contenida en las resoluciones que lo sancionaron en procedimientos de selección anteriores, en tanto, dichas sanciones fueron emitidas con posterioridad a la culminación del procedimiento de selección que conllevó al PAS materia de análisis.

#### **D5) Reconsideración Fundada**

- 1.17. En setiembre de 2013, mediante Resolución N° 1990-2013-TC-S1 el TCE resolvió declarar fundado el recurso de reconsideración con lo cual, ni TESACOM ni el señor Dorrego Arias resultaron sancionados.
- 1.18. Dicha decisión se fundamentó, principalmente, en la aplicación efectuada por el TCE de la opinión emitida por la DTN OSCE, ello a partir de la estructura normativa aprobada por el Consejo Directivo del OSCE en la Sesión Ordinaria N° 008-2013/OSCE-CD, mediante la cual se estableció que las opiniones emitidas por dicha dirección se encontraban en el segundo nivel de la estructura normativa del OSCE y que éstas, en virtud de la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la LCE, tenían carácter vinculante desde su publicación en la web en la medida que no sean modificadas por otra opinión o norma legal.

## **II) IDENTIFICACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS**

En el expediente materia de análisis encontramos un problema jurídico principal y seis problemas secundarios cuya absolución nos permitirá dar respuesta al problema principal, problemas que a continuación señalamos:

- a) **Problema Jurídico Principal:** Determinar si TESACOM se encontraba impedido para contratar con el Estado conforme a lo previsto en el artículo 10°, inciso i) de la LCE y si en consecuencia incurrió en los supuestos de infracción tipificados en el artículo 51.1, incisos d) e i) de la LCE.
- b) **Primer Problema Jurídico Secundario:** Determinar si el señor Dorrego Arias por ser oficial de la MGP podría ser considerado como funcionario público o servidor público y, por tanto, aplicarle el impedimento para contratar con el Estado establecido en el artículo 10°, inciso i) de la LCE.
- c) **Segundo Problema Jurídico Secundario:** Definir si señor Dorrego Arias al encontrarse en situación de disponibilidad - categoría propia de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP) - podía ser considerado funcionario o servidor público.
- d) **Tercer Problema Jurídico Secundario:** Precisar si existió un quebrantamiento de la confianza legítima generada por parte de la Administración Pública a TESACOM y si, como consecuencia de ello, se puede eximir de responsabilidad a la empresa.
- e) **Cuarto Problema Jurídico Secundario:** Establecer si existió una interpretación extensiva de los impedimentos para contratar con el Estado establecidos en la LCE, efectuada por el TCE en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 mediante la cual decidió sancionar a TESACOM y si dicha acción vulneró el derecho al trabajo de su gerente general (señor Dorrego Arias)
- f) **Quinto Problema Jurídico Secundario:** Determinar si la opinión emitida por la DTN OSCE N° 045-2013 debía aplicarse al PAS materia de análisis.
- g) **Sexto Problema Jurídico Secundario:** Definir si existieron vicios de validez que debieron conllevar a la nulidad de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, emitida por el TCE, que sancionó a TESACOM a partir del análisis del cumplimiento de los principios de legalidad, razonabilidad, tipicidad, causalidad, presunción de licitud y debido procedimiento previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, vigente en el momento del PAS.

### III) ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS:

**PRIMER PROBLEMA SECUNDARIO:** Determinar si el señor Dorrego Arias por ser oficial de la MGP podría ser considerado como funcionario público o servidor público y, por tanto, aplicarle el impedimento para contratar con el Estado establecido en el artículo 10°, inciso i) de la LCE.

3.1. Del Acuerdo N° 339/2012.TC-S2, de fecha 19 de julio de 2012, tomado por la Segunda Sala del TCE, mediante el cual dispuso iniciar PAS a TESACOM, así como de la ampliación de cargos efectuada por la Primera Sala del TCE de fecha 08 de marzo de 2013 y a raíz de los hechos que dan lugar al PAS de análisis, se consideró que TESACOM habría:

i) incurrido en las infracciones tipificadas en el artículo 51.1°, incisos d) e i) de la LCE aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

*Artículo 51°.- Infracciones y sanciones administrativa*

*°51.1. Infracciones*

*Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que:*

*(...)*

*d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma;*

*(...)*

*i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE; (...)."*

ii) contratado con el Estado estando impedido para ello por estar incurso en el supuesto señalado en el artículo 10°, literal i) de la LCE aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.

*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:*

*(...)*

*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; (...)"*.

**3.2.** Conforme a lo dispuesto en el artículo 10°, inciso i) citado (artículo 11° en la LCE vigente – TUO Ley N° 30225) no es posible contratar con el Estado si el participante, postor y/o contratista se encuentra dentro del supuesto de impedimento previsto en la normativa de contrataciones con el Estado, siendo este en el caso concreto el que deriva de no estar contenido en alguno de los supuestos de infracción previstos en los literales a), b), c), d) y e) del mismo por parte del gerente general de TESACOM.

**3.3.** Es así que, de la documentación obrante en el expediente, se verifica que el señor Dorrego Arias era capitán de fragata de la MGP en su calidad de especialista (grado al que ascendió en 2007 mediante Resolución Ministerial N° 835-2007-DE-MGP) y que no ocupaba cargo adicional en otra institución del Estado, por lo que no se encontraba inmerso en alguno de los supuestos contemplados como impedimento para contratar con el estado previstos en los literales a), b) y c)<sup>7</sup> del artículo 10° de la LCE.

**3.4.** Asimismo, del expediente se verifica que el señor Dorrego Arias tampoco tuvo intervención directa en la determinación de las características técnicas, valor referencial, elaboración de bases, selección y evaluación de ofertas del proceso de

---

<sup>7</sup> Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado.

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: a) En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos; b) En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales; c) En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores; (...)"*.

selección que derivó en el PAS materia de análisis ni en la autorización de pagos del contrato derivado de dicho proceso de selección; particularidades que determinan que no se encontraba inmerso en el supuesto contenido en el literal e)<sup>8</sup> del artículo 10° de la LCE.

**3.5.** Respecto del literal d)<sup>9</sup> del artículo 10° de la LCE, nuevamente de la información contenida en el expediente (aportada por la MGP, el Contratista o el OSCE), se aprecia que el señor Dorrego Arias al momento de haber sido convocado el procedimiento de selección, que originó el PAS de análisis, era un oficial de la MGP sin ningún otra condición o cargo simultáneo en Entidad Pública alguna, lo que además revela que no era titular de instituciones u organismos públicos del Poder Ejecutivo, director, gerente o trabajador de empresas del Estado.

**3.6.** Ahora bien, verificamos que el TCE - en la Resoluciones emitidas previamente al PAS de análisis (Resoluciones N° 694-2011-TC-S2, N° 742-2011-TC-S2 y N° 827-2011-TCE-S4) - consideraba al señor Dorrego Arias dentro de las categorías de funcionario o servidor público, por lo que se encontraba impedido de contratar con el Estado conforme al artículo 10°, literal d)<sup>10</sup> de la LCE. Sin embargo, para contrastar ello con la normativa real aplicable consideramos imprescindible ubicar la norma expresa que consigna que los oficiales de las Fuerzas Armadas se encuentran sujetos a alguna de las categorías señaladas.

**3.7.** Asimismo, cabe recalcar que en las Resoluciones N° 1737-2013-TC-S1 y N° 1990-2013-TC-S1 emitidas en el PAS materia de análisis, el TCE como parte de sus argumentos consideró al señor Dorrego Arias dentro de las categorías de funcionario o servidor público, tal como se aprecia a continuación:

---

<sup>8</sup> *Ibidem.* "(...) e) En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión; (...)"

<sup>9</sup> *Ibidem.* "(...) 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; (...)"

<sup>10</sup> *Ibidem.*

**\*Resolución N° 1737-2013-TC-S1:**

(...)

10. Al respecto, este Colegiado considera que, 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 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, su Reglamento, aprobada 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 (...).

**\*Resolución N°1990-2013-TC-S1:**

(...)

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 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; (...).

**3.8.** Por ello, en atención a la posición del TCE: i) revisaremos las normas aplicables a los oficiales de las Fuerzas Armadas con el objeto de verificar si estos se encuentran dentro de las categorías de funcionario o servidor público, ii) analizaremos las características presentes en las categorías de funcionario y servidor público a partir de las distintas normas en las que estas hayan sido desarrolladas así como, iii) la posición de algunos autores a fin de determinar si efectivamente los oficiales de las Fuerzas Armadas - como el señor Dorrego Arias - pueden ser considerados dentro de las referidas categorías.

**3.9.** Consultada la ley especial de la materia, que rige la situación militar de las Fuerzas Armadas – Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas - Ley

N° 28359 (en adelante, Ley de situación militar), advertimos que no encontramos ninguna definición o referencia respecto de que los oficiales que integran las Instituciones Armadas se encuentren dentro de las categorías de servidores o funcionarios públicos.

**3.10.** Ahora bien, revisada la Constitución Política verificamos que se ha reservado el capítulo iv para la función pública (artículos 39° al 42°), estableciéndose que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación y, por tanto, ejercen una función pública; así como, que los oficiales de las Fuerzas Armadas no han sido considerados expresamente dentro de las categorías de funcionario o servidor público.

**3.11.** Siguiendo con la búsqueda de una definición de funcionario y servidor público que pueda ser aplicable a los oficiales de las Fuerzas Armadas encontramos las siguientes normas, que forman parte de nuestro sistema jurídico:

**Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República** Ley N° 27785<sup>11</sup>. (en adelante, Ley de la Contraloría). De acuerdo a esta norma las Fuerzas Armadas están sujetas a su labor de control encontrándose sus miembros dentro de la categoría de funcionario o servidor público, siempre para efectos únicamente de la señalada ley.

**3.12.** Dicha norma define lo que es un servidor o funcionario público señalándose como característica principal, el ejercicio de funciones en una determinada Entidad, independientemente del vínculo que mantengan con ella (sea contractual, laboral o relación de otra naturaleza) a través del cual se efectúen dichas funciones.

**3.13.** Conforme a lo señalado, es necesario detenernos a analizar el significado del término “funciones”. El diccionario de la Real Academia Española<sup>12</sup> lo define como:

---

<sup>11</sup> Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

*Artículo 2.- Ambito de aplicación*

*“Las normas contenidas en la presente Ley y aquellas que emita la Contraloría General son aplicables a todas las entidades sujetas a control por el Sistema, independientemente del régimen legal o fuente de financiamiento bajo el cual operen. Dichas entidades sujetas a control por el Sistema, que en adelante se designan con el nombre genérico de entidades, son las siguientes: El Gobierno Central, sus entidades y órganos que, bajo cualquier denominación, formen parte del Poder Ejecutivo, incluyendo las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional, y sus respectivas instituciones.(...) (...)”*

*Disposiciones Finales Novena.- Definiciones básicas: Constituye definiciones básicas para efectos de la presente ley, las siguientes: Servidor o Funcionario Público.- Es para los efectos de esta Ley, todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentra, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades (...).”*

<sup>12</sup> Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=IbQKTYT>

*“(...) tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, a sus órganos o personas (...)”.* De esto se puede entender que son las labores preestablecidas llevadas a cabo como parte del funcionamiento de una institución o entidad.

- 3.14.** Ahora bien, para la **Ley del Código de Ética de la Función Pública<sup>13</sup>, Ley N° 27815** (en adelante, Ley del Código de Ética), en su artículo 4° se establece que todo funcionario, servido o empleado público se encuentra dentro de la categoría de servidor público, en tanto, desempeña funciones en nombre o al servicio del Estado independientemente del régimen jurídico, laboral o de contratación en el que se encuentre.
- 3.15.** Nuevamente, y siendo que verificamos que la definición del término “funciones”, corresponde conocer el significado del término “actividades”, definido en el diccionario de la Real Academia Española<sup>14</sup> como el: *“(...) conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad (...)”.* De dicha definición se puede concluir que son actividades las labores que le corresponde realizar a una persona o entidad en virtud del ejercicio de sus funciones habituales a fin de cumplir con los objetivos buscados.
- 3.16.** Por otro lado, en la norma citada se establece como prohibición ética de la función pública que el servidor mantenga conflicto de intereses, es decir; que mantenga o acepte situaciones cuando sus intereses económicos, personales, laborales o financieros pudieran estar en conflicto con el cumplimiento de las funciones o deberes a su cargo; circunstancia que no se ha presentado ni podía suscitarse en el caso debido a que no solo el señor Dorrego Arias se encontraba en situación de disponibilidad - al momento que TESACOM participaba en el procedimiento de selección convocado por la MGP - por lo que no tenía deberes ni funciones a su cargo que podrían entrar en conflicto; sino porque además - por la labor que

---

<sup>13</sup> Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública.

*“Artículo 1°. - Ámbito de aplicación. Los Principios, Deberes, Prohibiciones éticos que se establecen en el presente Código de ética de la Función Pública rigen para los servidores públicos de las entidades de la Administración Pública, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4° del presente Código. Para los fines de la presente Ley se entenderá por entidad o entidades de la Administración Pública a las indicadas en el artículo 1° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incluyendo a las empresas públicas. (...) (...) Artículo 4.- Servidor Público: 4.1 A los efectos del presente Código se considera como servidor público a todo funcionario, servidor o empleado de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de los niveles jerárquicos sea éste nombrado, contratado, designado, de confianza o electo que desempeñe actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado. 4.2. Para tal efecto, no importa el régimen jurídico de la entidad en la que se preste servicios ni el régimen laboral o de contratación al que esté sujeto. (...)”.*

<sup>14</sup> Diccionario de la Real Academia Española: <http://dle.rae.es/?id=0chgoNb>

desarrollaba en la MGP - no contaba con información privilegiada de dicha Entidad que pudiera usarla en favor de su empresa.

- 3.17.** En la **Ley N° 27588**<sup>15</sup>, que establece las prohibiciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual, en su artículo 2° se verifica que los servidores públicos y funcionarios que cumplan determinadas funciones o posean información relevante de la Entidad para la que prestan servicios, se encontraran impedidos para contratar con ella.
- 3.18.** Del caso que nos convoca podemos comprobar, con la documentación obrante en el expediente, que el señor Dorrego Arias no cumplía ninguna de las funciones contenidas en los supuestos de la citada norma para configurarse la prohibición e incompatibilidad ni mucho menos que contaba con información relevante de la Entidad que pudiera impedir su participación en el procedimiento de selección convocado por la MGP mientras se encontraba en situación de disponibilidad.
- 3.19.** Así entonces, se verifica que ni en la Ley de Situación Militar, ni en la Constitución Política del Perú se ha previsto que los oficiales de las Fuerzas Armadas se encuentran dentro de las categorías de funcionario o servidor público. Asimismo, tanto para la Ley del Código de Ética como para la Ley de la Contraloría, los oficiales de las Fuerzas Armadas son considerados funcionarios o servidores públicos solo para la aplicación de las referidas normas.
- 3.20.** Asimismo, se puede concluir que tanto para la Ley de la Contraloría como para la Ley del Código de Ética la característica principal de un funcionario o servidor

---

<sup>15</sup> Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.

*"Artículo 1.- Objeto de la ley. Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter. (...) Los impedimentos se extienden hasta un año posterior al cese o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual; (...) Artículo 3.- Funcionarios y representantes legales. Los funcionarios responsables de los informes que emitan las empresas con las que las reparticiones del Estado suscriban convenios o contratos para que en representación de éstas o por delegación de funciones cumplan con alguna función o encargo del Estado, así como los representantes legales de las mismas, serán considerados como funcionarios públicos para efecto de lo establecido en el Artículo 425 del Código Penal; (...)."*

público es el hecho que desempeñe actividades o funciones para una Entidad, independientemente del vínculo que mantenga con ésta.

**3.21.** Así también, apreciamos que uno de los objetivos de la Ley N° 27588, que establece las prohibiciones e incompatibilidades de los funcionarios y servidores públicos, es establecer cuáles son los trabajadores del Estado que, en razón a las específicas funciones que cumplen y/o a la información relevante con la que cuentan producto del ejercicio de sus labores, se encuentran prohibidos para contratar con la misma Entidad en la que prestan servicios.

**3.22.** Ahora bien, respecto a la normativa nacional que regula las características y funciones que cumplen los servidores y funcionarios públicos, tenemos:

La **Ley del Servicio Civil<sup>16</sup>, Ley N° 30057**, que destaca que un funcionario público es un representante político que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado y un servidor civil quien realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una Entidad. De acuerdo a ello, lo fundamental en ambas categorías es el ejercicio de determinadas funciones para el Estado, distinguiéndose principalmente por la naturaleza de dichas funciones.

La **Ley Marco del Empleo Público<sup>17</sup>, Ley N° 28175**: De acuerdo a la citada norma, funcionario público es quien desarrolla funciones de preminencia política reconocida

---

<sup>16</sup> Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil

*\*Artículo 1.- Ámbito de aplicación: El régimen del Servicio Civil se aplica a las entidades públicas de: a) El Poder Ejecutivo, incluyendo Ministerios y Organismos Públicos, b) El Poder Legislativo, c) El Poder Judicial; (...) Artículo 2.- Clasificación de los servidores civiles: Los servidores civiles de las entidades públicas se clasifican en los siguientes grupos: a) Funcionario público, b) Directivo público, c) Servidor Civil de Carrera, d) Servidor de actividades complementarias, e) En cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza. Artículo 3°.- "Definiciones: a) Funcionario público. Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas. (...) Disposiciones Complementarias Finales (...) No están comprendidas en la presente Ley los trabajadores de las empresas del Estado, sin perjuicio de lo dispuesto en la tercera disposición complementaria final del Decreto Legislativo N° 1023 (...) ni los servidores sujetos a carreras especiales. (...) Para los efectos del régimen del Servicio Civil se reconocen como carreras especiales las normadas por: a) Ley N° 28091, Ley del Servicio Diplomático de la República, b) Ley N° 23733, Ley universitaria, c) Ley N° 23536, Ley que establece las normas generales que regulan el trabajo y la carrera de los Profesionales de la Salud, d) Ley N° 29944, Ley de la Reforma Magisterial, e) Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, f) Decreto Legislativo N° 1149, Ley de la Carrera y Situación del personal de la Policía Nacional del Perú (...)"*

<sup>17</sup> Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público

por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas y/o dirigen organismos o entidades públicas; y, servidor público, quien desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano o con ejercicio de autoridad y atribuciones resolutorias o desarrolla labores auxiliares de apoyo y/o complemento.

**Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público<sup>18</sup>, Decreto Legislativo N° 276** (en adelante, Ley de Bases de la Carrera Administrativa): Los artículos 3° y 4° de esta norma precisan que son servidores públicos los que prestan servicios de manera permanente a la Nación. Confirmando con ello que la característica principal para ser considerado dentro de la referida categoría es la de ejercer labores para una Entidad Pública.

- 3.23.** Ahora bien, de las tres normas citadas encontramos que la característica común de las categorías de funcionario y servidor público es el prestar, realizar o ejercer funciones, labores o servicios para una Entidad Pública; sin embargo, en dichas normas se señala expresamente que no son aplicables para las Fuerzas Armadas

---

Artículo III.- Ámbito de aplicación.

*"La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión de empleo público. Para efectos de la presente Ley son entidades de la administración pública: 1. El Poder Legislativo, conforme a la Constitución, y al Reglamento del Congreso de la República, 2. El Poder Ejecutivo, ministerios, organismos públicos descentralizados, proyectos especiales y, en general, cualquier otra entidad perteneciente a este poder. 3. El Poder Judicial, conforme a lo estipulado en su ley orgánica. 4. Los Gobiernos Regionales, sus órganos y entidades. 5. Los Gobiernos locales, sus órganos y entidades. 6. Los organismos constitucionalmente autónomos (...) (...) Artículo 4.- Clasificación: El personal del empleo público se clasifica de la siguiente manera. 1. Funcionario público. - El que desarrolla funciones de preeminencia política reconocida por norma expresa, que representan al Estado o a un sector de la población, desarrollan políticas y/o dirigen organismos o entidades públicas. El Funcionario Público puede ser: De elección popular directa y universal o confianza política originaria, De nombramiento y remoción regulados, De libre nombramiento y remoción. 2 Empleado de confianza. - El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento. 3 Servidor público. - Se clasifica en: Directivo Superior. - El que desarrolla funciones administrativas relativas a la dirección de un órgano, programa o proyecto, supervisión de empleados públicos, la elaboración de políticas de actuación administrativa y la colaboración en la formulación de políticas de gobierno (...)"*

<sup>18</sup> Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público

*"Artículo 1.- Carrera Administrativa es el conjunto de principios, normas y procesos que regulan el ingreso, los derechos y los deberes que corresponden a los servidores públicos que, con carácter estable prestan servicios de naturaleza permanente en la Administración Pública. Tiene por objeto permitir la incorporación de personal idóneo, garantizar su permanencia, asegurar su desarrollo y promover su realización personal en el desempeño del servicio público. Se expresa en una estructura que permite la ubicación de los servidores públicos según calificaciones y méritos. Artículo 2.- No están comprendidos en la Carrera Administrativa los servidores públicos contratados ni los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza, pero sí en las disposiciones de la presente Ley en lo que les sea aplicable. No están comprendidos en la Carrera Administrativa ni en norma alguna de la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales, ni los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta, cualquiera sea su forma jurídica."*

ni para la PNP, conforme a ello ¿se podría concluir que los oficiales de las Fuerzas Armadas no pueden encontrarse dentro de las categorías de funcionario y servidor público? Revisaremos algunos autores a fin de ayudarnos a responder dicha pregunta.

**3.24.** Al respecto Retamozo Linares<sup>19</sup>, respecto de la definición de funcionario o servidor público ha manifestado:

*“(...) Al referirse a la competencia, el citado artículo 45° de la Ley (de la Contraloría General de la República) dispone que la potestad sancionadora se ejerce sobre los servidores y funcionarios públicos a quienes se refiere la definición básica de la Novena Disposición Final de la Ley 27785, con prescindencia del vínculo laboral y del régimen bajo el cual se encuentre, o la vigencia de dicho vínculo con las entidades señaladas en el artículo 3, salvo las indicadas en su literal g)*

*Pero cuál es el alcance de la definición indicada. Al respecto, la acotada Novena Disposición Final establece que para efectos de la Ley del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República servidor o funcionario público es todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades, y que en virtud de ello ejerce funciones en tales entidades.*

*(...)*

**1. Otras definiciones de funcionario público**

*Por otro lado debemos señalar que en el ordenamiento jurídico no existe una definición única del término “funcionario público”. En nuestro ordenamiento jurídico, las normas se han caracterizado por definir al Funcionario Público en términos distintos (...).”*

**3.25.** De lo expuesto por Retamozo podemos señalar que, si bien en el ordenamiento jurídico no existe una única definición de los términos funcionario o servidor público, toda persona que - independientemente del régimen laboral en que se encuentre - mantenga vínculo laboral, contractual o relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades públicas y que en virtud de ello ejerza funciones en tales entidades podrá considerarse funcionario o servidor público.

---

<sup>19</sup> RETAMOZO LINARES, Alberto (2017). Los impedimentos para contratar con el Estado: análisis legislativo y jurisprudencial. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, pp.217-218.

- 3.26.** Conforme a lo expresado por el autor, independientemente del vínculo que mantenga con la Entidad, la persona deberá ejercer funciones en esta para poder ser considerado funcionario o servidor público. Lo señalado, guarda concordancia con lo expresado tanto en la Ley del Código de Ética como en la Ley de la Contraloría, así como en las normas en las que se desarrollan las características de las categorías de funcionario y servidor público como son: i) La Ley del servicio civil y ii) La Ley de Bases de la Carrera Administrativa, conforme lo hemos desarrollado.
- 3.27.** Respecto de la Ley Marco del Empleo Público, el ejercicio de funciones en una Entidad siempre se efectúa a partir de una relación laboral, ya que la misma ley indica que esta regula “*la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público*”, las cuales son las condiciones de una relación laboral, como lo desarrollaremos más adelante.
- 3.28.** Navas Rondón<sup>20</sup>, respecto a la definición de funcionario público ha manifestado:

*(...) Se define como servidor público al ciudadano en ejercicio que presta servicios en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato suscrito por autoridad competente, con las formalidades de ley, en jornada legal y sujeto a una retribución remunerativa en periodos regulares.*

*También se considera empleado público, a todo funcionario o servidor de la administración pública en cualquiera de sus niveles jerárquicos, sean estos nombrados, contratados, designados, de confianza o electos por sufragio popular; que desempeñen actividades o funciones en nombre del servicio del Estado; independientemente del régimen contractual que tuviera, que incluso puede ser de régimen privado.*

*Quien desempeña una función pública tiene la calidad de funcionario público. Por lo que existe íntima relación conceptual y formal entre estos dos conceptos, que son importantes para la realización de los fines del estado. No se concibe una actividad pública sin la presencia intelectual o física de personas que deben cumplir una función o están designados para un empleo público o servicio público. (...)*

*Funcionario público es quien actúa por delegación del Estado en las relaciones externas de la administración con los administrados, expresando ante éstos la voluntad de aquel, atribuyéndole las funciones necesarias. Mientras que servidor público es el que, prestando servicios en la administración, no actúa con dicha delegación y la hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración; sin ocupar cargos trascendentes en la toma de decisiones (...)*”.

- 3.29.** Conforme a lo expresado por Navas, la diferencia entre funcionario y servidor público radica en que mientras el primero es quien actúa por delegación del Estado atribuyéndole las funciones necesarias, el servidor público presta servicios

---

<sup>20</sup> NAVAS RONDON, Carlos (2011). *Responsabilidades y sanciones en las contrataciones públicas*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L., pp.14-15.

en la administración, no actúa por delegación y lo hace exclusivamente en las relaciones internas de la misma administración sin ocupar cargos principales en la toma de decisiones; siendo, por tanto, una característica en común que mantendrán quienes se encuentren en cualquiera de las señaladas categorías es el hecho que las funciones que realicen o el servicio que presten será siempre al Estado; siendo irrelevante si sus labores son efectuadas a partir de la existencia de una relación laboral, toda vez que el autor hace referencia a que dichos servicios se prestan en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa sin incluir el tercer componente de la relación laboral que es la subordinación como se desarrollará más adelante.

**3.30.** Ahora bien, Navas hace referencia a la denominada “función pública”, que conforme a lo indicado por el autor es la actividad realizada por el funcionario público, pero ¿Qué se entiende por función pública? Veamos:

**3.31.** Para García Toma<sup>21</sup>, la función pública es el:

*“(...) conjunto de actividades que ejercen los funcionarios y servidores del Estado, a efectos de que se verifiquen las responsabilidades asignadas por la organización estatal según la Constitución y las leyes, así como las políticas de la élite gobernante (...)”*

**3.32.** Y, en ese sentido, para el autor las acciones realizadas se originan en encargos propios al cargo ejercido como parte de la estructura estatal al amparo de la normatividad

**3.33.** Así también, respecto de la función pública, Parada Vázquez<sup>22</sup> considera que esta designa tanto el conjunto de hombres a disposición del Estado que tienen a su cargo las funciones y servicios públicos como el régimen jurídico al que están sometidos.

**3.34.** Conforme a los autores citados, podríamos definir a la función pública como el conjunto de actividades realizadas por los funcionarios y servidores públicos destinadas al desarrollo de políticas públicas que permitan tutelar los intereses del Estado, actividades a las que no se les exige sean desarrolladas mediante la

---

<sup>21</sup> GARCÍA TOMA, Víctor (1998). *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*, Tomo II. Lima: Fondo Editorial de Desarrollo de la Universidad de Lima, pp. 52.

<sup>22</sup> PARADA VÁZQUEZ, José Ramón (2002). *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*. 15° ed. Madrid: Marcial Pons, pp. 392.

existencia de una relación laboral, lo que guarda relación con los conceptos de funcionario y servidor público desarrollados previamente.

**3.35.** Ahora bien, con las definiciones de funcionario público, servidor público y función pública, analizaremos la naturaleza de la labor efectuada por los oficiales de las Fuerzas Armadas.

**3.35.** El Decreto Legislativo N° 1134, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa (en adelante, MINDEF), señala en su artículo 16° que la MGP (siendo el señor Dorrego Arias un oficial de la MGP) es una institución de las Fuerzas Armadas dependiente del MINDEF (integrante del Poder Ejecutivo). Su función principal es ejercer la vigilancia y protección de los intereses nacionales en el ámbito marítimo, fluvial y lacustre; por ello, debido a que el objetivo de esta Entidad Pública es cumplir la función asignada, los oficiales que la integran realizan una función pública al prestar, realizar o ejercer funciones, labores o servicios en esta Institución Armada.

**3.37.** Ahora bien, veamos si debido a la labor efectuada por los oficiales de la MGP estos pueden ser considerados dentro de las características de funcionario o servidor público expresadas en las normas y los autores citados.

**3.38.** Respecto a la Ley de la Contraloría, esta indica que el servidor o funcionario público es el que ejerce funciones lo que, conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua, ya citada, sabemos que significa “(...) *la tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas (...)*”, en una determinada Entidad, independientemente del vínculo que mantengan con ella (sea contractual, laboral o relación de otra naturaleza). Siendo que los oficiales de la MGP ejercen funciones o labores dentro de dicha Entidad, podemos afirmar que se encuentran dentro de las categorías de funcionario o servidor público.

**3.39.** Ahora bien, para la Ley del Código de Ética, todo funcionario, servidor o empleado se encuentra dentro de la categoría de servidor público debido a que desempeña actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado, independientemente del régimen jurídico, laboral o de contratación en que se encuentre. En ese sentido, siendo que los oficiales de la MGP desempeñan actividades, que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua significa “(...) *conjunto de operaciones o*

*tareas propias de una persona o entidad (...)*”, o funciones, que según la misma fuente significa “(...) *tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas (...)*”, al servicio del Estado, se encuentran dentro de las categorías de funcionario o servidor público.

- 3.40.** Para la Ley del Servicio Civil, desarrollada en el numeral 3.22 del presente informe, la característica común que tienen los servidores y funcionarios públicos es el hecho de que quienes la integran ejercen funciones para el Estado independientemente de si éstas se realicen a través de una relación laboral. Conforme a ello, los oficiales de la MGP, al ejercer determinadas funciones en su Institución Armada para el cumplimiento de su fin, se encontrarían dentro de las categorías ya mencionadas.
- 3.41.** Asimismo, para la Ley Marco del Empleo Público la característica principal de los funcionarios y servidores públicos es el hecho de que efectúan determinadas funciones para una Entidad, pero ello siempre a partir de la existencia de una relación laboral. En ese escenario, siendo que los oficiales de la MGP realizan funciones para dicha Entidad, a través de una relación laboral se encontrarían dentro de las categorías de funcionario o servidor público.
- 3.42.** Para la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, abordada preliminarmente en el numeral 3.22 del presente informe, son servidores públicos quienes prestan servicios de manera permanente en la Administración Pública. Así entonces, siendo que los oficiales de la MGP prestan un servicio de manera permanente en su Entidad pueden ser calificados como servidores públicos.
- 3.43.** Siguiendo con el análisis de las definiciones de funcionario y servidor público, Retamozo manifestó que toda persona que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantenga vínculo laboral, contractual o una relación de cualquier naturaleza con alguna de las entidades públicas y que, en virtud de ello, ejerza funciones en tales entidades puede ser considerado funcionario o servidor público. Verificando con ello, nuevamente, que una característica primordial para definir a un funcionario o servidor público es el ejercer funciones en Entidades Públicas lo que, al ser efectuado por los oficiales de la MGP siguiendo lo expuesto por el autor, determinará que estos formen parte de estas categorías,

siendo irrelevante si sus funciones se ejercen o no en el marco de una relación laboral.

**3.44.** Respecto a Navas, manifestó que el funcionario público ejerce funciones dentro de una Entidad y que el servidor público presta servicios dentro de la misma independientemente de si dichas funciones o servicios se realizan a partir de una relación laboral. El autor al hacer la distinción, precisa que el primero actúa por delegación del Estado, quien le atribuyó sus funciones; y, por otro lado, el segundo presta servicios en la Administración pero que no actúa por delegación y no ocupa cargos relevantes; es decir, jerarquiza las señaladas categorías, otorgándole al funcionario público un nivel superior que al servidor público.

**3.45.** Sin embargo, más allá de la jerarquía otorgada por el autor, existe una característica entre ambas categorías (funcionario y servidor público) y es que más allá de que la persona ejerza funciones o preste servicios, en ambos casos la labor realizada es para una Entidad, resultando irrelevante de si dichas funciones o servicios se realizan a partir de una relación laboral. En ese sentido, verificamos que la labor de los oficiales de la MGP, independientemente de que sea catalogada como ejercicio de funciones o prestación de servicios, siempre se brinda a favor de una Entidad. Dicho esto, cabe preguntarse si las funciones ejercidas o los servicios prestados por los funcionarios o servidores en las Entidades Públicas, son de naturaleza laboral. Veamos.

**3.46.** Respecto de los elementos que deben presentarse en toda relación laboral, Neves Mujica<sup>23</sup> ha identificado a estos como: i) prestación personal, ii) subordinación, iii) remuneración.

---

<sup>23</sup> NEVES MUJICA, Javier (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 29-35.

*"(...) Prestación personal: Y deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni menos aún – transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 5, que sólo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes. De este modo, la tarea asignada por el empleado la cumple el trabajador solo o con los colaboradores o asistentes que aquel designe.*

*Subordinación: La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente.*

*Remuneración: Tanto el contrato de trabajo como los de locación de servicios y de obra, de un lado, y los de agencia, comisión y corretaje, del otro, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena. Esto quiere decir que el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce, a cambio del pago de una retribución. Este es, pues, un elemento esencial en los seis contratos. Así lo precisa el artículo 4° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, respecto del contrato de trabajo, y los artículos 1764° y 1771° del Código Civil, respecto de los de locación de servicios y de obra (...)."*

**3.47.** Para el autor, si estamos frente a una relación laboral se puede verificar que: i) quien recibe el encargo de realizar determinada labor debe ejecutarla directamente sin la intervención de terceros, salvo sean solo para asistirlo, por lo que será el único responsable del cumplimiento de la obligación encomendada, obteniendo los beneficios pactados; ii) otro sujeto dirige la labor del trabajador estableciendo las formas y plazos en las que debe realizarlas, siguiendo las reglas y términos que le sean impuestos; iii) por la actividad efectuada se otorgará una contraprestación (no puede ser gratuito) una vez culminada la misma o en los plazos acordados a fin de no desvirtuar dicha condición y tener así un trabajo impago.

**3.48.** Asimismo, Toyama Miyagusuku<sup>24</sup> ha indicado respecto de los elementos esenciales del contrato de trabajo:

---

<sup>24</sup> TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge (2011) Derecho individual del trabajo. Lima: Gaceta Jurídica - 1era Edición, pp.67.

*“(...) Es decir, la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personalísima – intuitu personae – y no puede ser delegada a un tercero. Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros (salvo el caso del trabajo familiar)*

*Por otro lado, la prestación de servicios debe ser remunerada. La remuneración constituye la obligación del empleador de pagar al trabajador una contraprestación, generalmente en dinero, a cambio de la actividad que este pone a su disposición. Es decir, el contrato de trabajo es oneroso y no cabe, salvo excepciones, la prestación de servicios en forma gratuita*

*Finalmente, tenemos la subordinación. Este es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios. En este último contrato se aprecia, al igual que en el contrato de trabajo, la existencia de una retribución y una prestación de servicios (...).”*

- 3.49.** Así tenemos que la Ley Marco del Empleo Público, desarrollada en el numeral 3.22, que regula las categorías de funcionario público, empleado de confianza y servidor público, se dictó con la finalidad de, entre otras: *“(...) Normar las relaciones de trabajo en el empleo público y la gestión del desempeño laboral para brindar servicios de calidad a los usuarios, sobre la base de las políticas de gestión por resultados (...)”*, y por tanto dar cuenta de la existencia de relaciones de trabajo en el empleo público y respecto de las tres categorías señaladas.
- 3.50.** En ese sentido, el Artículo III del Título preliminar de la Ley N° 28175 establece que *“(...) La presente Ley regula la prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión de empleo público (...)”*. Conforme a ello, regula la relación laboral (al desarrollar sus componentes) existente entre una entidad de la Administración Pública y un empleado público.
- 3.51.** Ahora bien, en este mismo artículo se hace referencia a la frase *“(...) cualquiera fuera la clasificación que éste tenga (...)”*, por medio de la cual se enfatiza que regula la relación laboral existente entre una Entidad Pública y sus empleados o trabajadores sin importar la clasificación que estos tengan. Conforme a ello, y siendo que el artículo 4° de la misma ley clasifica al personal del empleo público en funcionario público, empleado de confianza y servidor público, resulta evidente que la Ley del Empleo Público regula la relación laboral existente entre la Entidad Pública y los funcionarios públicos, empleados de confianza o servidores públicos, con lo cual claramente la relación que mantienen las categorías señaladas con las Entidades Públicas a las que prestan servicios es una de índole laboral.

- 3.52.** Asimismo, respecto de la Ley del Servicio Civil, esta ha clasificado a los servidores civiles de las entidades públicas en: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera y servidor de actividades complementarias, indicando además que en cualquiera de estos grupos pueden existir servidores de confianza.
- 3.53.** Siguiendo con el punto anterior, analizaremos si para la Ley del Servicio Civil las personas que brindan servicios en Entidades Públicas, y que se encuentran dentro de alguna de las categorías de: funcionario público, directivo público, servidor civil de carrera, servidor de actividades complementarias y servidores de confianza, se encuentran sujetas a relación laboral.
- 3.54.** Respecto de los componentes de la relación laboral, desarrollados por Neves y Toyama (a los que citamos previamente): i) prestación personal, ii) subordinación y iii) remuneración, el artículo 3° de la Ley del Servicio Civil define las funciones personales que desarrollan los servidores conforme a la categoría a la que pertenezcan, no pudiendo (no se señala lo contrario en dicho artículo) ser desarrolladas por dependientes o terceros, con lo cual se cumple con el primer componente, esto es, el de prestación personal.

**Artículo 3°.- Definiciones**

f(..) a) **Funcionario público.** Es un representante político o cargo público representativo, que ejerce funciones de gobierno en la organización del Estado. Dirige o interviene en la conducción de la entidad, así como aprueba políticas y normas.

b) **Directivo público.** Es el servidor civil que desarrolla funciones relativas a la organización, dirección o toma de decisiones de un órgano, unidad orgánica, programa o proyecto especial. También comprende a los vocales de los Tribunales Administrativos

c) **Servidor civil de carrera.** Es el servidor civil que realiza funciones directamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

d) **Servidor de actividades complementarias.** Es el servidor civil que realiza funciones indirectamente vinculadas al cumplimiento de las funciones sustantivas y de administración interna de una entidad.

e) **Servidor de confianza.** Es un servidor civil que forma parte del entono directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresó sin concurso público de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondían al puesto que ocupa f(..)f.

**3.55.** También respecto de la subordinación, García Granada y Ferro Delgado<sup>25</sup> han manifestado:

*"(...) Interesa destacar que la prestación personal y subordinada de los servicios es lo que determina que se hayan impuesto al empleador especiales deberes de conducta, con intensidad y características desconocidas en los contratos privados, porque a veces, invocando el carácter jurídico – personal de la relación, se puede atribuir deberes adicionales al trabajador en reciprocidad de los que se imponen al empleador, como si ambas partes de la relación se encontraran en un pie de igualdad. Esto de ningún modo es así al cumplir con las prestaciones a su cargo el empleador no compromete sus bienes personales ni se somete a un poder jurídico ajeno, por lo cual no hay razón para que se desorbiten los deberes de conducta del trabajador, que no se orientan normalmente hacia la persona de aquel, sino a sus intereses económicos (deberes de obediencia, diligencia, fidelidad y colaboración, art 84 al 86, LCT).*

*En realidad los deberes de conducta que el contrato de trabajo impone al trabajador no difieren mayormente de los que son propios de toda relación obligatoria, acentuados - como ocurre también en el ámbito privado – por el hecho de que el vínculo normalmente duradero; en definitiva, sólo constituye modalidades del cumplimiento de la prestación básica de trabajar, y nacen de lo expresamente pactado, del sentido y fin de la obligación, del principio de buena fe de acuerdo con las circunstancias o, finalmente, de las exigencias del tráfico".*

**3.56.** Asimismo, respecto de la subordinación, el artículo 39° de la Ley del Servicio Civil desarrolla las obligaciones de los servidores civiles, incluyendo dentro de estas el informar a los superiores jerárquicos de cualquier circunstancia que afecte el logro de los objetivos de la Entidad. Conforme a ello, los servidores que se encuentran dentro de las categorías ya indicadas ejercen sus funciones siempre subordinadas a un superior jerárquico, cumpliéndose por tanto con el componente de subordinación.

*"(...) Artículo 39.- Obligaciones de los servidores civiles. Son obligaciones de los servidores civiles, las siguientes:  
Cumplir leal y diligentemente los deberes y funciones que impone el servicio público.  
Privilegiar los intereses del Estado sobre los intereses propios o de particulares.  
Informar oportunamente a los superiores jerárquicos de cualquier circunstancia que ponga en riesgo o afecte el logro de los objetivos institucionales o la actuación de la entidad (...)"*

**3.57.** Respecto de la remuneración como componente de la relación laboral, debemos precisar que el artículo 28° de la Ley del Servicio Civil ha señalado que los servicios prestados a la Entidad, de acuerdo al puesto que ocupan los servidores, debe ser

---

<sup>25</sup> GARCIA GRANARA, Fernando y FERRO DELGADO, Víctor (2000). *Derecho individual del trabajo*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp.36.

compensado. Conforme a ello claramente se cumple el componente de la remuneración.

*"(...) Artículo 28.- Compensación*

*La compensación es el conjunto de ingresos y beneficios que la entidad destina al servidor civil para retribuir la prestación de sus servicios a la entidad de acuerdo al puesto que ocupa.*

*El objetivo de la compensación es captar, mantener y desarrollar un cuerpo de servidores efectivo que contribuya con el cumplimiento de los objetivos institucionales (...)"*

**3.58.** De lo expuesto, se verifica que la compensación no solo busca retribuir económicamente por el servicio prestado, sino que además esta debe ser lo suficientemente proporcional con el trabajo realizado a fin de ser atractiva para los trabajadores integrantes del aparato público, así como para los que se interesen en pertenecer a este cumpliéndose así el objetivo ya descrito.

**3.59.** Del análisis efectuado previamente, verificamos que en efecto las personas que brindan servicios a Entidades Públicas y se encuentran dentro de una de las categorías consignadas en el artículo 3° de la Ley del Servicio Civil, lo hacen en marco y/o ejercicio de la relación laboral existente entre dichas partes.

**3.60.** Por otro lado, analizaremos si los componentes de la relación laboral se encuentran presentes en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa. Para dichos efectos, nos remitiremos a lo dispuesto en su artículo 21° que establece las obligaciones de los servidores públicos:

*"(...) Artículo 21.- Son obligaciones de los servidores:*

*a) Cumplir personal y diligentemente los deberes que impone el servicio público;*

*b) Salvaguardar los intereses del Estado y emplear austeramente los recursos públicos;*

*c) Concurrir puntualmente y observar los horarios establecidos;*

*d) Conocer exhaustivamente las labores del cargo y capacitarse para un mejor desempeño;*

*e) Observar buen trato y lealtad hacia el público en general, hacia los superiores y compañeros de trabajo;*

*f) Guardar absoluta reserva en los asuntos que revistan tal carácter, aún después de haber cesado en el cargo*

*g) Informar a la superioridad de los actos delictivos o de inmoralidad cometidos en el ejercicio de la función pública; y*

*h) Los demás que le señalan las leyes o el reglamento (...)"*

**3.61.** Del artículo citado, corroboramos que se encuentran presentes en la referida norma el componente de prestación personal, consignado por la doctrina como un elemento de la relación laboral, toda vez que los servidores públicos prestan servicio al Estado en forma personal (literal a) e informan a su superioridad (literal g).

**3.62.** Asimismo, respecto al componente remuneración, verificamos que el artículo 24° de la señalada ley lo incorpora como un derecho de los servidores públicos, con lo cual se cumple la presencia del tercer elemento de una relación laboral, por lo que es posible afirmar que esta norma regula la prestación de servicios efectuados a las Entidades Públicas a partir de la existencia de una relación laboral.

*“(...) Artículo 24.- Son derechos de los servidores públicos de carrera:*

*(...)*

*c) Percibir la remuneración que corresponde a su nivel, incluyendo las bonificaciones y beneficios que procedan conforme a ley; (...)”*

**3.63.** Sin perjuicio de que las normas citadas abordan las categorías de funcionario y servidor público a raíz de que una función o prestación de servicios a una Entidad Pública se efectúa a partir de una relación laboral, así como tanto porque la Ley de la Contraloría como la Ley del Código de Ética describen la naturaleza de un servidor y funcionario público en el mismo sentido que los autores citados previamente, consideramos pertinente destacar que la característica principal de un funcionario o servidor público es el hecho que desempeña actividades o funciones para una determinada Entidad, independientemente de si estas son efectuadas en una relación laboral de por medio, toda vez que creemos existen excepciones por las cuales no todos los funcionarios y servidores públicos realizan sus labores a partir de la existencia de una relación laboral.

**3.64.** En efecto, una excepción a la regla, por ejemplo, la podemos encontrar en la labor congresal puesto que, si bien los congresistas son funcionarios públicos, por tener un cargo de representación y desarrollar funciones de preeminencia política de elección popular, directa y universal, conforme a lo establecido en el artículo 3° de la Ley del Servicio Civil (numeral 3.22 del presente informe) el ejercicio de estas labores no se efectúan a través de un vínculo laboral, en tanto, no se encuentran presentes las tres condiciones necesarias señaladas previamente.

**3.65.** Podemos comprobar la afirmación anterior, de acuerdo a lo siguiente:

a) Remuneración: Los congresistas perciben una remuneración por la función realizada, lo cual ha sido desarrollado en la Ley N° 28212, Ley que regula los ingresos de los Altos Funcionarios Autoridades del Estado y dicta otras medidas, modificada por el Decreto de Urgencia N° 038-2006<sup>26</sup>, cuyos artículos 1° y 2° señalan respectivamente la finalidad de dicha norma así como los topes de ingresos según el funcionario o servidor público, cumpliéndose por tanto con la primera condición de la relación laboral.

b) Prestación Personal: Los congresistas realizan su función congresal personalmente y no a través de terceros, conforme a lo dispuesto en la Constitución en la cual se exige que la función realizada sea a tiempo completo restringiéndose su participación en otras actividades durante las horas de funcionamiento del Congreso, cumpliéndose por tanto con la segunda condición:

*"(...) Artículo 92° de la Constitución. Función de congresista e incompatibilidades*

*La función de congresista es de tiempo completo; le está prohibido desempeñar cualquier cargo o ejercer cualquier profesión u oficio, durante las horas de funcionamiento del Congreso.*

*El mandato del congresista es incompatible con el ejercicio de cualquiera otra función pública, excepto la de Ministro de Estado, y el desempeño, previa autorización del Congreso, de comisiones extraordinarias de carácter internacional (...)."*

c) Subordinación. Respecto a la tercera condición que debe encontrarse presente en toda relación laboral debemos remitirnos a la Constitución en la cual se indica en el artículo 93° que los congresistas no están sujetos a mandato imperativo. Ello significa que sus actuaciones no están regidas por órdenes superiores. ¿Pero qué significa ello? Veamos:

Si bien los congresistas son elegidos por la ciudadanía mediante voto popular directo, secreto y universal, estos no están obligados a efectuar sus funciones de acuerdo con la voluntad de quienes los eligieron para integrar el Congreso,

<sup>26</sup> Decreto de Urgencia N° 038-2006, modifica la Ley N° 28212.

"Artículo 1°.- Finalidad de la Ley. La presente Ley tiene por finalidad regular los ingresos de los Altos Funcionarios y Autoridades del Estado. Artículo 2.- Topes de Ingresos. Ningún funcionario o servidor público que presta servicios al Estado bajo cualquier forma o modalidad contractual y régimen laboral, con excepción del Presidente de la República, percibirá ingresos mensuales mayores a seis (6) Unidades de Ingreso del Sector Público, salvo en los meses en que corresponda las gratificaciones o aguinaldos de julio y diciembre".

pudiendo por ello actuar conforme a su criterio y mejor parecer, sin ser sus decisiones materia de sanción.

Así también, no encontrándose los congresistas sujetos a realizar sus funciones de acuerdo a la voluntad de quienes votaron por ellos, tampoco están en el deber de actuar u obedecer mandato alguno de ningún funcionario con rango superior como lo sería el presidente de la República.

De lo expuesto, observamos que no existe el componente de subordinación en la labor realizada por los congresistas, razón por la cual sus funciones son efectuadas sin que exista un vínculo laboral de por medio.

*\*(...) Artículo 93° Representación e Inmunidad parlamentaria.*

*Los congresistas representan a la Nación. No están sujetos a mandato imperativo ni a interpelación.*

*No son responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones. (...)\*.*

- 3.66.** Consecuentemente con lo desarrollado, debemos responder la pregunta planteada previamente señalando que si bien es cierto los oficiales de las Fuerzas Armadas no han sido considerados expresamente como funcionarios o servidores públicos, salvo para los efectos de determinadas normas, no menos cierto es que ejercen una función pública en Entidades Públicas, como en este caso lo es la MGP, con lo cual la actividad desarrollada por dichos oficiales - en esencia - es la misma que la efectuada por cualquier otro integrante de las referidas categorías, en concordancia con lo desarrollado por las normas y autores citados.
- 3.67.** En ese sentido, no resultaba necesaria una expresa regulación que precise que los oficiales de las Fuerzas Armadas se encuentren dentro de las categorías de funcionario o servidor público, toda vez que la labor realizada por los oficiales es la misma que la desarrollada en las normas que regulan las categorías ya señaladas.
- 3.68.** Sin embargo, debemos manifestar también que la condición de funcionario o servidor público no exige la existencia de una relación laboral, en tanto, lo relevante es que quienes se desempeñen en las categorías señaladas efectúen función pública en una Entidad Pública.

**3.69.** Así entonces, queda claro que el TCE calificó correctamente al señor Dorrego Arias como funcionario o servidor público, quedando para el posterior análisis si este se encontraba dentro de las señaladas categorías al momento de la participación de TESACOM en el procedimiento de selección convocado por la MGP.

**3.70.** No obstante, si bien en las resoluciones emitidas por el TCE (la N° 1737-2013-TC-S1 mediante la cual se sancionó a TESACOM y la N° 1990-2013-TC-S1 por la cual se declaró fundado el recurso de apelación) no se ha precisado si los oficiales de las Fuerzas Armadas son funcionarios o servidores públicos - solo se indicó que se encuentran dentro de estas categorías - dicho análisis resulta irrelevante para el caso, ya que lo fundamental para poder aplicar los impedimentos para contratar con el Estado, contenidos en el artículo 10° de la LCE era establecer si los señalados oficiales se encontraban en al menos una de éstas categorías, lo que ha quedado demostrado en el desarrollo del presente problema jurídico.

**SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:** Definir si el señor Dorrego Arias al encontrarse en situación de disponibilidad, categoría propia de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la PNP, podía ser considerado funcionario o servidor público.

**3.71.** Siendo que el señor Dorrego Arias, por ser oficial de la MGP, formaba parte de las categorías de funcionario o servidor público, corresponde analizar si la particular situación en la que se encontraba - al momento de convocado el procedimiento de selección que conllevó al inicio del PAS materia de análisis -, esto es, la situación de disponibilidad, representaba un impedimento para contratar con el Estado.

**3.72.** Para ello, corresponde primero tener en cuenta que el artículo 3° de la Ley de situación militar (vigente al momento del PAS) establece que dichos oficiales podían clasificarse (considerando la situación en el servicio) en: i) actividad, ii) disponibilidad, iii) retiro y iv) reserva, categorías desarrolladas en la misma ley conforme a lo siguiente:

- Situación de Actividad (artículo 29°), situación en la que el oficial se encuentra comprendido en el servicio. Se clasifica en: actividad en cuadros y actividad fuera de cuadros.

- Situación de Disponibilidad (artículo 30°), situación transitoria en que el oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, pudiendo retornar a esta, desaparecidas las causales que originaron su separación del servicio activo.
  - Situación de Retiro (artículo 43°), condición del oficial en que se encuentra fuera de las situaciones de actividad y de disponibilidad y, por tanto, apartado definitivamente del servicio.
  - Condición de Reserva (artículo 60°), aplicable al oficial en situación de retiro el cual podía ser reincorporado al servicio para el cumplimiento de determinado empleo y por períodos delimitados.
- 3.73.** No obstante respecto al empleo en las Fuerzas Armadas, en el artículo 14° de la norma ya señalada se advierte que es: i) el desempeño personal de una función real y efectiva encomendada al oficial, en atención a los cuadros de organización existentes en cada Institución Armada; así como, ii) un derecho inherente de los oficiales en situación de actividad.
- 3.74.** Asimismo, TESACOM en su defensa señaló que al encontrarse el señor Dorrego Arias en situación de disponibilidad, al momento de convocado el procedimiento de selección que derivó en el PAS, no se encontraba impedido de contratar con el Estado ya que no mantenía vínculo laboral con la MGP; vínculo que se encuentra definido, entre otras características, por el empleo, en tanto, como se señala en el artículo 14° de la referida ley, este es, un derecho de los oficiales en situación de actividad y se les asigna, de acuerdo a los cuadros de organización existentes en cada Institución Armada, cuadros que, conforme lo señalado en la misma ley, pertenecen solo a la situación de actividad.
- 3.75.** En ese orden de ideas, queda claro que para TESACOM no existía impedimento para contratar con el Estado toda vez al momento de presentarse al proceso de selección, que da origen al PAS de análisis, su gerente general, señor Dorrego Arias, se encontraba en situación de disponibilidad, bajo la cual no existía empleo real y efectivo, el que solo estaba reservado para los oficiales que se encontraban en situación de actividad en la MGP.

- 3.76.** Además de ello, TESACOM consideró que, al encontrarse en situación de disponibilidad, se encontraba apartado de la situación de actividad, por lo que, consecuentemente, también de su empleo y, por tanto, de su vínculo laboral con la MGP; vínculo que, de haberse presentado, hubiera determinado que sea considerado funcionario o servidor público y, en consecuencia, habría sido posible aplicarle el impedimento para contratar previsto en la LCE.
- 3.77.** De lo expresado en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, por medio de la cual el TCE resolvió sancionar a TESACOM, se verifica que la sanción fue impuesta debido a que este órgano resolutorio consideró que, al ser la situación de disponibilidad de carácter transitoria, el oficial que se encontrara en esta podía retornar al servicio activo posteriormente; ello, a diferencia de la situación de retiro donde el oficial se encontraba apartado definitivamente de la Institución Armada. Por lo que se podía colegir que el señor Dorrego Arias continuaba integrando a la MGP encontrándose, por tanto, impedido de contratar con el Estado, pues seguía siendo servidor o funcionario público.
- 3.78.** Asimismo, de la resolución citada previamente se verifica que, a fin de determinar si el señor Dorrego Arias se encontraba impedido para contratar con el Estado, lo relevante para el TCE era poder concluir si integraba o no la MGP al momento de convocado el procedimiento de selección por parte de dicha Entidad, independientemente de la existencia o no de un vínculo laboral o relación de otra índole, mediante la cual los oficiales ejercieran sus funciones en la MGP.
- 3.79.** Sin embargo, contrariamente a la opinión del TCE vertida en su primera resolución, mediante la cual sancionó a TESACOM, consideramos que lo relevante (a efectos de establecer si el señor Dorrego Arias se encontraba impedido de contratar o no con el Estado) es determinar si la condición en la que se encontraba – disponibilidad - desvirtuaba o no su categoría de funcionario o servidor público.
- 3.80.** Así entonces, analizaremos si las labores realizadas por el oficial de la MGP, señor Dorrego Arias, por las que se encontraba dentro de las categorías de funcionario o servidor público, podían ser igualmente desarrolladas encontrándose en cualquiera de las condiciones establecidas en la norma militar, esto es, actividad, disponibilidad, retiro y reserva, para lo cual revisaremos los artículos pertinentes de

dicha ley vigente (es decir sin las modificaciones posteriores) al momento de efectuado el procedimiento de selección que conllevó al PAS materia de análisis.

- 3.81.** Por otro lado, el artículo 22° de la ley analizada establece que la situación militar es la condición que determina si el oficial se encuentra dentro o fuera del servicio, sea en forma temporal o definitiva, indicándose que las únicas situaciones en las que puede el personal de las Fuerzas Armadas encontrarse son las de actividad, disponibilidad, retiro y reserva.
- 3.82.** De acuerdo con ello, la condición en la que se ubicará el oficial es lo que determinará si se encuentra dentro o fuera del servicio. En caso de encontrarse fuera del servicio ello podrá ser en forma temporal o definitiva. Conforme a ello, ¿qué se entiende entonces como servicio?, veamos.
- 3.83.** El artículo 25° de la ley en cuestión reconoce como tiempo de servicios al empleo real y efectivo desempeñado por el oficial, tiempo que se computa en su integridad para el reconocimiento del tiempo de servicios prestado a su respectiva Institución Armada, así como para la obtención de las remuneraciones y beneficios previstos en la normativa sobre la materia.
- 3.84.** Conforme al artículo citado, el servicio prestado por un oficial se materializa solamente (considerando que no se hace referencia a otro tipo de servicio que pueda prestar el oficial a su Entidad) mediante el empleo real y efectivo que desempeñe en su Institución Armada. Así entonces, y siguiendo lo señalado en el artículo 22° de la misma ley, la condición (retiro, disposición, actividad y reserva) en la que se encuentre el oficial es lo que determinará si este desempeña o no un trabajo para la Institución Armada y si esta ausencia o falta de empleo es temporal o definitiva.
- 3.85.** Del artículo 14° de la señalada ley se verifica que las funciones realizadas por los oficiales se materializan únicamente mediante el empleo, el cual es reservado a los oficiales en situación de actividad y no a otras situaciones.
- 3.86.** Por ello, siendo que: i) de la definición de situación de disponibilidad se tiene que los oficiales que se encuentren en esta, se encuentran apartados transitoriamente

de la situación de actividad; ii) los oficiales en situación de actividad son los únicos que prestan un servicio a la Entidad a través del empleo, es posible concluir que quienes se encuentren apartados de dicha situación de actividad no podrán prestar dicho servicio y, por tanto, no se les asignará empleo.

**3.87.** Igual situación observamos que ocurre con la situación de retiro, toda vez que la norma en cuestión señala que estos se encuentran fuera de las situaciones de actividad y disponibilidad, encontrándose apartados definitivamente del servicio, por lo que consecuentemente quedan exentos de prestar servicios a la Institución Armada y del empleo.

**3.88.** Misma situación sucede con la condición de reserva (conforme a la ley referida vigente al momento del PAS), toda vez que esta solo es aplicable para los oficiales en situación de retiro quienes en determinados casos pueden ser reincorporados al servicio, esto es, tener un empleo en la Institución Armada por periodos delimitados. Siendo que recién el oficial al ser reincorporado al servicio y, por tanto, a la situación de actividad, prestará un servicio a la Entidad materializado a través de un empleo; por ende, mientras se encuentre en condición de reserva, al igual que el oficial en situación de retiro y de disponibilidad, se encontrará apartado del servicio y, por tanto, del empleo, toda vez que este es reservado, como ya se dijo, únicamente para los oficiales en situación de actividad.

**3.89.** Ahora bien, conforme a lo desarrollado tenemos que el señor Dorrego Arias al momento de convocado el procedimiento de selección que conllevó al PAS de análisis, se encontraba en situación de disponibilidad por lo que, al estar apartado de la situación de actividad, lógicamente no podía prestar servicios en su Institución Armada y producto de ello resultaba imposible se le asignara empleo. Así entonces, no prestando servicios a la MGP ni contando con empleo alguno, no podía ser considerado como funcionario o servidor público durante el periodo que se encontrara en la señalada situación de disponibilidad.

**3.90.** En ese sentido, la situación de disponibilidad - categoría propia de los oficiales de las Fuerzas Armadas y de la PNP - en la que se encontraba el gerente general de TESACOM - señor Dorrego Arias - al momento de convocado el procedimiento de selección (agosto de 2010), no representaba un impedimento para contratar con el Estado a la luz de los impedimentos establecidos en la LCE, ya que la infracción

que se le atribuye se habría configurado por ser gerente general y simultáneamente funcionario o servidor público en la misma Entidad que convocó el procedimiento de selección que dio origen al PAS de análisis; situación que no podía presentarse, ya que al encontrarse, el referido oficial, en situación de disponibilidad al momento de convocarlo el procedimiento de selección no era y ni podía encontrarse de ninguna manera dentro de las categorías de funcionario o servidor público, conforme a lo desarrollado en los numerales anteriores.

**TERCER PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:** Precisar si existió un quebrantamiento de la confianza legítima generada por la Administración Pública a TESACOM y si, como consecuencia de ello, se puede eximir de responsabilidad a la empresa.

- 3.91.** TESACOM ha señalado en sus argumentos de defensa que participó en el procedimiento de selección convocado por la MGP con la plena convicción de no encontrarse impedido para contratar con el Estado, ello debido a la situación de disponibilidad en la que se encontraba el señor Dorrego Arias al momento de la convocatoria y participación de la empresa, la cual fue confirmada por la propia Entidad convocante a través de la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado N° 005-2010-MGP de la MGP de fecha 11 de mayo de 2010.
- 3.92.** Dicha resolución fue emitida por el Comité de Apelaciones de la MGP en razón a la apelación interpuesta por un postor que participó en el procedimiento de selección ADS N° 009-2010-MGP/DIRTEL (anterior al que originó el PAS materia de análisis). En dicha apelación se solicitó la nulidad del acto administrativo mediante el cual se otorgó la buena pro a TESACOM argumentando para ello que el Comité Especial, al momento de calificar, no consideró el hecho que el representante legal de la señalada empresa era a su vez oficial de la MGP.
- 3.93.** Así entonces, el Comité de Apelaciones, luego de analizar la situación de disponibilidad en la que se encontraba el señor Dorrego Arias, concluyó que este no estaba impedido para contratar con el Estado, toda vez que al encontrarse en la situación señalada no le correspondía empleo conforme a la Ley de situación militar y, por tanto, no podía ser considerado como funcionario o servidor público,

categorías en las que de haberse encontrado hubieran impedido su participación conforme a lo establecido en la LCE.

- 3.94.** Dicha resolución, conforme lo expreso TESACOM, generó confianza en la empresa respecto de su postura; por ello, considero que debido a que el señor Dorrego Arias se encontraba en situación de disponibilidad no estaba impedido de contratar con el Estado.
- 3.95.** En estricto, el TCE, en la resolución que determinó inicialmente sancionar a TESACOM, manifestó, en relación a la postura de la MGP - respecto a que los oficiales en situación de disponibilidad no se encuentran impedidos para contratar con el Estado, como es el caso del señor Dorrego Arias -, que su decisión (emitida por el órgano competente) no establecía la posición institucional de la misma sino que se trataba solo de la posición de un comité de apelaciones al resolver un específico recurso de apelación, razón por la que sus efectos se circunscribían al caso concreto; más aún, si es el OSCE el encargado de interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones del Estado.
- 3.96.** En ese sentido, cabe precisar que el Comité de Apelaciones de la MGP no es un comité de menor nivel sino del órgano encargado de resolver las controversias surgidas en procedimientos de selección convocados por esta y, en consecuencia, expresó la posición de la Entidad, por lo que resulta pertinente analizar tres elementos contenidos en el propio documento:

Primero.- La jerarquía de dicho comité. El recurso de apelación es resuelto por un órgano de jerarquía de dicha Entidad distinto al encargado del procedimiento de selección, en estricto, por el Comité de Apelaciones, quien es el encargado de resolverlas; no resuelve las apelaciones un comité ad hoc constituido para el caso concreto. Así las cosas, todo ello revela y/o confirma el mayor nivel jerárquico del Comité de Apelaciones al ser el encargado de resolver la apelación interpuesta.

Segundo.- La composición del Comité de Apelaciones. La resolución es suscrita por tres oficiales con el grado de Capitán de Navío, grado que conforme al artículo 13° de la Ley de situación militar equivale al de coronel de la Fuerza Aérea o del Ejército, situándose dentro de la categoría de Oficiales Superiores.

Su composición es relevante, pues la integran oficiales de un alto nivel de jerarquía en la MGP, en estricto, los de tercer grado en la jerarquía de esta institución armada, la cual está por debajo del Vicealmirante y del Contralmirante de la misma; por tanto, no se trata de comités menores como los encargados de los procedimientos de selección.

Tercero.- La posición reiterada de la Entidad. El TCE señaló que lo resuelto por el Comité de Apelaciones no se trataría de la posición institucional sino sólo de lo resuelto por un comité para un determinado caso; sin embargo, la posición del referido comité es la misma que la que emitió la MGP ante el requerimiento del OSCE, previo al inicio del PAS, donde concluyó que no se advertía algún supuesto que determinara el impedimento de la empresa TESACOM para participar y contratar en el referido proceso (el que conllevó al sancionador materia de análisis) ni la presentación de documentación falsa o inexacta.

**3.97.** Si bien se trataron de dos procedimientos de selección distintos respecto de los cuales en su momento el Comité de Apelaciones y luego directamente la Entidad manifestaron la misma opinión, cabe recalcar que se trató del mismo caso, ya que en ambos se cuestionó la participación del señor Dorrego Arias y TESACOM en procedimientos de selección convocados por la MGP mientras el referido oficial se encontraba en situación de disponibilidad; expresando la MGP en ambas oportunidades lo mismo: que el señor Dorrego Arias al encontrarse en situación de disponibilidad, al momento de convocados los procedimientos de selección, no se encontraba impedido para contratar con dicha Entidad; por ese motivo, contrariamente a lo que consideró el TCE, la posición del Comité de Apelaciones si se trató de una posición institucional.

**3.98.** En ese orden de ideas, a través de la posición de la MGP y no solo de la emitida por un comité para un caso particular, resulta posible inferir que ¿esta generó una razonable confianza legítima en TESACOM?

**3.99.** La Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la MGP N° 005-2010-MGP es un acto administrativo (destinado a producir efectos jurídicos)<sup>27</sup> emitido por una

---

<sup>27</sup> Artículo 1, numeral 1.1, de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Artículo 1. Concepto de acto administrativo:

"1.1. Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta (...)".

Entidad Pública que ejerce función administrativa, por tanto, todos los actos que emita poseen la misma fuerza legal que cualquier otro siendo, por tanto, susceptibles de generar confianza legítima en el administrado.

**3.100.** Al respecto de la función administrativa, Dromi<sup>28</sup> se refirió a su aspecto sustancial como el conjunto de actividades encaminadas hacia un fin, independientemente del órgano o agente que la realice materializándose dichas actividades en una ejecución concreta y práctica. Asimismo, respecto de su aspecto orgánico manifestó que este incluye a todos los órganos que forman la Administración Pública, lo que para el caso incluiría a la MGP; indicando además, respecto de su aspecto procesal, que las formas jurídicas administrativas que tiene la Administración de exteriorización son el acto, hecho, simple acto, reglamento y contrato administrativo que se producen, preparan, emiten y extinguen por vía de procedimientos administrativos reglados (2006:106-114), como claramente son los emitidos por la Institución Armada al pronunciarse respecto de la situación de disponibilidad del señor Dorrego Arias, la cual no infringía la normativa de contrataciones del Estado.

**3.101.** Conforme a lo señalado por Dromi, tenemos que siendo el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la MGP parte de la Administración Pública sus actos administrativos generan legítimas expectativas a los administrados.

**3.102.** Respecto a la confianza legítima, Gonzáles Perez<sup>29</sup> precisa que se encuentra vinculada a otro gran principio del Estado de Derecho como lo es la seguridad jurídica, la cual busca proteger al particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración y en la certeza del mantenimiento de determinadas situaciones, aunque no sean del todo conformes a Derecho, primando así la seguridad jurídica incluso sobre el principio de legalidad (1999:50-55).

**3.103.** Por otro lado, respecto de la buena fe, en el ámbito de las relaciones jurídico – administrativas, vendría a ser la actuación que se espera de una administración

---

<sup>28</sup> DROMI, Roberto (2009). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispana Libros.

<sup>29</sup> GONZÁLES PÉREZ, Jesús (1999). *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

pública respecto de otra o respecto del administrado, o el administrado respecto de la Administración Pública, conforme a lo señalado por el mismo autor.

**3.104.** Así entonces, el principio de confianza legítima permite conservar los efectos de determinadas situaciones, aunque no fueran del todo arregladas a derecho, a efectos de proteger al particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por parte de la Administración. Conforme a ello, si bien la MGP no era el órgano competente para interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones con el Estado, y en el supuesto que su posición fuera contraria a ley, su actuación generó una confianza en el administrado, TESACOM, la cual debe ser protegida a fin de salvaguardar la primacía de la seguridad jurídica.

**3.105.** Además, si bien la confianza legítima no está reconocida expresamente en la Constitución, se materializa en nuestro sistema jurídico como un principio derivado de la seguridad jurídica, buena fe y predictibilidad, por lo que corresponde identificar los presupuestos que debe cumplir, para lo cual recurriremos a lo desarrollado por Valbuena<sup>30</sup> al respecto:

- La existencia de una base objetiva, de confianza, plasmada a través de un comportamiento, actitud o manifestación del Estado o de sus agentes, que de manera inequívoca, objetiva y concluyente estimule, induzca, permita, tolere o determine el surgimiento de expectativas fundadas y ciertas en torno a la perdurabilidad y permanencia de una situación jurídica subjetiva, que haga previsible que la actividad administrativa tenga una determinada orientación o genere cierto resultado.
- La legitimidad de la confianza, se traduce en confianza justificada en circunstancias objetivas, plausibles, razonables y verdaderas que la motivan, revistiéndola de un halo de credibilidad y autenticidad indiscutibles.
- La toma de decisiones o posiciones jurídicas cimentadas en la confianza, es decir, que quien confía haya obrado de buena fe y, por tanto, se encuentre exenta de culpa.

---

<sup>30</sup> VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel (2008). *La Defraudación de la Confianza Legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

- La defraudación de la confianza legítima se configura a través del rompimiento de una promesa o de un ofrecimiento formalmente efectuado por parte de la Administración.
- La no adopción de medidas de transición o adaptación que permitan al administrado un régimen de compensación o de ajuste respecto de la nueva situación. (2008:158-178)

**3.106.** De lo expuesto, podemos señalar que los presupuestos en cuestión se han configurado en la defraudación de la confianza legítima alegada por TESACOM conforme a lo siguiente:

- a) La existencia de una base objetiva de confianza, que para el caso sería la Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la MGP N° 005-2010-MGP de fecha 11 de mayo de 2010.
- b) La legitimidad de la confianza, que en el caso se configura cuando la Entidad se pronunció, en la resolución emitida por su Comité de Apelaciones, indicando que el señor Dorrego Arias no se encontraba impedido de contratar al encontrarse en situación de disponibilidad.
- c) La toma de decisiones o posiciones jurídicas cimentadas en la confianza, que se materializó cuando TESACOM se presentó en el procedimiento de selección AMC N° 016-2010-MGP/DIRTEL convocado por la MGP convencido de que su gerente general – señor Dorrego Arias – no se encontraba impedido para contratar con el Estado por estar en dicho momento en situación de disponibilidad.
- d) La defraudación de la confianza legítima, generada con la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, por medio de la cual el TCE decidió sancionar a TESACOM por haber contratado con el Estado encontrándose impedido para ello, toda vez que dicha decisión se fundamentó en la idea errada de que su gerente general no podía contratar a pesar de encontrarse en situación de disponibilidad. Por ello, siendo que ambas entidades eran integrantes de la Administración Pública, la confianza legítima del administrado TESACOM se vio defraudada.
- e) La no adopción de medidas de transición o adaptación al no haberse otorgado tiempo ni medios a TESACOM (régimen de transición, compensación, etc.) por

haber efectuado una conducta que consideraba legal, conforme lo manifestado por la MGP, y que luego fue catalogada de ilegal por parte del TCE, toda vez que el PAS iniciado en su contra conllevó directamente a la imposición de una sanción.

**3.107.** Asimismo, según la Sentencia del Expediente N° 0016-2002-AI/TC<sup>31</sup>, la protección de la confianza legítima tiene como origen la seguridad jurídica, la cual es un principio que forma parte del Estado Constitucional de Derecho, en virtud del cual existe predictibilidad en las conductas frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho. Es una garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y consolida la interdicción de la arbitrariedad.

**3.108.** Al respecto, la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444<sup>32</sup> (en adelante LPAG), vigente al momento del PAS, desarrollo el Principio de Predictibilidad señalándose que la Administración deberá brindar a los administrados información veraz, completa y confiable respecto de cada trámite a fin que este tenga pleno conocimiento del resultado que obtendrá.

**3.109.** Así también, el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444<sup>33</sup>, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO LPAG), norma vigente, amplió el Principio de Predictibilidad tanto en nombre como en contenido, siendo conocido también como Principio de Confianza Legítima estableciendo que las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados, razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expongan por escrito decida apartarse de ellos.

**3.110.** Conforme a lo señalado, para la aplicación del principio de confianza legítima necesitamos de una conducta de la Administración orientada a suministrar información confiable, certera, actual, completa y oportuna al administrado, a efectos de que confiando en la misma planifique y anticipe sus actividades con la convicción de que actúa correctamente y conforme lo espera la Administración. Por ello, su defraudación - generada a partir de información exhibida por esta, contraria

---

<sup>31</sup> STC Exp. N° 0016-2002-AI/TC

<sup>32</sup> Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Artículo IV, numeral 1.15.

<sup>33</sup> Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General Artículo IV, numeral 1.15.

a las características señaladas - supondrá una ruptura de dicha confianza y, por tanto, la afectación de las relaciones Administración / administrado y una vulneración al principio descrito.

- 3.111.** Por otro lado, el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima, recogido en el TUO LPAG, determina la exigencia del legislador respecto de las relaciones entre la Administración y el administrado, las cuales se deben desarrollar en el marco de la buena fe, para lo que resulta necesario que efectúe sus actuaciones con probidad y transparencia, a fin de generar confianza entre las partes y predictibilidad respecto al resultado de sus relaciones.
- 3.112.** Asimismo, el TUO LPAG incorporo el Principio de buena fe procedimental<sup>34</sup>, mediante el cual se establece que todos los partícipes del procedimiento deben realizar sus actos guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe, no pudiendo la autoridad administrativa actuar contra sus propios actos, salvo los supuestos de revisión de oficio.
- 3.113.** Así también precisamos que, en el Artículo 236-A° de la Ley N° 27444 (vigente en la fecha de inicio del PAS de análisis - 2012) se consideraba como atenuante de la responsabilidad por infracciones al error inducido por la Administración por un acto o disposición administrativa, confusa o ilegal; posición modificada en el TUO LPAG<sup>35</sup> que incluyó como eximente de responsabilidad por infracciones al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- 3.114.** De lo expuesto, es evidente que las modificaciones efectuadas a la LPAG (en el TUO LPAG) derivan de un esfuerzo del legislador por regular con mayor precisión las relaciones entre la Administración y los administrados, a partir del intercambio de información clara, veraz, confiable y sujeta a la legalidad en un marco de colaboración, respeto y buena fe; todo ello, a fin de generar confianza entre las partes y predictibilidad respecto de los procedimientos administrativos efectuados y sus resultados. Por ese motivo, dichos principios no solo revelan la exigencia de una conducta que deben de seguir las partes en todo momento sino y sobre todo la responsabilidad de la Administración en caso decida apartarse de ella,

---

<sup>34</sup> *Ibidem*. Artículo IV, numeral 1.8.

<sup>35</sup> *Ibidem*. Artículo 225°.

en tanto, no atribuye responsabilidad al administrado que actuó a partir de una información errada suministrada por la Administración.

- 3.115.** Por otro lado, Respecto del Principio de buena fe, González<sup>36</sup> ha manifestado que conlleva la necesidad de una conducta leal y honesta sustentada en la confianza, seguridad y honorabilidad manifestada a través del cumplimiento de la palabra dada a fin permitir a las partes entregarse confiadamente a la conducta de la otra con la seguridad de que esta no lo engañará (1999:72-76).
- 3.116.** Asimismo, a raíz de lo mencionado respecto a los Principios de Confianza Legítima, Buena fe y Predictibilidad resulta necesario detenernos en la doctrina de los actos propios al tener relación con los mismos debido a que se fundamenta en la no contradicción de los actos iniciales con posteriores por parte del mismo sujeto; doctrina que permite generar confianza en el sujeto receptor de los actos del sujeto que los efectúa, pues no serán negados ni cuestionados con una segunda conducta contradictoria.
- 3.117.** Respecto de la teoría de los actos propios, Mairal<sup>37</sup>, ha señalado que esta constituye una derivación necesaria del principio general del derecho que obliga a proceder lealmente en las relaciones jurídicas, por lo que la Administración debe ser coherente en su conducta, respetando sus propios actos tanto en la emisión de actos generales (como lo son los reglamentos) como de actos individuales. El acto que la infrinja estará viciado. (1988:168-170).
- 3.118.** Conforme a lo expuesto por el autor, la doctrina de los propios actos exige a la Administración Pública un comportamiento coherente, que se traduce en conductas no contradictorias entre sí, que permitan generar al administrado confianza y seguridad al realizar sus actuaciones.
- 3.119.** Por otro lado, el TCE en la Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, mediante la cual sancionó inicialmente a TESACOM, indicó que el órgano competente para interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones

---

<sup>36</sup> GONZÁLES PÉREZ, Jesús. Opcit.

<sup>37</sup> MAIRAL, Héctor (1988). *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

con el Estado es el OSCE y, por tanto, no la MGP; no obstante, si bien la normativa de contrataciones con el Estado le otorgó tal competencia al OSCE no menos cierto es que la posición de la MGP versa sobre el análisis de una situación (de disponibilidad) regulada por una norma especial, la cual es precisamente la que regula a los oficiales de las Instituciones Armadas, como lo es la MGP, razón por la que consideramos que su postura, sin desconocer la competencia del OSCE, resulta relevante, necesaria y posible de generar confianza especialmente en sus oficiales.

**3.120.** Asimismo, y sin perjuicio de lo expuesto, la MGP es una Entidad integrante de la Administración Pública cuyas actuaciones deben efectuarse en el marco de lo dispuesto en la LPAG, es decir; bajo los principios señalados en esta, como en su momento fueron el Principio de Predictibilidad (ahora Principio de Predictibilidad o de Confianza legítima en el TUO LPAG), razón por la cual toda información emitida por esta debía de ser veraz, completa y confiable, características que TESACOM confió se encontraban contenidas en la posición de la Entidad, razón por la que participó en el procedimiento de selección de análisis.

**3.121.** Así entonces, habiéndose generado la confianza legítima en TESACOM a partir de la actuación de la MGP y, por tanto, haber actuado la empresa de buena fe; en el supuesto de que se haya encontrado impedida para contratar con el Estado su responsabilidad debía de ser atenuada (con la norma modificada en el TUO LPAG hubiera sido eximida), en concordancia con lo dispuesto en la LPAG vigente en dicho momento, tal y como sucedió, según lo indicó el TCE en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, ello a pesar de haber desvirtuado los argumentos de la empresa en los considerandos de la resolución.

**CUARTO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:** Establecer si existió una interpretación extensiva de los impedimentos para contratar con el Estado establecidos en la LCE, efectuada por el TCE en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 mediante la cual decidió sancionar a TESACOM, y si dicha acción vulneró el derecho al trabajo su gerente general (señor Dorrego Arias).

**3.122.** El TCE decidió sancionar a TESACOM, mediante Resolución N° 1737-2013-TC-S1, por considerar que dicha empresa se encontraba impedida para contratar con el Estado debido a la presencia del señor Dorrego Arias como gerente general

al momento de participar en el procedimiento de selección convocado por la MGP que conllevó al PAS materia de análisis.

**3.123.** La conclusión arribada por el TCE se sustentó en la creencia de que los impedimentos para contratar contenidos en la LCE alcanzaban al señor Dorrego Arias incluso cuando este se encontraba en situación de disponibilidad, y no de actividad, al momento de convocado el procedimiento de selección en que participó TESACOM, es decir, en 2010.

**3.124.** Siendo que la situación de disponibilidad no configuraba impedimento para contratar con el Estado, ¿la interpretación efectuada por el TCE en la que concluyó que los impedimentos para contratar alcanzaban a la situación de disponibilidad en la que se encontraba el señor Dorrego Arias representa una interpretación extensiva - como la definida por Rubio Correa (2009:257)<sup>38</sup> - de la prohibición de contratar, vulnerándose así el derecho al trabajo? Veamos:

**3.125.** La Constitución Política del Perú<sup>39</sup>, respecto del derecho al trabajo, expresa que toda persona tiene derecho a trabajar libremente estableciéndose que el trabajo es un deber y un derecho siendo base del bienestar social y un medio de realización personal. Así entonces, el ejercicio de dicho derecho resulta fundamental tanto para el desarrollo y sostenibilidad de la sociedad, toda vez que las actividades realizadas permitirán el crecimiento y mejoría del conjunto de individuos que la integran, como para la autosatisfacción de las expectativas de la persona quien no solo realizará actividades que permitirán poner en práctica sus habilidades y conocimientos, sino que además con ello podrá cumplir con sus objetivos y metas.

**3.126.** Conforme a lo expresado en la Constitución Política, el derecho al trabajo es un derecho fundamental, toda vez que procura la existencia y la vida digna de los ciudadanos cumpliéndose así con el fin supremo de la sociedad y del Estado que

---

<sup>38</sup> RUBIO CORREA, Marcial (2009). El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Décima edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

*"(...) La interpretación es extensiva cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir. La interpretación extensiva no implica integración jurídica, sino solo una extensión interpretativa de la frontera fáctica a la cual se aplica el supuesto de la norma para permitir que se produzca la necesidad lógico-jurídica de la consecuencia. Caso típico en el que se reclama la interpretación extensiva es en la protección de los derechos constitucionales de la persona. El método literal es el único que no puede producir este tipo de interpretación por sí mismo (...)"*

<sup>39</sup> Constitución Política del Perú, artículo 2°, 15° y 22°

es precisamente la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad conforme a lo contenido en el artículo 1° de la Carta Magna.

- 3.127.** En relación al trabajo, Neves<sup>40</sup> ha indicado que siendo el trabajo objeto de protección por el Estado nos encontramos ante un bien superior en el ordenamiento jurídico nacional pudiéndose usar tanto como fundamento para el ejercicio de derechos (como el derecho al trabajo como cobertura para defender el acceso y la conservación del empleo) como base interpretativa para el reconocimiento de todos los principios del derecho del trabajo, originados en el carácter protector de este, aunque no estén expresamente consagrados (2004:51)
- 3.128.** Ahora bien, el derecho fundamental al trabajo se encuentra dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, derechos humanos relativos a las condiciones sociales y económicas básicas necesarias para una vida digna, entre los que también se incluyen derechos como: a la seguridad social, educación, agua, alimentación, vivienda, medio ambiente, seguridad social, y que han sido incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948<sup>41</sup> y desarrollados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del año 1966<sup>42</sup>.
- 3.129.** Dichos derechos necesitan, según Landa Arroyo,<sup>43</sup> de la participación del Estado a fin de cobertura a la existencia básica de las necesidades fundamentales de los ciudadanos, sobre todo a favor de quienes están en situaciones de desventaja social y económica, tal y como lo ha manifestado (2014:226-227). Así entonces, el Estado tiene la obligación de asegurar las condiciones esenciales para el ejercicio de los referidos derechos, más aún si se trata de grupos vulnerables.
- 3.130.** En ese sentido, el Estado debe otorgar las condiciones mínimas para el goce de los derechos sociales a fin de garantizar su eficacia; ello a partir de acciones que permitan progresivamente mejorar su situación, lo cual significa la prohibición de disminuir y/o retroceder el ámbito de su protección, es decir; la imposibilidad de realizar conductas, mediante normas, programas, etc., que conlleven directa o

---

<sup>40</sup> NEVES MUJICA, Javier (2004). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima, Fondo Editorial PUCP.

<sup>41</sup><https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DECLARACION-UNIVERSAL-DE-DERECOS-HUMANOS.pdf>

<sup>42</sup><https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7ef81100495423e78593f5cc4f0b1cf5/PactoInternacional+de+Derechos+ESC.pdf?MOD=AJPERES>

<sup>43</sup> LANDA ARROYO, César (2014). *El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajador*. Revista Themis. Lima, edición 65.

indirectamente a menoscabar o disminuir las condiciones existentes para el goce de los señalados derechos, conforme también lo señala Landa.

- 3.131.** Asimismo, el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente N° 01647-2013-PA/TC<sup>44</sup> ha señalado que, conforme a lo establecido en la Constitución, toda persona tiene derecho al trabajo, lo cual significa tener la oportunidad de alcanzar una vida digna a partir de trabajar libremente en cualquier actividad lícita elegida por la persona. Dicho derecho no solo debe entenderse como la posibilidad de desarrollarse en la actividad elegida sino a su accesibilidad en igualdad de condiciones conforme a las características y habilidades requeridas.
- 3.132.** Respecto al derecho al trabajo, Rendón Vásquez<sup>45</sup> considera que debe ser efectuado libremente por el trabajador y tener como finalidad para él la percepción de una remuneración u otro ingreso económico sin importar si dicha actividad es realizada en forma habitual o no, pues se supone que quien la realiza lo hace por la necesidad de obtener un ingreso (2007:10). Según lo indicado por el autor, el derecho en cuestión se ejerce a fin de lograr una contraprestación económica, que le permitirá al trabajador su subsistencia y la de su familia, independientemente de su periodicidad, debiendo realizarse de manera libre.
- 3.133.** Así entonces, el trabajo es el desempeño de una actividad remunerada, en forma libre, esto es; en la actividad que el trabajador haya decidido desenvolverse con la finalidad de lograr su bienestar, asegurar su existencia y llevar una vida digna. Siendo entonces que el derecho al trabajo se encuentra incluido dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Estado se encuentra obligado a efectuar acciones progresivas que permitan su efectividad, no debiendo emitir normas, ni aplicar las existentes, en forma que restrinjan o menoscaben las condiciones actuales en que se encuentra la protección y desarrollo del derecho al trabajo en el país.
- 3.134.** Conforme a ello, y a fin que el Estado no incumpla con su obligación de efectuar acciones progresivas que permitan la efectividad del derecho al trabajo, las limitaciones normativas a dicho derecho deberán encontrarse debidamente justificadas, lo que es contrario a restringir el derecho en cuestión a partir de una

---

<sup>44</sup> STC EXP N° 01647-2013-PA/TC

<sup>45</sup> RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge (2007). *Derecho del Trabajo Teoría General*. Segunda edición. Lima: Editorial Grijley.

interpretación extensiva de una norma limitante por parte de los operadores de la Administración.

- 3.135.** En efecto, siguiendo el caso materia de análisis, la normativa de contratación pública ya contiene una limitación al derecho al trabajo; esto es, el restringir a los funcionarios y servidores públicos la posibilidad de prestar servicios remunerados, como, por ejemplo, directores o gerentes, en empresas que contraten con el Estado, limitación que resulta razonable, justificable y necesaria a fin de asegurar que las contrataciones se efectúen en cumplimiento de los principios de moralidad, imparcialidad y trato justo igualitario, con lo cual se contratará al postor que cuente con la mejor oferta en calidad y precio, lo que permitirá que la Entidad contratante cumpla con el objeto de la contratación y destine eficazmente los fondos públicos.
- 3.136.** En ese sentido, consideramos que limitar aún más el derecho al trabajo y peor aún si dicha limitación parte de una interpretación extensiva del impedimento, contraviene la responsabilidad y obligación del Estado en, como ya se ha mencionado, efectuar acciones progresivas que permitan la efectividad del derecho al trabajo.
- 3.137.** Ahora bien, conforme lo señalado en el artículo IV del Código Civil “(...) *La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (...)*”, normativa que guarda concordancia con lo dispuesto en el artículo 139°, numeral 9, de la Constitución Política del Perú al establecer el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos. ¿Qué significa ello? Veamos.
- 3.138.** Espinoza<sup>46</sup> ha señalado respecto de la analogía y la interpretación extensiva, en el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derechos, que no solo no se aplica la analogía sino, tampoco, la interpretación extensiva; estableciéndose los límites de la analogía en tres supuestos: normas excepcionales, normas que restringen derechos y las que contienen sanciones (2005:181,182,184,196).

---

<sup>46</sup> ESPINOZA ESPINOZA, Juan (2005). *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984.: Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- 3.139.** De lo expuesto y siguiendo la doctrina nacional debemos considerar que para el caso de las normas que establecen excepciones y restringen derechos no pueden aplicarse analogías ni interpretarse en forma extensiva, posición expresada en el Expediente – Casación N° 2368-98: “(...)La interpretación extensiva o analógica de la norma consiste en la aplicación de un supuesto legal a otros casos además de los expresados en su texto, dicha interpretación no es posible en nuestro ordenamiento jurídico (...)”.
- 3.140.** Así también debemos manifestar que conforme al artículo 230° de la LPAG (artículo 248° del TUO LPAG<sup>47</sup>), uno de los principios de la potestad sancionadora administrativa es el de tipicidad, por el cual solamente son calificadas como conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas en normas con rango de ley sin poder admitirse interpretación extensiva o analogía.
- 3.141.** Ahora bien, ¿El TCE efectuó una interpretación extensiva respecto de los impedimentos para contratar? Veamos, la LCE<sup>48</sup> establece que los funcionarios y servidores públicos, según la ley especial de la materia, se encuentran impedidos para ser postor y/o contratista en la Entidad a la que pertenecen.
- 3.142.** Conforme a ello, el TCE debía corroborar que el gerente general de TESACOM, señor Dorrego Arias, fuera un servidor público, empleado de confianza o funcionario público al momento de la participación de la señalada empresa en el procedimiento de selección convocado por la MGP , ello a partir de: i) determinar las características y/o funciones y/o labores propias de los servidores, funcionarios públicos y empleados de confianza, ii) determinar si dichas características se encontraban presentes en el caso del señor Dorrego Arias aun cuando se encontrase en situación de disponibilidad.
- 3.143.** Así las cosas, tenemos que el TCE no efectuó el análisis señalado en el punto anterior, ya que de haberlo hecho no solo hubiera sido desarrollado en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, mediante la cual decidió sancionar a TESACOM, sino que además el colegiado hubiera llegado a la misma conclusión obtenida en el presente informe, es decir; que los impedimentos para contratar con el Estado no podían aplicarse al señor Dorrego Arias, ya que al encontrarse en situación de

---

<sup>47</sup> Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General. Artículo 246°

<sup>48</sup> Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017. Artículo 10°, literal d).

disponibilidad no podía ser considerado empleado de confianza, funcionario o servidor público al ser esto solo posible a través del empleo asignado en la situación de actividad en la cual un oficial pueda efectuar sus funciones o prestar sus servicios en la MGP.

**3.144.** Sin embargo, el TCE en el análisis efectuado entendió que, siendo la situación de disponibilidad una situación transitoria y no definitiva el señor Dorrego Arias podía retornar a la situación de actividad y, en consecuencia, continuaba siendo un funcionario o servidor público, lo cual del análisis realizado resulta ser irrelevante, puesto que lo fundamental para determinar si se encontraba impedido o no de contratar con el Estado no era si la situación de disponibilidad era reversible o permanente sino que si al encontrarse en esta podía calificar como funcionario o servidor público.

**3.145.** Siguiendo con lo señalado, debemos indicar que el TCE realizó una interpretación extensiva de la prohibición de contratar recaída en los empleados de confianza, funcionarios o servidores públicos, asumiendo que estas alcanzaban al señor Dorrego Arias (a pesar de encontrarse en situación de disponibilidad) sin analizar las características propias de las categorías ya señaladas, interpretación extensiva que se encontraba prohibida conforme se ha desarrollado previamente y que, por tanto, vulneraba el Principio de tipicidad, así como limita de forma injustificada el derecho al trabajo, contraviniendo la obligación del Estado de efectuar acciones progresivas que permitan su efectividad como derecho incluido en la clasificación de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**QUINTO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:** Determinar si la Opinión N° 045-2013 emitida por la DTN OSCE debía aplicarse al PAS materia de análisis.

**3.146.** Mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF, publicado en fecha 7 de agosto de 2012, se modificó el texto de la Tercera Disposición Complementaria Final de la LCE aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y vigente al momento de iniciado el PAS materia de análisis del presente informe.

**3.147.** Con dicha modificación los pronunciamientos emitidos por la DTN OSCE, a partir de las consultas efectuadas por terceros, constituían - conjuntamente con las resoluciones y pronunciamientos del OSCE - precedentes administrativos siendo, por tanto, de obligatorio cumplimiento.

- 3.148.** Conforme a lo expuesto, y de acuerdo a la documentación obrante en el expediente, se verifica que TESACOM solicitó al TCE aplicar la Opinión N°045-2013/DTN, de fecha 30 de mayo de 2013, debido a que por medio de la misma se absolvió una consulta formulada por el Inspector General de la PNP, respecto de si los oficiales y suboficiales en situación de actividad y disponibilidad, así como sus familiares, podían contratar o participar como proveedores de la PNP o en cualquier Entidad a nivel nacional. Ello, a efecto de tener en cuenta que tanto la Ley de situación militar , como la Ley de la Carrera y Situación del Personal de la PNP - Decreto Legislativo N° 1149, coinciden en que el empleo es otorgado a los oficiales en situación de actividad y no a los que se encuentran en situación de disponibilidad, por lo que los únicos que ejercen sus funciones o prestan servicios - ejerciendo función pública en las Fuerzas Armadas (MGP) y PNP - son sus oficiales en situación de actividad y no en situación de disponibilidad y siempre a través de una relación laboral.
- 3.149.** En atención a lo señalado, la DTN OSCE precisó en su opinión que los oficiales y suboficiales que se encuentren en situación de actividad están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas respecto a los procesos de contratación que la PNP realice.
- 3.150.** Asimismo, en dicha opinión se señaló que el personal de la PNP (conformado por oficiales y suboficiales) que se encuentre en situación de actividad o de disponibilidad estaba impedido de contratar con el Estado en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría realizadas por las Entidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, con lo cual claramente el impedimento no recae sobre los oficiales que participen en procedimientos de selección para la adquisición de bienes - como es el caso de TESACOM – ni en la ejecución de obras.
- 3.151.** Ahora bien, verificamos que el TCE decidió no aplicar el contenido de la Opinión N° 045-2013/DTN en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, mediante la cual decidió sancionar a TESACOM, por considerar que solo se encontraba referida al análisis del impedimento establecido en el artículo 10°, inciso l) de la LCE - a la luz de lo dispuesto en el artículo 40° de la Constitución Política del Perú y en el artículo 7° del Decreto de Urgencia N° 020-2006 - que establece la imposibilidad de que un

funcionario público reciba una doble remuneración por parte del Estado, escenario distinto al analizado en el PAS a su cargo.

**3.152.** No obstante, consideramos que el TCE no analizó todos los extremos de la referida opinión, ya que si bien en esta se hace referencia a la imposibilidad respecto que un empleado o servidor público perciba de manera simultánea doble retribución de parte del Estado, también analiza y se pronuncia respecto de las características de la situación de actividad y disponibilidad de los oficiales de la PNP, así como de los impedimentos de este para contratar con el Estado; conclusiones que resultaban aplicables al PAS de análisis debido a que las situaciones de disponibilidad y actividad tienen un desarrollo similar tanto en la normativa aplicable a la PNP como a la de los oficiales de las Fuerzas Armadas, tal y como ya se ha señalado.

**3.153.** Por lo expuesto, consideramos que la decisión del TCE de no aplicar la opinión ya referida para resolver el PAS, objeto del presente informe resulta indebida, toda vez que, en gran parte de su contenido, la DTN OSCE se pronunció respecto a las situaciones de actividad y disponibilidad de los oficiales y el impedimento para contratar con el Estado, situaciones analizadas en el PAS.

**3.154.** Por ese motivo, tal y como se señala en la opinión en cuestión, consideramos relevante para el caso tener en cuenta que los oficiales y suboficiales de la PNP que se encuentren en situación de actividad están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas; no obstante, no están impedidos para ello los que se hallen en situación de disponibilidad.

**3.155.** Por otro lado, en esta misma opinión se consigna que el personal de la PNP en situación de actividad o disponibilidad se encuentra impedido de ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría, afirmación que no contradice lo señalado en el párrafo anterior, es decir; que solo los oficiales en situación de actividad se encuentran impedidos de contratar con el Estado, toda vez que a partir del segundo análisis realizado en la opinión (el primero fue respecto de las situaciones de actividad y disponibilidad) respecto de la prohibición de que todo empleado o servidor público perciba simultáneamente doble retribución por parte del Estado, la DTN OSCE concluyó que los oficiales en situación de actividad y disponibilidad no pueden contratar con

el Estado solo respecto de contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría, ya que de permitírseles contratar en dichos casos se vulneraría el artículo 7° del Decreto de Urgencia N° 020-2006 - que establece la prohibición referida líneas arriba -, en tanto, los oficiales (en el caso tratado en la presente opinión) percibirían dos ingresos de la PNP.

**3.156.** También, cabe precisar que la opinión de análisis debió de aplicarse por parte del TCE, toda vez que se trataba de un precedente administrativo vinculante en dicho momento, por lo que no tomarla en cuenta determina que el colegiado transgredió la LCE, en tanto, las opiniones de la DTN OSCE eran de obligatorio cumplimiento.

**3.157.** Habiéndose desarrollado en el presente punto la vinculatoriedad de la opinión emitida por la DTN OSCE, que no fue considerada en la decisión adoptada por el TCE mediante Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, consideramos pertinente remitirnos a lo dispuesto en la Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE (D.S N° 138-2012-EF), vigente desde su publicación hasta el día 8 de enero de 2016, que establecía expresamente que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras estas no fueran modificadas por opinión posterior debidamente sustentada o por una norma legal. En ese sentido, y siendo que la DTN OSCE tenía la función de emitir opiniones mediante las cuales se aclaraban y/o absolvían dudas y/o cuestionamientos en forma general respecto de la aplicación de la LCE y el RLCE, las opiniones de dicha dirección tenían carácter vinculante; lo cual, significaba que eran de obligatorio cumplimiento no pudiendo los administrados ni la Administración apartarse de ellas, criterio suprimido desde el 9 de enero de 2016, fecha en la cual entró en vigencia el nuevo RLCE aprobado mediante D.S N° 350-2015-EF, toda vez que en su Tercera Disposición Complementario Final estableció que las opiniones mediante las que OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE, no incluyéndose así, al menos expresamente, que las opiniones emitidas por el OSCE mantuvieran su carácter vinculante.

**3.158.** Asimismo, ni en el TUO de la Ley N° 30225, aprobado por D.S N° 082-2019-EF, ni el Reglamento de la Ley N° 30225, aprobado por D.S N° 344-2018-EF, (normas vigentes) se hace referencia a la vinculatoriedad de las opiniones emitidas por la DTN OSCE lo cual concuerda con la Opinión N° 120-2023/DTN de fecha 1°

de diciembre de 2023 emitida por la DTN OSCE mediante la cual señala que si bien las opiniones son un desarrollo del criterio interpretativo de la normativa de contrataciones del Estado, estas no resultan aplicables de manera directa sin una previa evaluación del caso que es materia de análisis a situaciones concretas; puesto que estas desarrollan líneas y criterios interpretativos sobre la normativa de contrataciones del Estado que deben ser considerados al momento de analizar sus disposiciones, puesto que no analizan ni establecen presupuestos de hecho. De lo expuesto resulta claro que el TCE podría apartarse de una opinión vertida por la DTN OSCE si considera en la evaluación del PAS a su cargo que no resulta aplicable al caso concreto, dejando en manos de dicho órgano la aplicación de la opinión conforme a su discrecionalidad administrativa.

- 3.159.** Finalmente, consideramos correcta la postura del OSCE contenida en la referida opinión toda vez que, si bien las opiniones de la DTN OSCE deben ser aplicadas por los administrados y la Administración, permite que el TCE cumpla con la función resolutoria de controversias sin tener que limitar o condicionar su función a posturas preestablecidas que no necesariamente resulten aplicables al caso concreto

**SEXTO PROBLEMA JURÍDICO SECUNDARIO:** Definir si existieron vicios de validez que debieron conllevar a la nulidad de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, emitida por el TCE que sancionó a TESACOM, a partir del análisis del cumplimiento de los principios de legalidad, razonabilidad, tipicidad, causalidad, presunción de licitud y debido procedimiento previstos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobada mediante Ley N° 27444, vigente en el momento del PAS.

- 3.160.** El TCE inició un PAS a TESACOM en virtud de las facultades que le fueron conferidas en la LCE por ser el órgano encargado de resolver estos procedimientos, para lo cual como Entidad de la Administración (OSCE) se encontraba sujeta a lo dispuesto en la LPAG<sup>49</sup> (norma vigente en dicho momento) y, por ende, a los principios de la potestad sancionadora administrativa contenidos en la misma, como lo eran, entre otros: la legalidad, el debido procedimiento, la razonabilidad, la tipicidad, la causalidad y la presunción de licitud.

---

<sup>49</sup> Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo 246°

**3.161.** Por ello, en palabras de García De Enterría<sup>50</sup>, el PAS es iniciado a partir del ius puniendi con el que cuenta el Estado, el cual puede manifestarse tanto a través de la vía judicial penal como de la vía administrativa (2011:165).

### **Principio de Legalidad**

**3.162.** Y, en ese sentido, advertimos que no debe confundirse el Principio de legalidad de la potestad sancionadora administrativa con el Principio de legalidad regulado en el numeral 1.1. del artículo IV del Título preliminar de la LPAG<sup>51</sup>, el cual se configura como principio del procedimiento administrativo, referido en estricto a la vinculación positiva de la administración con la ley<sup>52 53</sup>. Sin embargo, en lo que respecta al Principio de legalidad (vigente en la potestad administrativa sancionadora), y por la estrecha relación con el derecho penal, doctrinariamente se ha descrito que este debe contener los siguientes corolarios conforme a lo señalado por Gomez<sup>54</sup>: lege scripta (reserva de ley), lege certa (principio de taxatividad), lege stricta (prohibición de interpretación extensiva y analogía in malam partem) y lege praevia (ley praevia e irretroactividad de la norma sancionadora (2010:126).

**3.163.** Respecto a la exigencia de lege praevia, se manifiesta en dos formas: i) que las infracciones se encuentren establecidas previamente (mediante ley o colaboración reglamentaria) a la comisión del hecho infractor. La ley aplicable cuando los hechos ocurrieron era la LCE- Decreto Legislativo N° 1017 y en efecto, de la lectura del artículo 10°, inciso i) de la LCE, los tipos infractores fueron descritos en el artículo 51.1°, incisos d) e i), por lo que corresponde afirmar que se produjo el cumplimiento de haberse previsto en un tiempo anterior a la comisión de las infracciones, necesario para su imputación y correspondiente sanción y ii) que las actuaciones de la administración se efectúen respetando a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.

---

<sup>50</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y Fernández, T.R (2011). *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, Lima: Palestra

<sup>51</sup> Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo IV.- Principios del procedimiento Administrativo:

"1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: 1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respecto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas (...)"

<sup>52</sup> BACA, Víctor (2000). *La discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. Revista de Derecho Administrativo. Lima: Círculo de Derecho Administrativo, número 11.

<sup>53</sup> BELADIEZ, Margarita (2012). *La vinculación de la administración al derecho*. Revista de Administración Pública. Madrid, número 153.

<sup>54</sup> GOMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES (2010). *Derecho administrativo sancionador. Parte General: Teoría General y práctica del derecho penal y administrativo*. Navarra: Editorial Thomsom - Aranzandi S.A.

**3.164.** Conforme a lo expuesto, siendo que al momento de iniciado el PAS a TESACOM las opiniones del OSCE tenían carácter vinculante conforme lo establecido en la LCE<sup>55</sup>, el TCE - que resolvió sancionar a TESACOM - debió aplicar dicho mandato, por lo que su inaplicación vulneró el principio de legalidad y constituyó un vicio al procedimiento regular, que debió tener como efecto la nulidad de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1.

### **Principio de razonabilidad**

**3.165.** El Principio de razonabilidad, para Guzmán Napuri,<sup>56</sup> procura que la sanción impuesta cumpla con afectar de una manera razonable el derecho de los administrados y brindar pautas para la graduación de la sanción. Esta razonabilidad debe cumplir con el Principio de proporcionalidad, toda vez que se requiere que el medio empleado para la obtención de dichos fines se encuentre acorde con el mismo, de forma tal que ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública elija aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar siendo necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación (2016:41).

**3.166.** Por su parte, Nieto García<sup>57</sup> expresa en referencia al Principio de proporcionalidad que este opera en dos planos: i) en el normativo, de tal manera que las disposiciones generales han de cuidarse de que las sanciones que deriven de las infracciones sean proporcionales a estas; y ii) en el de aplicación, de tal manera que las sanciones singulares que se impongan sean igualmente proporcionales a las infracciones concretas imputadas (2012:515).

**3.167.** Para el cumplimiento y respecto de este principio el RLCE, aprobado por el D.S N° 184-2008-EF aplicable al caso de análisis, dispuso en su artículo 245° los criterios que deben considerarse a fin de graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse como lo son: la naturaleza de la infracción, la intencionalidad del infractor, el daño causado, la reiterancia, el reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada, las circunstancias de tiempo, lugar y modo,

---

<sup>55</sup> Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado. Disposiciones Complementarias Finales, Tercera disposición.

<sup>56</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2016). *Los procedimientos administrativos sancionadores*. Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>57</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro (2012). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.

las condiciones del infractor y la conducta procesal del infractor; criterios que han sufrido cierta variación a la fecha, conforme se puede verificar en el actual RLCE, aprobado por D.S 344-2018-EF, que en su artículo 264.1° considera ahora como criterios para la determinación gradual de la sanciones de multa o de inhabilitación temporal la naturaleza de la infracción, la ausencia de intencionalidad del infractor, la inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad, el reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada, los antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal, la conducta procesal, y la adopción e implementación del modelo de prevención.

**3.168.** Conforme a lo expuesto, resulta congruente que esta graduación sea efectuada discrecionalmente por los vocales del TCE y que los mismos motiven cada atenuante y agravante que posea el caso. En ese sentido, dicho criterio discrecional, consideramos, fue empleado por los referidos vocales el haber impuesto inicialmente trece meses (13) de inhabilitación no siendo posible conocer a ciencia cierta la cantidad incidida por cada factor de graduación; no obstante ello, la sanción solo es superior en un mes a las que anteriormente se le impuso a TESACOM, lo que resulta lógico por el mayor reproche que habría en haber incurrido nuevamente en una infracción y no sería muy elevada por el error de interpretación en el que incurrió al creer que su actuar era lícito porque así lo permitió el Comité de Apelaciones de la MGP, argumento de defensa que aunque el colegiado en su momento lo haya desvirtuado lo habría finalmente considerado conforme al contenido de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 por la cual el TCE sancionó inicialmente TESACOM.

**3.169.** Sin perjuicio de lo anterior, el método de graduación de sanciones aplicado por el TCE posee ciertas aparentes falencias las cuales procedemos a mencionar: a) las infracciones no están divididas en menos graves, graves y muy graves, por lo que la calificación “de considerable gravedad” señalada por el TCE no gradúa nada en estricto; b) la intencionalidad hace referencia al dolo y culpa, de la cual carecen las personas jurídicas, no obstante, autores como Gómez Tomillo<sup>58</sup> califican la inexistencia de estos elementos en una persona jurídica y que lo que correspondería evaluar sería el *compliance program* adoptado por la empresa infractora, lo cual si puede ser valorado (2010:393).

---

<sup>58</sup>GOMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. Opcit

*“(…) estimar que en el caso de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no es posible diferenciar entre infracciones dolosas y culposas, considerando que se trata de categorías elaboradas fundamentalmente pensando en las personas físicas que no admiten ser extrapoladas a los entes colectivos (...)”.*

**3.170.** Esta evaluación es importante, ya que el Principio de razonabilidad tiene un importante vínculo con el Principio de proporcionalidad como lo refiere León Untiveros<sup>59</sup>, quien señala que si una decisión jurídica (como la de imponer o no una sanción administrativa) ha de ser racional, entonces debe efectuarse una ponderación de los intereses y derechos que se encuentren en conflicto, toda vez que justamente en ello radica la razonabilidad de una decisión, en tanto, una decisión administrativa será razonable en la medida que se justifique en una racional ponderación de los intereses y demás elementos en conflicto (2009:299).

**3.171.** Entonces, se puede afirmar que el TCE ha cumplido con el criterio de razonabilidad en la determinación de la sanción, brindando así la seguridad jurídica necesaria.

### **Principio de tipicidad**

**3.172.** El Principio de tipicidad se cumple al corroborar que el tipo infractor ha sido calificado e imputado correctamente por parte del TCE a TESACOM, puesto que los artículos que prevén el impedimento para ser postor y/o contratista y las infracciones a las que dicho incumplimiento da lugar están previstas en los artículos 10° y 51° de la LCE, habiendo sido estos considerados por el TCE desde la imputación de la infracción hasta emisión de la resolución que resuelve sancionar a TESACOM.

**3.173.** Ahora bien, el Principio de tipicidad exige, para Morón Urbina<sup>60</sup>, el cumplimiento de los siguientes tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley, para la descripción de conductas pasibles de sanción por la Administración, ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas y iii) la interdicción de la análoga y la interpretación extensiva, en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta) (2011:708).

**3.174.** El caso de análisis, verificamos que se cumplen los supuestos que describe Morón por lo siguiente: i) la exigencia de reserva de ley se cumple debido a que la

---

<sup>59</sup> LEÓN UNTIVEROS, Miguel (2009) “*El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador: Metodología para la determinación de la sanción administrativa*”. Revista Ius Et Veritas. Lima, N° 38.

<sup>60</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos (2011). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

norma que tipifica los supuestos infractores desarrollados en la LCE poseen rango de ley; ii) este supuesto tiene correspondencia con el Principio de taxatividad, que busca que los administrados puedan prever las consecuencias de su conducta; cumpliéndose en el caso cuando el tipo normativo detalla que son pasibles de sanción los funcionarios y servidores públicos, no obstante, remite a la normativa de cada entidad para identificarlo. No obstante, efectuar una descripción normativa - que nos permita cumplir con el Principio de taxatividad (que tiene por objeto ser lo más preciso posible) - tiene un límite, ya que es imposible imaginar y prescribir normativamente todas las conductas y modalidades infractores que podrían existir; por ello, resulta una necesidad dejar a los operadores jurídicos la oportunidad de interpretar, siendo esa la oportunidad en la que entra a tallar la tercera manifestación citada; iii) la interdicción de analogía y la interpretación extensiva<sup>61</sup> fue una de las principales cuestiones por la que la sanción, contenida en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 no cumpliría con el Principio de tipicidad, toda vez que en virtud de lo expresado por la LCE, "*ley especial de la materia*", será necesario remitirse a las normas especiales a fin de conocer los alcances de las clasificaciones de funcionario y servidor público, así como poder distinguir un funcionario y un servidor público del que no lo es; por ende, una vez remitidos a las normas especiales de la materia y conocidos los alcances de las clasificaciones en cuestión no resultará posible efectuar analogías o interpretaciones extensivas como las de incluir a personas dentro de las señaladas categorías a pesar que al momento de dicha inclusión no presenten las características de todo funcionario o servidor público desarrolladas en las normas especiales de la materia.

**3.175.** Por todo ello, en el caso materia de análisis bajo una correcta interpretación restrictiva (concordante con el Principio de tipicidad) debía evaluarse si las características propias de las situaciones de actividad, disponibilidad, reserva y retiro, en las que podían encontrarse los oficiales de las Fuerzas Armadas, permitían a su vez ser considerados o incorporados dentro de las categorías de funcionario o servidor público. Sin embargo, en el caso que nos convoca se observa que la situación de disponibilidad en que se encontraba el señor Dorrego Arias no permitía se le clasifique como funcionario o servidor público como erradamente lo señaló el TCE.

---

<sup>61</sup> GOMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUIBALES. Opcit.

*"(...) la interpretación extensiva es aquella que supone una intelección amplia de la norma, dando cobertura dentro de ella al máximo número de supuestos de hecho posibles, pero siempre dentro del marco trazado por su tenor literal, de modo que si se desborda éste se incide en la analogía. Implicaría, en definitiva, seleccionar entre las diversas opciones aplicativas aquellas que supone dar una mayor cabida a la norma".*

## Principio de causalidad

**3.176.** Ahora bien, el Principio de causalidad al que se refiere la LPAG, vigente al momento del sancionador, se identificaría con una de las manifestaciones del Principio de culpabilidad sobre la personalidad de las sanciones. Al respecto, Baca Oneto<sup>62</sup> considera que el principio de causalidad se restringe al exigir que la responsabilidad recaiga sobre el autor de la conducta omisiva o activa constitutiva de la infracción sancionable; por tanto, exige la culpabilidad como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho, lo que denomina como causalidad (2010: 376). Para Gómez<sup>63</sup>, el principio de responsabilidad por el hecho o exigencia de un derecho sancionatorio implica que ningún daño, por grave que este sea, puede considerarse penalmente relevante sino como efecto de una acción previamente realizada (2010: 376). A su vez, Morón<sup>64</sup> señala que la norma exige el principio de personalidad de las sanciones, entendido como que la asunción de la responsabilidad debe corresponder a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, por lo que no podrá ser sancionado por hechos cometidos por otros (2014: 723-724).

**3.177.** Como se advierte, este principio no fue evaluado por el TCE a pesar de haber encontrado al señor Dorrego Arias como sujeto infractor susceptible de ser sancionado, por estar inmerso en el artículo 10°, inciso i) de la LCE, decisión equivocada como ya señalamos anteriormente.

## Principio de Presunción de Licitud

**3.178.** Respecto de la presunción de inocencia, la DTN OSCE<sup>65</sup> manifestó que las entidades deben presumir que los administrados han actuado conforme a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario y así sea declarada mediante resolución administrativa firme. Dicha presunción cubre al imputado durante el PAS y se desvanece o confirma gradualmente a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento. Así entonces, la presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría y, por tanto, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del

<sup>62</sup> BACA ONETO, Víctor (2010) *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionador? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. IV Congreso Internacional de Derecho administrativo: Mendoza Argentina.*

<sup>63</sup> GÓMEZ TOMILLO, Manuel, SANZ RUIBALES, Iñigo. Opcit.

<sup>64</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. Opcit.

<sup>65</sup> Opinión N° 088-2013/DTN de fecha 31 de octubre de 2013.

tipo previsto y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.

**3.179.** Al caso, obviando el hecho que no correspondía siquiera calificar como infracción el actuar del señor Dorrego Arias, la presunción de licitud se mantuvo durante el PAS, la que se creyó desvirtuada cuando se advirtió que este, a pesar de encontrarse en situación de disponibilidad, se encontraba impedido para contratar con el Estado, ello a partir de la interpretación errónea efectuada por el colegiado y advertida a lo largo del presente informe.

### **Derecho al Debido procedimiento**

**3.180.** Por último, sobre el derecho al debido procedimiento, Morón<sup>66</sup> refiere que este comprende derechos y garantías como lo son el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en Derecho (2014: 696-697); pudiendo observarse que en la resolución mediante la cual se sanciona a TESACOM, Resolución N°1737-2013-TC-S1, se cumplieron los dos primeros elementos; sin embargo, consideramos que no se cumplió con la garantía de motivación, toda vez que el sustento de la resolución, consideramos mal llamada motivación, careció del análisis mínimo indispensable que requería el caso.

**3.181.** Así también el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 03891-2011-PA/TC<sup>67</sup> indica que el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa pues la administración expresa las razones o justificaciones objetivas que la llevaron a tomar una determinada decisión. Agrega el Tribunal que, dichas razones pueden y deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional, un acto administrativo sustentado en hechos no acreditados, o peor aún inexactos o falsos, no permite conocer los motivos por los cuales se tomó una determinada decisión, lo cual, consecuentemente, atentaría contra la debida motivación requisito de todo acto administrativo.

---

<sup>66</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos (2014). Opcit, pp. 696-697.

<sup>67</sup> STC Exp. N° 03891-2011-PA/TC.

- 3.182.** Asimismo, respecto de la motivación de las resoluciones como principio constitucional aplicable a los procedimientos administrativos, Morón<sup>68</sup> ha indicado que es una garantía conformante del debido procedimiento administrativo, el cual exige al funcionario y/o servidor las razones suficientes sobre la justificación de la decisión emitida mediante acto administrativo, con la finalidad de otorgar y asegurar al administrado el ejercicio de su derecho de defensa y también el ejercicio de control del desarrollo de la actividad de la jurisdicción administrativa (2017:27). Nuevamente no se trata solo de la existencia de argumentos que sostengan una conclusión para poder mal llamarlo “motivación” sino de razones que resulten ser suficientes y/o adecuadas para sustentar una decisión y/o conclusión.
- 3.183.** En relación al debido procedimiento, para Guzmán Napuri<sup>69</sup> resulta necesario que las entidades apliquen sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso, toda vez que la resolución a emitirse tendrá un carácter gravoso; razón por la cual, este principio debe ser tomado en su aceptación más amplia posible pudiéndose incluir determinados principios del derecho de defensa en el orden penal (2016:405); lo cual, consideramos significaría dotar de todos los elementos necesarios al procedimiento sancionador que permitan asegurar que el administrado pueda ejercer plenamente su defensa y que la decisión tomada goce de un análisis real y exhaustivo evitando así sentenciar por apariencias.
- 3.184.** Asimismo, García de Enterría<sup>70</sup> agrega respecto a la motivación que motivar es llevar de nuevo la decisión que en este se contiene a una regla de derecho que la autoriza o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto nos remite a establecer tanto los hechos de los que se parte, así como a incluir los mismos en el supuesto de una norma jurídica y a razonar cómo ésta impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto (2011:570). En ese sentido, la motivación para el autor se configura como un deber de la Administración que consiste en señalar los presupuestos que consideró al momento de emitir el acto administrativo y efectuar un razonamiento jurídico que demuestre efectivamente que lo resuelto en el acto se adecua a esa misma norma jurídica atributiva de competencia.

---

<sup>68</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos (2017). El procedimiento administrativo: criterios de interpretación y aplicación del TC y la Corte Suprema. Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>69</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2016). *Los procedimientos administrativo sancionadores*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.

<sup>70</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. *Opcit.*

- 3.185.** Respecto a la motivación, como requisito esencial del acto administrativo, Guzmán<sup>71</sup> señala que esta debe contener los fundamentos de hecho y derecho que sustentan la decisión administrativa debiendo ser, salvo excepciones, expresa y desarrollada a partir de una relación específica y directa de los hechos probados relevantes para el caso y el detalle de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a las anteriores respaldan la decisión tomada; materializada a través de un acto jurídico; conforme a ello, su ausencia equivale a una falta de fundamentación y afectará la validez del acto, en tanto, la Administración Pública no puede obrar arbitrariamente (2004:175-176). Lo dicho por el autor reafirma lo señalado previamente respecto de que cualquier argumento que defienda una conclusión no puede ser considerado como motivación, toda vez que esta para ser reconocida como tal, deberá contar con una relación clara de los hechos probados, por ende, no supuestos ni apariencias sino la exposición de las razones que conllevaron a tomar la decisión.
- 3.186.** Por estos motivos, afirmar que la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, mediante la cual el TCE sancionó a TESACOM, es arbitraria puede resultar exagerada, pero no el hecho de concluir que esta carece de una motivación real y suficiente, la cual nos lleva a confirmar que contiene un vicio que genera su nulidad.
- 3.187.** Respecto de la motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública, Pérez López<sup>72</sup> ha manifestado que la motivación se configura como criterio diferenciador entre la racionalidad y arbitrariedad, toda vez que las decisiones que sustenten una decisión deberán ajustarse a la razonabilidad y racionalidad (2012:2). Ello consideramos resulta relevante, toda vez que la existencia de argumentos mal llamados “motivación” pero carentes de lógica y razonabilidad solo permiten aparentar que la decisión fue motivada maquillando así la arbitrariedad o cuasi arbitrariedad cometida por la Administración.
- 3.188.** Así tenemos como funciones básicas de la administración, según Danos Ordoñez<sup>73</sup>, el asegurar la debida seriedad y rigor en la formación de la voluntad de

---

<sup>71</sup> GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2004). *La administración pública y el procedimiento administrativo general*. Lima: Página Blanca Editores.

<sup>72</sup> PEREZ LÓPEZ, Jorge (2012). “Motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública”. *Revista de Derecho y Cambio Social*. Lima. N° 27.

<sup>73</sup> DANOS ORDOÑEZ, Jorge. Varios autores (2003). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General 2da Parte*. Lima: Ara Editores.

la Administración y la adecuación del acto al ordenamiento jurídico, así como; la materialización de los fundamentos por los que se emite el acto administrativo a efectos de permitir al administrado contar con las razones que fundamentaron la decisión adoptada a partir de la debida argumentación que respalda el razonamiento lógico (2003: 200-204). Conforme a lo expuesto, la motivación real y suficiente permitirá a la Administración poder sustentar correctamente sus decisiones y facilitará al administrado conocer las razones debidamente fundamentadas de la decisión tomada por esta.

**3.189.** Sin perjuicio del análisis efectuado, debemos señalar que tanto para la LPAG como el TUO LPAG (vigente), en su artículo 3°, se establece como requisitos de validez del acto administrativo a: i) la competencia, ii) el objeto o contenido, iii) la finalidad pública, iv) la motivación, la cual exige que este motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico y v), el procedimiento regular.

**3.190.** Asimismo, y respecto de las causales de nulidad, tanto la LPAG como el TUO LPAG (vigente), han establecido en su artículo 10° los vicios del acto administrativo que causan su nulidad de pleno derecho, encontrándose entre otros: la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto.

**3.191.** Ahora bien, corresponde determinar si la primera resolución que sancionó a TESACOM, Resolución N° 1737-2013-TC-S1 emitida por el TCE, cumplía con los requisitos para su validez como acto administrativo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la LPAG y el TUO LPAG:

a) Competencia. La resolución en cuestión fue emitida por el TCE, órgano encargado de aplicar sanciones de multa, inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, conforme a lo establecido en el artículo 63° de la LCE - D.L N° 1017 y 59° del TUO LCE Ley N° 30225 vigente, por ende, cumple con este requisito.

b) Objeto o contenido. La resolución de análisis expresa sus efectos jurídicos, es decir, la decisión del TCE respecto de sancionar a TESACOM. Por ello, el objeto también se ajusta al ordenamiento jurídico y, en ese sentido, es claramente lícito, preciso y física y jurídicamente posible.

- c) Finalidad pública. La resolución en cuestión determinó sancionar a un proveedor que habría cometido una infracción tipificada en la LCE. En ese sentido, dado que la finalidad pública de la sanción es castigar al infractor, así como desincentivar a los demás proveedores a infringir la norma, la sanción impuesta cumple con este requisito.
- d) Motivación. Nos detendremos a analizarlo más adelante.
- e) Procedimiento regular. La resolución analizada fue emitida a partir de un PAS seguido en el marco del debido procedimiento, el cual cumplió con toda la formalidad requerida en este conforme a la documentación obrante en el expediente.

**3.192.** Respecto a la motivación del acto administrativo, el artículo 6.1° de la LPAG, así como del TUO LPAG establecen que debe ser expresa, verificable a través de una relación específica y directa de los hechos probados relevantes para el caso y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

**3.193.** Así entonces, corresponde analizar si la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 emitida por el TCE, mediante la cual decidió sancionar inicialmente a TESACOM, fue debidamente motivada conforme a lo señalado en el artículo 6° de la LPAG y el TUO LPAG.

**3.194.** El TCE decidió sancionar a TESACOM a partir de haber analizado los siguientes hechos:

- a) **La Opinión N° 045-2013 emitida por la DTN OSCE.** El TCE concluyó que dicha opinión no era aplicable al PAS por tratarse de un caso distinto; todo ello a partir del análisis sobre la doble percepción remunerativa de un servidor público por parte del Estado, así como por el tema de los impedimentos de contratar con el Estado.

Sin embargo, en dicha opinión la DTN OSCE también analiza la situación de actividad y de disponibilidad de los oficiales de la PNP, cuyas características son similares a las de los oficiales de las Fuerzas Armadas, concluyendo que solo los

oficiales en situación de actividad son los que se encuentran impedidos de contratar con el Estado. Acto seguido analizan y se pronuncian respecto de la doble percepción remunerativa precisando que los oficiales de actividad y disponibilidad no pueden contratar respecto de servicios en general y de consultoría.

Tal y como ya hemos señalado, dicha precisión alcanzó a los oficiales en situación de disponibilidad respecto de la contratación de servicios en general y consultoría, a fin de evitar la doble percepción remunerativa, lo que no modificaba la posición inicial de la DTN OSCE ya indicada.

Asimismo, y en el supuesto negado que se pretenda interpretar que la DTN OSCE cambió el sentido de la opinión y que los oficiales en situación de disponibilidad tampoco podrían contratar con el Estado, tal y como se desarrolló en la referida opinión, el impedimento sería únicamente para la contratación de servicios en general y de consultoría y no de obras o bienes como en el caso materia de análisis.

Conforme a lo señalado, y siendo que al menos en parte la opinión efectuada por la DTN del OSCE si se refiere al mismo tema materia del PAS encargado al TCE, este debió aplicar la referida opinión más aún si ésta tenía carácter de vinculante conforme se desarrolló previamente.

- b) Confianza legítima.** TESACOM argumentó que actuó siempre con el convencimiento que ni el señor Dorrego Arias ni la empresa se encontraban impedidos de contratar con el Estado por ser el mencionado un oficial de la MGP en situación de disponibilidad, posición que fue reafirmada con la postura de la Entidad contratante – la MGP - señalada en la Resolución de su Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado y confirmada en el Informe Técnico Legal N° 006-2012, de fecha 25 de junio de 2012, remitido al OSCE con motivo del inicio del PAS a TESACOM, y a solicitud de dicho organismo.

Sin embargo, el TCE indicó que TESACOM si conocía la postura del OSCE respecto de la situación de disponibilidad y el impedimento en el que se encontraba el señor Dorrego Arias para contratar con el Estado, ello debido a las resoluciones emitidas respecto de otros PAS, citados previamente, en los que se resolvió sancionar a TESACOM; no obstante, dichas resoluciones fueron emitidas en fechas 26 de mayo, 30 de mayo y 15 de junio de 2011

respectivamente, fechas posteriores a la convocatoria del procedimiento de selección donde participó y se le adjudicó el contrato a TESACOM y que derivó al PAS materia de análisis de este informe.

Conforme a lo expuesto, en el supuesto que las resoluciones señaladas hayan sido por el mismo tema y correctamente motivadas, su contenido fue conocido por TESACOM con posterioridad a su participación en el procedimiento de selección que derivó al sancionador que venimos analizando, razón por la cual resultaba imposible que la empresa conociera dicho contenido con anterioridad. En ese sentido, resulta válido el argumento de TESACOM respecto de la confianza legítima generada por la MGP; así como, absolutamente errada la afirmación del TCE respecto que la empresa conocía que se encontraba impedida de contratar con el Estado.

Asimismo, debemos señalar que como parte del análisis de la confianza legítima argumentada por TESACOM, el TCE concluye que la resolución emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la MGP no representa la postura de la dicha Entidad siendo emitida solo para el caso concreto, lo cual como ya hemos analizando en el presente informe no se ajustó a la realidad, equivocándose, por tanto, el TCE.

**c) La situación de disponibilidad.** El TCE concluyó que el señor Dorrego Arias se encontraba impedido de contratar con el Estado puesto que para el colegiado por encontrarse el oficial en situación de disponibilidad solo se encontraba temporalmente apartado del servicio activo en su institución, lo que no suponía una terminación o apartamiento definitivo de esta como si ocurre en la situación de retiro. Dicha apreciación es sin duda errada, toda vez que:

i) Las características propias de las categorías de funcionario y servidor público solo se presentan en los oficiales de las Fuerzas Armadas en situación de actividad y no en situación de disponibilidad, ya que la función pública realizada por estos solo se efectúa a través del empleo, el cual se reserva para los oficiales en situación de actividad.

ii) La situación de retiro tampoco significa un apartamiento o terminación del vínculo con la Entidad, como ya lo hemos desarrollado y señaló erradamente el TCE, puesto que el oficial en dicha condición mantiene su grado y otros

beneficios apartándose definitivamente de la institución solo por sentencia prevista o medida disciplinaria.

- 3.195.** Como se ha visto, el TCE motivó su decisión de sancionar a TESACOM a partir de hechos no demostrados como lo es el conocimiento de la empresa respecto de encontrarse impedida de contratar con el Estado por resoluciones emitidas en PAS anteriores, así como por análisis absurdos y errados, como lo fue la inaplicación del precedente administrativo o la naturaleza de la situación de disponibilidad.
- 3.196.** De lo previsto tanto en la LPAG como en el TUO LPAG verificamos que en la Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, mediante la cual el TCE sancionó inicialmente a TESACOM, no existió una motivación suficiente y real, efectuada a partir de la relación concreta y directa de los hechos probados sino, por el contrario, un análisis simplista y errado; por ello, concluimos que la referida resolución no cumple con el requisito de motivación contemplado y exigido por la normativa.
- 3.197.** Ahora bien, tanto la LPAG como el TUO LPAG establecen los supuestos en los que el acto administrativo con vicios de validez puede ser conservado, encontrándose entre estos: i) cuando el contenido del acto sea impreciso o incongruente o ii) cuando haya sido emitido con una motivación insuficiente o parcial.
- 3.198.** Así entonces, y del análisis efectuado de la Resolución N° 1737-2013-TCE-S1, mediante la cual el TCE sancionó inicialmente a TESACOM, tenemos que esta no se limita a ser insuficiente o parcial, mucho menos imprecisa o incongruente, sino que toda la fundamentación existente en dicha resolución fue efectuada a partir de análisis errados y conclusiones absurdas alejadas de la realidad, análisis que de haberse efectuado correctamente conforme lo hemos desarrollado en el presente informe hubiera tenido una conclusión distinta; esto es, que TESACOM no se encontraba impedido para contratar con el Estado, razón por la cual la primera resolución emitida por el TCE no podía ser conservada al presentarse vicios en el acto administrativo que habrían determinado su nulidad.

**3.199.** Respecto de la nulidad del acto administrativo, Martín<sup>74</sup> señala que esta procede solo por causales expresas consignadas en el ordenamiento de forma taxativa, como lo es el defecto u omisión del requisito de validez, motivación, (2009:148); toda vez que, no se configuró ninguno de los supuestos de conservación del acto administrativo tal y como lo hemos señalado y, por ello, la Resolución N° 1723-2013-TCE-S1, mediante la cual se decidió sancionar a TESACOM, debió ser declarada nula por presentar un vicio insubsanable.

**3.200.** En definitiva, al existir una deficiente motivación en la Resolución N° 1723-2013-TCE-S1, se vulneró el derecho de TESACOM al debido procedimiento administrativo. Y, conforme a ello, debió haberse declarado la nulidad de la señalada resolución.

**PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL:** Determinar si TESACOM se encontraba impedido para contratar con el Estado conforme a lo previsto en el artículo 10°, inciso i) de la LCE y si en consecuencia incurrió en los supuestos de infracción tipificados en el artículo 51.1°, incisos d) e i) de la LCE, por los que corresponde sea sancionada.

**3.201.** Conforme a los problemas secundarios resueltos podemos concluir que ni el señor Jorge Adrián Dorrego Arias ni TESACOM se encontraban impedidos para contratar con el Estado, en tanto, el señor Dorrego Arias no se encontraba dentro de las categorías de funcionario o servidor público al momento que la empresa participó en el procedimiento de selección materia de análisis, convocado por la MGP, por encontrarse en situación de disponibilidad, razón por la cual no se le podía aplicar los impedimentos contenidos en la LCE.

**3.202.** Del análisis efectuado, queda acreditado que en la Resolución N° 1737-2013-TC, que sancionó a TESACOM, existió una clara afectación al debido procedimiento a consecuencia de la deficiente fundamentación, mal llamada motivación, contenida este acto administrativo, razón por la cual debió declararse su nulidad.

---

<sup>74</sup> MARAVÍ SUCAR, Milagros (copiladora), varios autores. Opcit

## CONCLUSIONES

- I. La función pública, entendida como la actividad realizada al servicio del Estado, es efectuada por funcionarios y servidores públicos; categorías dentro de las cuales se encuentran los oficiales de las Fuerzas Armadas en situación de actividad, dado que solo estos prestan un servicio al Estado a través de un empleo.
- II. El TCE, en el PAS materia de análisis, interpretó extensivamente los impedimentos para contratar con el Estado otorgándole la categoría de funcionario o servidor público al gerente general de TESACOM solo por ser un oficial de la MGP, interpretación que al encontrarse prohibida vulneró el derecho al trabajo del señalado oficial.
- III. El derecho al trabajo, como Derecho Económico, Social y Cultural, se encuentra protegido por el Estado, quien debe efectuar acciones progresivas que permitan la efectividad de dicho derecho, razón por la cual las limitaciones normativas a este deberán encontrarse debidamente justificadas, lo cual lógicamente es contrario a restringir el derecho en cuestión a partir de una interpretación extensiva de una norma que en su contenido ya limita su ejercicio.
- IV. TESACOM participó en el procedimiento de selección, que conllevó al PAS materia de análisis, convencido de no encontrarse impedido para contratar con el Estado, posición reafirmada por la MGP como Entidad convocante, quien manifestó tanto previamente a la participación de la empresa como en el informe técnico - legal remitido al OSCE, en el inicio del sancionador, que debido a la situación de disponibilidad en la que se encontraba su gerente general no se encontraba impedido de contratar con el Estado. Dicha postura originó una confianza legítima en la empresa, la cual debió ser considerada como atenuante conforme a la LPAG vigente en el año 2012.
- V. Siendo que los PAS que conllevaron a sancionar a TESACOM culminaron con posterioridad al procedimiento de selección que generó el PAS materia de análisis, no existió conocimiento previo de la empresa de encontrarse vulnerando la normativa de contrataciones del Estado, integrada por la LCE y su Reglamento.

- VI. La Opinión N° 045-2013/DTN emitida por la DTN OSCE debió ser aplicada por el TCE en la primera resolución mediante la cual se resolvió sancionar a TESACOM, Resolución N° 1737-2013-TC-S1, ya que en esta se analizaba la situación de disponibilidad de un oficial de la PNP, desarrollo similar al contenido en la Ley de situación militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas; opinión que al haber tenido la naturaleza de precedente administrativo vinculante en dicha época debió ser aplicada necesariamente.
- VII. La Resolución N° 1737-2013-TC-S1 contiene una errada fundamentación que no puede ser considerada como motivación, por contener un análisis equivocado y con conclusiones ajenas a la realidad, razón por la cual se puede afirmar la afectación al debido procedimiento administrativo; vicios que no permiten la conservación del acto administrativo, razón por la que debió declararse su nulidad.
- VIII. La resolución mediante la cual se declara fundado el recurso de reconsideración, Resolución N° 1990-2013-TC-S1, si bien corrige el error de la primera resolución y, por tanto, libera de responsabilidad a TESACOM, no efectúa un nuevo análisis de la situación de disponibilidad en la que se encontraba el señor Dorrego Arias, limitándose solo a aplicar por analogía la opinión emitida por la DTN OSCE por tratarse de casos similares.

## BIBLIOGRAFÍA

### A. LIBROS Y REVISTAS

BACA ONETO, Víctor

- 2010 “¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano”. Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Derecho Administrativo en Mendoza, Argentina los días 15,16 y 17 de setiembre de 2010. Consulta: 10 de enero de 2018.  
<https://docplayer.es/23793553-Responsabilidad-subjetiva-u-objetiva-en-materia-sancionadora-una-propuesta-de-respuesta-a-partir-del-ordenamiento-peruano.html>

BACA ONETO, Víctor

- 2000 “La discrecionalidad Administrativa y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. Revista de Derecho Administrativo - Circulo de Derecho Administrativo. Lima, N° 11.

BELADIEZ, Margarita.

- 2012 “La vinculación de la administración al derecho”. Revista de Administración Pública. Madrid, N° 153.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge, varios autores

- 2003 “Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General Segunda Parte”. Lima: Ara Editores.

DROMI, Roberto

- 2009 *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispana Libros

ESPINOZA ESPINOZA, Juan

- 2005 *Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984: Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNANDEZ, Tomás

- 2011 *Curso de Derecho Administrativo*. Tomos I y II. Lima: Palestra

GARCIA GRANARA, Fernando y FERRO DELGADO, Víctor

- 2000 *Derecho individual del trabajo*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia

Universidad Católica del Perú.

GARCÍA TOMA, Víctor

1998 *Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de Desarrollo de la Universidad de Lima.

GOMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo

2010 *Derecho administrativo sancionador Parte General y práctica del derecho penal y administrativo*. Navarra: Editorial Thomsom - Aranzandi S.A

GONZÁLES PÉREZ, Jesús

1999 *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.

GUZMAN NAPURÍ, Christian.

2004 *La administración pública y el procedimiento administrativo general*. Lima: Página Blanca Editores.

2016 *Los procedimientos administrativos sancionadores*. Lima: Gaceta Jurídica.

LANDA ARROYO, César

2014 "El Derecho del Trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisis especial del caso de la mujer y la madre trabajadora". *Revista Themis*. Lima, N° 65.

LEON UNTIVEROS, Miguel Ángel

2009 "El principio de proporcionalidad en el procedimiento sancionador: Metodología para la determinación de la sanción administrativa". *Revista Ius Et Veritas*. Lima, N° 38.

MAIRAL, Héctor

1988 *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.

MARAVÍ SUCAR, Milagros (copiladora), varios autores.

2009 *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General: Libro homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde*. Lima: Universidad de Ciencias Aplicadas

MARTIN TIRADO, Richard., TAFUR SÁNCHEZ, Sergio, VARIOS AUTORES.

2009 *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

MORON URBINA, Juan Carlos

2014 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.

2017 *El procedimiento administrativo: criterios de interpretación y aplicación del TC y la Corte Suprema*. Lima: Gaceta Jurídica.

NAVAS RONDON, Carlos

2011 *Responsabilidades y sanciones en las contrataciones públicas*. Lima: Ediciones Legales E.I.R.L.

NEVES MUJICA, Javier.

2004 *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

NIETO GARCÍA, Alejandro

2012 *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón

2002 *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*. 15° ed. Madrid: Marcial Pons.

PEREZ LÓPEZ, Jorge.

2012 "Motivación de las decisiones tomadas por cualquier autoridad pública". *Revista de Derecho y Cambio Social*. Lima, N° 27.

RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge

2007 *Derecho del Trabajo Teoría General*. Segunda Edición. Lima: Grijley

RETAMOZO LINARES, Alberto

2017 *Los impedimentos para contratar con el Estado: análisis legislativo y jurisprudencial*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.

RUBIO CORREA, MARCIAL

2009 *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho*. Décima Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

2011 *Derecho individual del trabajo*. Primera Edición. Lima: Gaceta Jurídica.  
VALBUENA HERNANDEZ, Gabriel

2008 *La Defraudación de la Confianza Legítima, Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

VIDAL SALAZAR, Michael

2009 “Los Derechos labores en las constituciones peruanas”. Revista Foro Jurídico. Lima, N° 09.

## **B. NORMATIVA**

### ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7ef81100495423e78593f5cc4f0b1cf5/PactoInternacional+de+Derechos+ESC.pdf?MOD=AJPERES>

### ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

Declaración Universal de Derechos Humanos.  
<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2014/03/DECLARACION-UNIVERSAL-DE-DERECHOS-HUMANOS.pdf>

### CONGRESO DE LA REPÚBLICA

1984 *Decreto Legislativo N° 276*. Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público. Lima, 06 de marzo de 1984.  
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/8978/276.pdf?v=1530033843>

1987 *Decreto Legislativo N° 438*. Ley Orgánica de la Marina de Guerra del Perú. Lima, 27 de setiembre.  
<http://www4.congreso.gob.pe/historico/cip/materiales/meduccion/DL438.pdf>

1993 Constitución Política del Perú. Lima, 29 de diciembre.  
<https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/constitucion/constitucion-noviembre2022.pdf>

2001 *Ley N° 27444*. Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima, 21 de marzo.  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/27444.pdf>

- 2001 *Ley N° 27588*. Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. Lima, 22 de noviembre.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/181485/182272\\_Ley\\_2027588.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/181485/182272_Ley_2027588.pdf)20180807-3081-domyol.pdf?v=1533684983
- 2002 *Ley N° 27815*. Ley del Código de Ética de la Función Pública. Lima, 12 de agosto.  
<https://www.mimp.gob.pe/files/transparencia/CET/ley27815.pdf>
- 2004 *Ley N° 28175*. Ley Marco del Empleo Público. Lima, 28 de enero.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105133/\\_28175\\_-\\_20-12-2012\\_11\\_03\\_58\\_-LEY\\_28175.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105133/_28175_-_20-12-2012_11_03_58_-LEY_28175.pdf)?v=1586905337
- 2004 *Ley N° 28212*. Ley que regula los ingresos de los Altos Funcionarios Autoridades del Estado y dicta otras medidas. Lima, 01 de abril de 2004.  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28212.pdf>
- 2004 *Ley N° 28359*. Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas. Lima, 13 de octubre.  
<https://www.deperu.com/legislacion/ley-28359-pdf.html>
- 2008 *Decreto Legislativo N° 1017*. Ley de Contrataciones del Estado. Lima, 3 de junio.  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01017.pdf>
- 2012 *Decreto Legislativo N° 1138*. Ley de la Marina de Guerra del Perú. Lima, 9 de diciembre.  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1068938>
- 2013 *Ley N° 30057*. Ley del Servicio Civil. Lima, 03 de julio  
<https://cdn.gacetajuridica.com.pe/laley/Ley%20del%20Servicio%20Civil%20LALEY.pdf>
- 2014 *Ley N° 30225*. Ley de Contrataciones del Estado. Lima, 11 de julio.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105211/Ley\\_30225\\_Ley\\_de\\_contrataciones-julio2014.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/105211/Ley_30225_Ley_de_contrataciones-julio2014.pdf)?v=1586905414
- 2015 *Ley N° 30415*. Ley que establece la condición militar de los oficiales de reserva de las fuerzas armadas. Lima, 24 de noviembre.  
[https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas\\_Legales/30415-LEY.pdf](https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/ExpVirPal/Normas_Legales/30415-LEY.pdf)
- 2017 *Decreto Legislativo N° 1341*. Modifica la Ley N° 30225. Lima, 6 de enero.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251476/DECRETO\\_LEGISLATIVO\\_1341\\_Modifica\\_Ley\\_30225.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/251476/DECRETO_LEGISLATIVO_1341_Modifica_Ley_30225.pdf)?v=1565366239

MINISTERIO DE DEFENSA

- 2006 *Decreto Supremo N° 038-2006*. Modifica la Ley N°28212. Lima 29 de diciembre.  
<https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosDeUrgencia/2006038.pdf>
- 2014 *Decreto Supremo N° 009-2014-DE*. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1138. Lima, 1° de agosto.  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1107200>
- 2016 *Decreto Supremo N° 006-2016-DE*. Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Defensa. Lima, 06 de junio.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/177897/179037\\_DS\\_20006\\_2016.pdf20180802-3903-1910z6e.pdf?v=1591315981](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/177897/179037_DS_20006_2016.pdf20180802-3903-1910z6e.pdf?v=1591315981)
- 2017 *Decreto Supremo N° 009-2017-DE*. Reglamento de la Ley N° 30415 que estableció la condición militar de los oficiales de reserva de las Fuerzas Armadas. Lima, 3 de octubre.  
<https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H1190659>

#### MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS

- 2008 *Decreto Supremo N° 184-2008-EF*. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Lima, 31 de diciembre  
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/3C237828369DA27505257D080056E609/\\$FILE/DS\\_184\\_2008\\_EF\\_ReglamentoLeyContratacionesEstado.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/3C237828369DA27505257D080056E609/$FILE/DS_184_2008_EF_ReglamentoLeyContratacionesEstado.pdf)
- 2015 *Decreto Supremo N° 350-2015-EF*. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado N° 30225. Lima, 09 de diciembre.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/254964/229139\\_file20181218-16260-jboddz.pdf?v=1545181569](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/254964/229139_file20181218-16260-jboddz.pdf?v=1545181569)
- 2019 *Decreto Supremo N° 082-2019-EF*. Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado. Lima, 12 de marzo.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/298343/DS082\\_2019EF.pdf?v=1552488617](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/298343/DS082_2019EF.pdf?v=1552488617)

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

- 2017 *Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (Derogado)*. Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 24777. Lima, 17 de marzo.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1031047/Decreto\\_Supremo\\_N\\_\\_006-2017-JUS.pdf?v=1595365748](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1031047/Decreto_Supremo_N__006-2017-JUS.pdf?v=1595365748)
- 2019 *Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (Vigente)*. Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 24777. Lima 22 de enero.  
[https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS\\_004-2019-JUS.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320709/DS_004-2019-JUS.pdf)

## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- 2002 *Expediente N° 0016-2002-AI/TC*. Sentencia del 30 de abril del 2003
- 2005 *Expediente N° 008-2005-PI/TC*. Sentencia: 12 de agosto de 2005.
- 2011 *Expediente N° 03891-2011-PA/TC*. Sentencia del 16 de enero de 2012.
- 2012 *Expediente N° 00005-2012-PI/TC*. Sentencia del 23 de octubre de 2012.
- 2012 *Expediente N° 03302-2012-PA/TC*. Sentencia del 29 de enero de 2014.
- 2013 *Expediente N° 01647-2013-PA/TC*. Sentencia del 03 de noviembre de 2013.
- 2011 *Expediente N° 694-2011-TC-S2*. Sentencia del 25 de abril de 2011
- 2011 *Expediente N° 742-2011-TC-S2*. Sentencia del 29 de abril de 2011
- 2011 *Expediente N° 827-2011-TC-S4*. Sentencia del 17 de mayo de 2011
- 2013 *Expediente N° 1737-2013-TC-S1*. Sentencia del 12 de agosto de 2013.
- 2013 *Expediente N° 1990-2013-TC-S1*. Sentencia del 10 de setiembre de 2013.

## DIRECCIÓN TÉCNICA NORMATIVA DEL OSCE

- 2013 *Opinión N° 045- 2013/DTN*, del 30 de mayo de 2013.
- 2013 *Opinión N° 088-2013/DTN*, del 31 de octubre del 2013.
- 2023 *Opinión N° 120- 2023/DTN*, del 01 de diciembre de 2023.

## ANEXOS

1. Resolución N° Descargos presentados por TESACOM
2. Escrito de descargos ante ampliación de cargos efectuados por TESACOM
3. Resolución N° 005-2010-MGP, de fecha 11 de mayo de 2010, emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina de Guerra del Perú.
4. Alegatos de TESACOM
5. Opinión 045-2013/DTN, de fecha 30 de mayo de 2013, emitida por la DTN OSCE, que desarrolló las características de la situación de actividad y disponibilidad de los oficiales de la PNP y los impedimentos de este para contratar con el Estado.
6. Resolución N° 1737-2013-TC-S1, emitida por el TCE, que determinó sancionar a TESACOM con 13 meses de inhabilitación temporal para contratar con el Estado.
7. Recurso de Reconsideración interpuesto por TESACOM.
8. Alegatos Finales presentados por TESACOM respecto del Recurso de Reconsideración presentado.
9. Resolución N° 1990-2013-TC-S1, emitida por el TCE, que resolvió dejar sin efecto la sanción impuesta a TESACOM

**Expediente: N° 00497-2012-TC**

**Escrito: N° 1**

**Sumilla: Presenta descargos**

**SEÑORA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**TESACOM PERU S.A.C.**, con RUC 20511794987, con domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 4075, Miraflores, Lima, y correo electrónico: [mbachman@tesacom.net](mailto:mbachman@tesacom.net), debidamente representada por su Gerente General, Sr. **MANUEL BACHMANN PUENTE ARNAO**, identificado con DNI N 07872591, según la vigencia de poder que se adjunta, en el procedimiento administrativo sancionador iniciado en virtud de la denuncia interpuesta por la empresa TESAM PERU SA, recurrimos ante usted por lo siguiente:

**I. PETITORIO:**

Solicitamos que se dé por cumplida dentro del término de ley, la presentación de nuestros descargos, a cuyo hecho se refiere la Cédula de Notificación N° 13277/2012.TC, recibida por mi representada el 27 de julio del 2012.

**II. ANTECEDENTES:**

**2.1** Con fecha 06 de octubre del 2010, la Marina de Guerra del Perú convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria, derivada de la Licitación Pública N° 003-2010-MGP/DIRTEL) para la implementación del puesto de Comando y Control de Comando Operacional Marítimo.

**2.2** Con fecha 15 de octubre de 2010, mi representada presentó una propuesta —sobre técnico y sobre económico— al proceso de selección referido en el

numeral anterior, siendo que el 18 de octubre del 2010 se nos otorgó la buena pro.

**2.3** Con fecha 29 de octubre de 2010, mi representada suscribió el Contrato N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL con la Marina de Guerra del Perú, el cual deriva del proceso de selección antes referido.

**2.4** Con fechas 25 de abril de 2011, 29 de abril de 2011 y 17 de mayo de 2011, a través de las Resoluciones N° 694-2011-TC-S2, 742-2011-TC-S2 y 827-2011-TC-S4, TESACOM PERU S.A.C. ha sido sancionada administrativamente por el Tribunal de Contrataciones del Estado, por la errónea consideración de que, en distintos procesos de selección convocados por la Marina de Guerra del Perú, dicha empresa se encontraba impedida de contratar con la mencionada entidad a raíz de la presencia del Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias como accionista y/o Gerente General de mi representada, a pesar de haber demostrado que no existía infracción alguna.

**2.5** Con relación a lo anterior, se evidencia que mi representada ha sido sancionada administrativamente por la supuesta comisión de la misma falta por un total de treinta y un (31) meses.

### **III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO**

A continuación, se desarrollan los argumentos de hecho y de derecho que el Tribunal que usted preside debe considerar para eximir a mi representada de toda responsabilidad por los hechos imputados:

**3.1 Atribuir la calidad de funcionario público al Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias, cuando se encontraba en situación de disponibilidad, constituye un imposible jurídico**

3.1.1. En el presente procedimiento administrativo sancionador se imputa a mi representada el haber incurrido en las causales de aplicación de sanción

previstas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, en la medida que se encontraría impedida para contratar con el Estado por estar inmersa en el supuesto señalado en el literal i) del artículo 10 de la Ley.

3.1.2 Sobre el particular, para concluir que se ha configurado el supuesto de impedimento consignado en el literal i) del artículo 10 de la Ley, se requiere verificar de manera cierta e indubitable que el Sr. Jorge Adrian Dorrego Arias tenía la calidad de funcionario público, empleado de confianza o servidor público, según la ley especial de la materia<sup>1</sup>.

3.1.3 En ese sentido, la ley especial de la materia es, precisamente, la Ley N° 283592, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, que en su artículo 30 dispone que *"la situación de disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la situación de actividad"*; es decir, que queda interrumpido su vínculo laboral con la Institución cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad.

3.1.4 Ahora bien, es incuestionable el hecho de que al momento de producirse las supuestas infracciones —el 15 y el 29 de octubre de 2010— el Sr. Jorge Adrian Dorrego Arias se encontraba en situación de disponibilidad, dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 267, de fecha 24 de marzo de 2010 —por el periodo de un (1) año de emitida dicha Resolución— según se reconoce, entre otros documentos, en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones – Marina de Guerra del Perú N° 0005-2010-MGP.

---

<sup>1</sup> Al respecto, es ilustrativa la Opinión N° 037-2010/DTN, emitida por el OSCE, que, entre otros aspectos, señala: *"Corresponderá evaluar en cada caso en concreto, si las personas naturales que laboran en la Entidad califican como "funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos", de acuerdo a la ley especial de la materia."*

<sup>2</sup> Este aspecto es sumamente relevante, dado que en las resoluciones anteriormente emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado se han invocado otras normas.

3.1.5 Sobre el particular, la situación de disponibilidad del Sr. Dorrego Arias implicó que, temporalmente, dejó de mantener un vínculo laboral con la Marina de Guerra, no pudiendo por tanto asignársele ningún tipo de labor, función o responsabilidad mientras dicha situación subsistiera.

3.1.6 En ese sentido, la relación jurídica que existe entre una persona natural que está en situación de disponibilidad, de acuerdo a la normativa especial aplicable, y un instituto armado como la Marina de Guerra del Perú, no cumple con ninguna de las características que se deben verificar cuando hablamos de una relación laboral, como lo son la subordinación, la prestación personal y el pago de un salario.

3.1.7 En efecto, el Sr. Dorrego Arias, durante el período de vigencia de la situación de disponibilidad, no se encontraba subordinado a las labores o instrucciones de ningún superior, no prestaba servicio alguno a favor de la Marina de Guerra del Perú, ni recibía salario alguno, características esenciales en una relación laboral.

3.1.8 Lo anterior ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina y la jurisprudencia del derecho laboral, como es el caso del Dr. Javier Neves Mujica, quien define en su obra "Introducción al Derecho del Trabajo" cada uno de los elementos en cuestión de acuerdo al siguiente detalle:

**Prestación personal:**

*(...) "Y deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni - menos aún- transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 5, que sólo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes. De este modo, la tarea asignada por el empleador la cumple el trabajador solo o con los colaboradores o asistentes que aquél le designe".*

### **Subordinación:**

*"La subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente"*

### **Remuneración**

*"Tanto el contrato de trabajo como los de locación de servicios y de obra, de un lado, y los de agencia, comisión y corretaje, del otro, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena. Esto quiere decir que el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce, a cambio del pago de una retribución. Este es, pues, un elemento esencial en los seis contratos. Así lo precisa el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, respecto del contrato de trabajo, y los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respecto de los de locación de servicios y de obra."*

3.1.9 Dicho esto es evidente que, al no mantener un vínculo laboral con la Marina de Guerra del Perú, constituye un imposible jurídico que se le atribuya al Sr. Dorrego Arias la calidad de funcionario público, situación que también ha sido expresamente reconocida por la propia entidad convocante en diversos documentos, tales como: el Informe Técnico Legal N° 006-2012 (presentado a requerimiento del tribunal en el presente procedimiento

sancionador), así como la ya citada Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones – Marina de Guerra del Perú N° 0005-2010-MGP<sup>3</sup>.

### **3.2 En el presente caso no se configura el supuesto de impedimento previsto en los literales d) e i) del artículo 10 de la Ley de acuerdo a las reiteradas Opiniones que emite el OSCE**

3.2.1 Ahora bien, en el supuesto negado que se considere que el Sr. Dorrego, a pesar de encontrarse en situación de disponibilidad, mantenía una relación laboral con la Marina de Guerra del Perú, cabe poner en conocimiento del Tribunal que mi representada consideró —en la oportunidad de producidos los hechos materia del presente procedimiento— que no existía la posibilidad de que se configure el supuesto de impedimento previsto en los literales d) e i) del artículo 10 de la Ley, basándonos, para llegar a esta conclusión, en las reiteradas Opiniones emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE (antes, Consejo Superior de las Contrataciones y Adquisiciones del Estado).

3.2.2 Al respecto, no se debe perder de vista que el propio OSCE ha indicado que, al absolver las consultas que se le formulan, determina el sentido y alcance de las normas de su competencia<sup>4</sup>; vale decir, dicho Organismo Supervisor está facultado para interpretar de manera oficial la normativa de contratación pública vigente y, en esta labor, puede delimitar el alcance de las instituciones técnico – jurídicas reconocidas en nuestro ordenamiento, como es el caso del alcance de los impedimentos señalados en la Ley.

---

<sup>3</sup> En dicho documento se hace oportuna mención al principio de primacía de la realidad que tiene cabida en el ámbito del derecho laboral e, incluso, se cita una Sentencia del Tribunal Constitucional que respalda la argumentación.

<sup>4</sup> Así lo indica textualmente, entre otros, en el numeral 2.3 de la Opinión N° 026-2010/DTN, emitida por la Dirección Técnico Normativa, la misma que se puede consultar en el link: <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=6&ido=178>

3.2.3 Bajo ese razonamiento, entenderemos que las reiteradas Opiniones emitidas por el OSCE —que procedemos a reseñar en los numerales siguientes— establecían que los funcionarios y/o servidores públicos que estaban impedidos de contratar con la Entidad a la que pertenecían era, únicamente, aquellos que ocupaban cargos de dirección o similares, es decir que por la naturaleza de su función estén a cargo de algún área de la Entidad y que, por tanto, tenían personal a su cargo y, eventualmente, podían tener injerencia o influencia en las contrataciones que llevan a cabo.

3.2.4 En efecto, tenemos, por ejemplo, la **Opinión N° 012-2006/GTN**<sup>5</sup>, que en su momento interpretó de manera oficial el alcance de los impedimentos bajo los siguientes criterios:

*(...) Como puede observarse, el primer grupo de impedimentos extiende la prohibición de participar en las compras públicas tanto a determinados altos funcionarios de la organización del Estado como a "los demás funcionarios y servidores públicos". En este sentido, corresponde precisar el sentido y alcance de la citada disposición legal cuando establece el impedimento a "los demás funcionarios y servidores públicos", en cuanto la norma acotada no ha contemplado definiciones expresas sobre los indicados términos, además que dichos conceptos han tenido un tratamiento y desarrollo diverso y complejo en la doctrina, y en nuestra legislación nacional han sido acogidos, no siempre de modo unívoco o compatible, por diversos cuerpos normativos como la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (.....)*

*(...) puede observarse que existe cierto consenso en la legislación en catalogar como funcionario y/o servidor público, en términos amplios, a*

---

<sup>5</sup> Si bien dicha opinión fue emitida cuando se encontraban vigentes los Decretos Supremos N° 083 y 084-2004-PCM, cabe anotar que el texto del artículo (artículo 9) que establecen los impedimentos materia de consulta, muestran una redacción equivalente al recogido en el Decreto Legislativo N° 1017 (artículo 10).

toda persona que desempeña una "función o servicio público" —o, si se quiere, al servicio o en cumplimiento de funciones para el Estado—, independientemente del régimen laboral o contractual que lo relacione con el Estado. (...)

No obstante, puede observarse que tal concepción no resulta suficiente o idónea para delimitar el ámbito de extensión del impedimento mencionado en el literal b) del artículo 9º de la Ley, ya que adoptar como criterio dicha definición equivaldría a estatuir, como regla general, la imposibilidad de ser postor y/o contratista del Estado para toda aquella persona que, de alguna u otra forma, se relacione con la prestación de funciones y/o servicios públicos, lo cual implicaría soslayar el principio de interpretación estricta que debe realizarse a las normas que restringen derechos, como son las establecidas en el artículo 9º de la Ley. (...)

Por dicha razón, debe considerarse que, para establecer una definición compatible de lo que debe entenderse por "funcionario y servidor público" en el marco de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado, el ámbito de extensión del citado impedimento sólo debe involucrar a ciertas calidades de personas relacionadas con la administración del Estado, a efectos de salvaguardar el carácter estricto en la interpretación de las normas que restringen derechos, cuidando además que dicha definición sea coherente con la finalidad perseguida por la Ley al establecer el mencionado impedimento, que es justamente evitar la injerencia de ciertas personas, con cualidades o vinculaciones especiales con el Estado, en los procesos de selección.

En ese sentido, de la redacción del literal b) del artículo 9º de la Ley, cuando hace mención al primer grupo de funcionarios impedidos, se advierte la intención del legislador de adoptar un concepto restringido de funcionario y/o servidor público para efectos de delimitar el ámbito de

extensión del impedimento, ya que tal dispositivo parece involucrar únicamente a personas naturales que posean ciertas características funcionales comunes dentro de la organización interna de cada Entidad, en cuanto si observamos tenemos mencionadas a las máximas autoridades administrativa de las instituciones, los organismos públicos descentralizados, los gobiernos regionales y los gobiernos locales, así como otros altos funcionarios de dichos organismos en función de quienes está directamente relacionada la frase: **los demás funcionarios y/o servidores públicos.**

Por estas consideraciones, este Consejo Superior, siguiendo la línea interpretativa asumida en anteriores oportunidades debe precisar que el impedimento establecido en el literal b) del artículo 9º de la Ley que involucra la imposibilidad de los funcionarios y servidores públicos de participar en procesos de selección y de contratar con el Estado, no debe abarcar a todas aquellas personas que, de alguna forma, ejerzan función pública dentro de un organismo del Estado; en todo caso, dicho impedimento sólo persigue evitar que los más altos funcionarios del Estado, con poder de dirección y control puedan contratar con las estructuras orgánicas administrativas de las cuales forman parte, dirigen, o que en todo caso pertenecen a la esfera de influencia en la cual interactúan.

En consecuencia, debe concluirse que el impedimento prescrito en el inciso b) del artículo 9º de la Ley, cuando hace referencia a los **"demás funcionarios y servidores públicos"**, solo debe afectar a aquellas personas integrantes de la estructura administrativa del Estado que detentan poder de dirección y, por tanto, la toma de decisiones dentro de las distintas estructuras de organización de las que están compuestas las distintas Entidades, entendiéndose con ello, a quienes tienen una unidad orgánica a su cargo y a quienes ocupan cargos políticos o cargos de confianza con poder de dirección o de decisión".

3.2.5 El criterio antes descrito, fue desarrollado consistente y reiteradamente por el Consejo Superior de Contrataciones del Estado y, luego, por el OSCE, desde el año 2003 hasta el año 2008, por lo menos, y se recoge en los siguientes documentos: **Opinión N° 029-2003(GTN), Opinión N.° 012-2006/GTN, Opinión N.° 039-2006/GNP N.° 040-2006/GNP, Opinión N° 040-2007/GNP**, entre otros.

Lo que señalan razonablemente los antecedentes citados es que, interpretar la causal de impedimento prevista en el literal d) del artículo 10 de la Ley en sentido amplio, significaría que cualquier persona que mantenga un vínculo laboral con el Estado, sin importar la naturaleza, tiempo o función que realice, estaría impedida de contratar con éste, lo que lógicamente representa un atentado a la libertad de contratación regulada por ley.

3.2.6 En ese sentido debemos recordar que, al momento de producida las supuestas infracciones —el 15 y el 29 de octubre de 2010— el Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias en encontraba en situación de disponibilidad, lo que niega la posibilidad de que, en esas condiciones, haya detentado algún "poder de dirección y, por tanto, la toma de decisiones dentro de las distintas estructuras de organización de las que están compuestas las distintas Entidades, entendiéndose con ello, a quienes tienen una unidad orgánica a su cargo y a quienes ocupan cargos políticos o cargos de confianza con poder de dirección o de decisión".

3.2.7 Aún más, la existencia de los antecedentes citados tienen una especial relevancia para el caso si tenemos en cuenta que mi representada, como proveedor diligente, analizó en su oportunidad —el 15 y el 29 de octubre de 2010— si los criterios emitidos por el órgano rector en materia de contrataciones del Estado —OSCE— significaban, de alguna manera, que la empresa pudiera estar impedida de contratar con la Marina de Guerra del Perú, siendo que, a la luz de todas la Opiniones citadas, era razonable, material y jurídicamente imposible arribar a esa conclusión.

### 3.3 TESACOM S.A.C actuó con diligencia y buena fe

3.3.1 Uno de los objetivos que debemos procurar todos los agentes que intervenimos en el sistema de contratación pública, tales como proveedores, entidades contratantes, organismo supervisor, árbitros, Tribunal de Contrataciones del Estado, entre otros, es la de promover la eficiencia en los procedimientos de compra del Estado, por lo que corresponde exigir un comportamiento diligente y razonable de dichos agentes, cada vez que corresponda.

3.3.2 En ese sentido, el Tribunal debe tener en cuenta que mi representada, como un agente económico razonable, espera y le exige a la administración pública —Entidad convocante y Tribunal de Contrataciones, por igual— conductas claras, transparentes, razonables y congruentes.

3.3.3 En la medida que nosotros, los proveedores del Estado, podamos advertir un accionar contradictorio o incongruente por parte de la Administración Pública en sus distintos estamentos, estaremos sujetos a la incertidumbre jurídica, que nos impide el acceso efectivo a las contrataciones con el Estado peruano.

3.3.4 Por esta razón, debemos exigir en este caso que se tome en cuenta a plena vigencia del principio de predictibilidad, reconocido en el numeral 1.15 del artículo IV de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

3.3.5 El aludido principio de predictibilidad es uno de los principios que rige el derecho público en el Perú, que obliga a la autoridad administrativa a brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio el administrado pueda tener certidumbre de cuál será el resultado final que se obtendrá. En otras palabras, mediante este principio el ciudadano puede anticipar la decisión de la Administración al contar con la información suficiente.

3.3.6 En efecto, no basta que el administrado tenga pleno conocimiento de las

decisiones y criterios empleados en la administración, sino que, además, el uso correcto de dicha información le permitirá actuar frente a la Administración en forma diligente y responsable, presentando solicitudes o recursos que por su naturaleza y en atención a la postura de la Entidad puedan ser acogidos evitando así incrementar la carga administrativa de ésta innecesariamente.

3.3.7 Dicho principio, en el régimen de contratación pública, tiene un efecto positivo en la percepción de los proveedores y su interés en participar en los diversos procesos de selección, puesto que el conocer el criterio empleado por la Entidad con la cual contrataran no sólo promueve y facilita la participación de éstos sino que además dota a los procesos de transparencia, seguridad y confiabilidad.

3.3.8 Mencionamos todos los fundamentos anteriores para llamar la atención del Tribunal en una circunstancia que no ha sido correctamente ponderada, cual es el hecho de que el supuesto impedimento que recaía sobre el Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias para contratar con la Marina de Guerra del Perú no es un asunto que mi representada —en su condición de administrado y agente económico diligente y razonable— no haya discutido y ventilado con la Administración Pública oportunamente.

3.3.9 En efecto, lo que en ocasiones anteriores no ha tenido en cuenta el Tribunal es que con fecha 11 de mayo de 2010, vale decir, con cinco (5) meses de anticipación, la propia Marina de Guerra del Perú tuvo ocasión de pronunciarse sobre la existencia o no del impedimento, habiendo determinado con claridad que el Sr. Dorrego Arias se encontraba fuera del alcance del impedimento antes aludido.

3.3.10 Es en base a la revisión de los antecedentes señalados en el numeral 3.2, sumado al hecho de haber obtenido de la Administración Pública —representada por la Marina de Guerra del Perú—, que mi representada se forma la convicción de que no está incurso en impedimento legal alguno por tener como Gerente General al Sr. Dorrego Arias.

3.3.11 Al respecto, resulta oportuno hacer mención a la **teoría de los actos propios**, la cual constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento. Es así que el núcleo de dicha teoría se encuentra en las expectativas legítimas de la persona puesto que éste planifica y toma sus decisiones en base a una serie de situaciones entre las que se encuentran las expectativas que tenga sobre determinado hecho.

3.3.12 Dicha teoría también señala que a nadie le es lícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza de que se mantendrá aquella conducta (*venire contra factum proprium non valet*).

3.3.13 De lo expuesto señalamos que las condiciones de aplicación de dicha teoría son las siguientes: a) una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro; b) una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta; c) la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas.

3.3.14 Es así que en el presente caso observamos la presencia de los tres elementos señalados:

a) Una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte una expectativa seria de un comportamiento futuro, esta sería la postura de la Marina de Guerra de que el Sr. Dorrego se encontraba facultado para contratar con la Entidad, posición que como ya señalamos se consigna en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones de la Marina de Guerra del Perú.

b) Una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta, este elemento se configura con el Informe Técnico-Legal de fecha 27 de octubre del 2010, donde la Entidad

señala que "si existe la responsabilidad administrativa por parte del Gerente General de TESACOM PERU SAC".

- c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas, este elemento se configura en el hecho que es la Marina de Guerra quien emite tanto el pronunciamiento a favor como la Resolución del Comité de Apelaciones y posteriormente emite el Informe Técnico- Legal mencionado. Asimismo, el sujeto sobre el cual recaen las dos posturas contradictorias es el mismo es decir, la empresa TESACOM PERU SAC

3.3.15 Por lo tanto, deben excluirse los actos que no tengan un valor vinculante, como pueden ser las meras opiniones o las expresiones de deseo; también deben ser excluidas las manifestaciones de una mera intención, porque una intención no puede obligar en la medida que no se asuma un compromiso. De igual modo, no obliga una conducta contra legem o inválida.

3.3.16 La teoría de los actos propios ha tenido un interesante desarrollo doctrinario que debería ser consultado por el Tribunal. Para tal efecto, cumplimos con adjuntar a los presentes alegatos el artículo "Teoría de las autolimitaciones administrativas: actos propios, confianza legítima y contradicción entre órganos administrativos", de autoría de Alexandre Santos de Aragao, publicado recientemente en la Revista de Derecho Administrativo, N° 9, Año 5, editada por el Círculo de Derecho Administrativo.

**POR LO EXPUESTO SOLICITAMOS:**

**TENGA POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS y DISPONGA QUE NO HA LUGAR A LA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN EN CONTRA DE MI REPRESENTADA.** De lo contrario, el Tribunal estaría promoviendo o, incluso, premiando el actuar ajeno a la diligencia que se deben observar en las compras públicas quienes formamos parte del sistema, transmitiendo el mensaje erróneo y peligroso que de la incongruencia y la contradicción es una conducta que merece el amparo del derecho.

**Primer - Otrosí: Documentos de representación:**

Cumplimos con adjuntar: 1. Copia del DNI del Sr. **MANUEL BACHMANN PUENTE ARNAO**; y, 2. Copia de la vigencia de poder del Sr. **MANUEL BACHMANN PUENTE ARNAO**, que lo acredita como Gerente General de la empresa.

**Segundo – Otrosí: Autorización a letrado:**

Se autoriza al Dr. Carlos Ireijo Mitsuta, identificado con CAL N° 36846, a la lectura del expediente y a solicitar y/o recabar copia de los documentos que formen parte del mismo.

**Tercer - Otrosí: Solicita programación de Audiencia:**

Se solicita el uso de la palabra en audiencia pública para exponer argumentos jurídicos, para lo cual se designa al Dr. Carlos Ireijo Mitsuta, identificado con CAL N° 36846.

**Cuarto - Otrosí: Medios probatorios:**

Adjunto al presente escrito los siguientes documentos:

- 1.- Artículo "Teoría de las autolimitaciones administrativas: actos propios, confianza legítima y contradicción entre órganos administrativos", de autoría de Alexandre Santos de Aragao, publicado recientemente en la Revista de Derecho Administrativo, N° 9, Año 5, editada por el Círculo de Derecho Administrativo.
- 2.- Resolución N° 694-2011-TC-S2
- 3.- Resolución N° 742-2011-TC-S2
- 4.- Resolución N° 827-2011-TC-S4
- 5.- Opinión N° 012-2006/GTN
- 6.- Opinión N° 029-2003 (GTN)
- 7.- Opinión N° 040-2006/GNP

Lima, 10 de agosto del 2012.



**MANUEL BACHMANN PUENTE ARNAO**  
**REPRESENTANTE LEGAL**

.....  
**MANUEL BACHMANN**  
**GERENTE GENERAL**  
**TESACOM PERU SAC**



**CARLOS IREIJO MITSUTA**  
**ABOGADO**  
**REG. CAL N° 36846**

**Expediente: N° 00497-2012-TC**

**Escrito : N° 2**

**Sumilla : Presenta descargos  
ante ampliación de  
cargos**

**SEÑORA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**TESACOM PERU S.A.C**, con RUC 20511794987, con domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 4075, Miraflores, Lima, y correo electrónico: kcorbacho@tesacom.net, debidamente representada por su Gerente General, **MANUEL BACHMANN PUENTE ARNAO**, identificado con DNI N° 07872591, según poder que se adjunta, en el procedimiento administrativo sancionador iniciado en virtud de la denunciada interpuesta por la empresa **TESAM PERU SA**, recurrimos ante usted por lo siguiente:

**I. PETITORIO:**

Solicitamos que se dé por cumplida dentro del término de ley, la presentación de nuestros descargos, a cuyo hecho se refiere la Cédula de Notificación N° 10792/2013.TC, recibida por nuestra parte el día 22 de marzo del 2013.

**II. ANTECEDENTES:**

2.1.- **TESACOM PERU SAC** (en adelante **TESACOM**) con fecha 22 de agosto del 2012 presentó sus descargos ante el proceso administrativo sancionador iniciado por la Segunda Sala del Tribunal Contrataciones del Estado por la supuesta infracción a la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante **LCE**)

2.2.- La comisión de las infracciones imputadas se deberían a la supuesta responsabilidad de mi representada al haber contratado con el Estado estando impedida para ello (inciso d del numeral 51.1-Infracciones contenido en el artículo 51º de la LCE) así como por haber presentado documentación inexacta como parte de la propuesta técnica (inciso i del artículo señalado) en la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL-Tercera Convocatoria (derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL) efectuada por el MINISTERIO DE DEFENSA-MARINA DE GUERRA DEL PERÚ-DIRECCIÓN DE TELEMÁTICA, para la contratación de bienes, implementación del Puesto de Comando y Control del Comando Operacional Marítimo.

2.3.- Mediante Cédula de Notificación N° 10792/2013.TC, el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado-OSCE comunica a mi representada la decisión de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado de ampliar los cargos en el presente procedimiento administrativo sancionador imputándosele además de la supuesta comisión de las infracciones ya descritas la infracción prevista en el literal i) del artículo 10º de la LCE: *"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: inciso 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"*, otorgándole diez (10) días hábiles para la presentación de sus respectivos descargos.

### III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

A continuación, se desarrollan los argumentos de hecho y de derecho que el Tribunal que usted preside deberá considerar para eximir a mi representada de toda responsabilidad por los hechos imputados:

### 3.1.- Naturaleza de la ampliación de cargos

3.1.1.- El nuevo cargo imputado a mi representada contenido en el inciso i) del artículo 10° de la LCE ya señalado se vincula al cargo imputado inicialmente respecto a la supuesta comisión de la infracción señalada en el inciso d) del numeral 51.1 del artículo 51° de la misma norma dado que esta establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que "Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma". (el subrayado es nuestro)

3.1.2.- Siguiendo lo expuesto, es claro que la ampliación de cargos imputados a mi representada no sería por la comisión de una infracción diferente o adicional a las ya imputadas sino únicamente y de acuerdo a lo señalado en la Cédula de Notificación, el Tribunal estaría complementando la supuesta infracción cometida al inciso d) del numeral 51.1 del 51° de la LCE puesto que como manifestamos si se considera erróneamente que existió la infracción señalada en dicho inciso, ésta tuvo que cometerse a partir de algún supuesto, el cual; de acuerdo a lo señalado por el Tribunal; se configuraría al infringirse el inciso i) del artículo 10° de la LCE es decir en caso el representante legal o apoderado de una persona jurídica que participe en un proceso de selección convocado por determinada Entidad trabaje también para esta, es decir la supuesta infracción señalada en el inciso d) del numeral 51.1 del artículo 51, se presentaría a partir del supuesto de ocurrencia indicado en el inciso i) del artículo 10.

3.1.3.- Así también manifestamos que las infracciones supuestamente cometidas por TESACOM parten del supuesto que el representante de ésta al momento del concurso público convocado por la Marina de Guerra y señalado líneas arriba, prestaba servicios a la Entidad contratante, es decir que existía un vínculo laboral entre ambas partes.

3.1.4.- Dicho esto, debemos señalar que el representante de TESACOM - Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias- durante todo el concurso público; vale decir desde la convocatoria hasta el otorgamiento de la buena pro no mantenía una relación laboral con la Marina de Guerra, Entidad contratante, con lo que no se configuraría el supuesto señalada en el inciso i) del artículo 10º de la LCE y por tanto no habría razón de aplicar sanción alguna de acuerdo a lo señalado en los incisos d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51º de la LCE.

### 3.2.- Inexistencia de una relación laboral

3.2.1.- Siendo así es pertinente señalar que el Sr. Dorrego, durante el concurso público convocado por la Marina de Guerra se encontraba en **SITUACIÓN DE DISPONIBILIDAD** por causal "a su solicitud", conforme a lo contenido en la Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo del 2010 emitida por la propia Entidad, es decir el Sr. Dorrego por motivos personales solicitó su pase a situación de disponibilidad por un determinado de tiempo, razón por la cual éste no podía mantener relación laboral alguna, puesta que dicha relación es solo reservada para los miembros de la Entidad en situación de actividad.

3.2.2- A fin de tener en claro la diferencia de las situaciones militares descritas señalamos que la situación de disponibilidad indicada se encuentra regulada en los artículos 30º y 31º de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, donde se

señala: **SITUACIÓN DE DISPONIBILIDAD** *"Disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, pudiendo retomar a ésta, desaparecidas las causales que originaron su separación del servicio activo, en concordancia con lo prescrito en los artículos 36º y 37º de la presente Ley. Artículo 31º.- Causales* El Oficial pasa a la situación de disponibilidad por cualquiera de las siguientes causales: A) *Enfermedad o lesión grave. B) Medida disciplinaria. C) Sentencia Judicial. D) A su solicitud.* (negrita y cursiva y mayúsculas son nuestras)

3.2.3.- De acuerdo a la definición señalada, el oficial en situación de disponibilidad, como fue el caso del Sr. Dorrego, se encuentra apartado de la situación de actividad es decir no presta servicios a la Fuerza Armada a la que pertenece hasta que dicha situación- de carácter transitoria- sea revertida.

3.2.4.- La situación de disponibilidad es una situación particular dado su carácter transitorio puesto que si bien el oficial conserva su vínculo con la Institución Armada a la que pertenece no presta servicios a la misma, es decir no trabaja en esta, pudiendo sin embargo retornar a la situación de actividad- una vez concluya el periodo de situación de disponibilidad- y por tanto retomar su relación laboral o por el contrario pasar a situación de retiro dejando de pertenecer a dicha institución perdiendo así su vínculo con la entidad castrense.

3.2.5.- Es así que al no prestar servicios a la misma, no puede considerarse la existencia de una relación laboral entre la Entidad y el trabajador sino únicamente un vínculo de naturaleza no laboral, que podrá -como no-, volverse laboral, si finaliza la situación de disponibilidad en la que se encuentra el oficial.

3.2.6.-Asimismo, es pertinente precisar que para la existencia de una relación laboral deben presentarse los tres elementos esenciales de la misma, los mismos que han sido explicados por el Dr. Javier Neves Mujica, en su obra "Introducción al Derecho del Trabajo" de la siguiente manera:

- **Prestación personal**, es decir que quien realice las labores encargadas sea el propio trabajador dado que el objeto del contrato de trabajo, es la específica y única que puede brindar un trabajador determinado, no estando facultado por tanto éste para delegar o encargar su trabajo sin previa autorización del empleador. "Deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni -menos aún- transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 5, que sólo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes. De este modo, la tarea asignada por el empleador la cumple el trabajador solo o con los colaboradores o asistentes que aquél le designe".
- **Subordinación**, donde el trabajador ofrece su actividad al empleador, entregándole a su vez el control de la misma. Esto es que el trabajador depende de las directivas que el empleador disponga para el ejercicio de la labor encomendada. "Así también señalamos que la subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de

locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente”

- **Remuneración**, puesto que todo trabajo realizado debe ser retribuido mediante el pago de una remuneración. “Tanto el contrato de trabajo como los de locación de servicios y de obra, de un lado, y los de agencia, comisión y corretaje, del otro, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena. Esto quiere decir que el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce, a cambio del pago de una retribución. Este es, pues, un elemento esencial en los seis contratos. Así lo precisa el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, respecto del contrato de trabajo, y los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respecto de los de locación de servicios y de obra”.

3.2.7.- Dada la descripción de la situación de disponibilidad hecha por la norma, es claro que no puede existir una relación laboral entre la Institución Armada y el oficial, puesto que éste al encontrarse apartado de la situación de actividad no realiza labor alguna para la Entidad lo que consecuentemente impide que perciba una remuneración; ya que ésta por definición es proporcionada por el empleador por una labor realizada; y mucho menos se encuentre subordinado a ésta mientras el periodo de disponibilidad continúa, por lo que no se configuran los tres elementos esenciales que debe tener una relación laboral.

### 3.3.- Naturaleza y finalidad de la norma

3.3.1.- Asimismo señalamos que en el supuesto negado que el Tribunal considere que si existió un vínculo laboral entre el Sr. Dorrego y la Entidad a pesar de que la naturaleza de su situación de disponibilidad sea contraria a éste vínculo, señalamos que el Tribunal debe analizar la ratio legis del legislador, es decir cual es la razón de existir de la norma

que regula los impedimentos para ser postor y/o contratista, es decir que es lo que el legislador pretendió proteger por lo que analizando la norma citada se entiende perfectamente que con ésta se buscó preservar la transparencia de los procesos de selección impidiendo que un postor que por el cargo que pueda tener en la Entidad contratante use dicho cargo para direccionar el proceso a favor de su empresa.

3.3.2.- De lo señalado resulta correcta la intención del legislador, sin embargo debemos considerar que el ejercicio de la norma dada no puede, con el afán de dotar de seguridad jurídica un supuesto de hecho, generar una situación abusiva o desproporcional limitando sin razón alguna el derecho de cualquier individuo de participar en un proceso de selección, es decir la norma no puede ser interpretada de forma amplia sino de manera restrictiva, puesto que ésta no protege derechos sino por el contrario los restringe por lo que su aplicación debe efectuarse de manera que su finalidad sea cumplida y no se desvirtúe la misma siendo usada como mecanismo para restringir derechos y limitar el derecho a contratar con el Estado a unos cuantos.

3.3.3.- Dicho abuso se configuraría si se pretende entender que la norma citada se refiere al hecho de que un individuo sólo por el hecho de trabajar en la Entidad licitante no pueda participar en los procesos de selección que ésta convoque, esto sin considerar; en el caso concreto; la labor que realice para la Entidad con lo que se podrá identificar plenamente su posición dentro de la misma y determinar con un alto grado de probabilidad si éste puede direccionar el proceso de selección a favor de su empresa.

3.3.4.- Siguiendo lo expuesto señalamos como ejemplo y a manera de ilustración que no será lo mismo pertenecer al área de vigilancia de una Entidad que ocupar un cargo gerencial en la misma, puesto que el nivel de control de los procesos de selección y del

conocimiento de la información de dicha Entidad será diametralmente diferente en ambos casos, por lo que resultaría desproporcional limitar al trabajador de vigilancia participar en un proceso de selección.

3.3.5.- Así tenemos que al momento de aplicar la norma señalada se debe considerar el caso concreto a fin de determinar si la persona que labora en dicha Entidad cuenta con un cargo o desempeña una función que le permita direccionar los procesos de selección y así buscar el beneficio de su empresa, no realizar dicho análisis sentenciaría a todo trabajador a no poder nunca participar en procesos de selección que su Entidad empleadora convoque aunque por su labor no represente peligro alguno para la transparencia e imparcialidad del proceso.

3.3.6.- Siguiendo con lo señalado indicamos que si un trabajador pertenece a una empresa contratista dedicada a un rubro determinado y la Entidad en la cual labora es la única que requiere de dichos bienes o servicios, éste trabajador estaría limitado siempre de contratar lo que conduciría a su empresa a la quiebra, únicamente por aplicársele en sentido amplio una norma creada para ser aplicada en sentido estricto, ya que como señalamos una norma que restrinja derechos no puede interpretarse en tal forma.

#### 3.4.- Inconstitucionalidad de la norma

3.4.1.- Sin perjuicio de lo señalado, debemos indicar que en el supuesto que el Tribunal considere que la ratio legis de la norma es impedir en sentido amplio que cualquier persona que trabaje en una Entidad pueda a la vez ejercer un cargo de representación dentro de un órgano de administración o ser apoderado de una persona jurídica que participe en un proceso de selección, dicha norma resultaría ser inconstitucional dado

que estaría vulnerado el derecho constitucional al trabajo; del Sr. Dorrego; consagrado en el numeral 15 del artículo 2º así como en el artículo 22º de nuestra carta magna.

3.4.2.- Si bien en nuestro ordenamiento jurídico encontramos normas que restringen o limitan derechos, éstas han sido emitidas a fin de preservar y/o tutelar; en el caso concreto; otro derecho de igual jerarquía, es decir una norma únicamente puede limitar o restringir derechos siempre que dichas limitaciones se realicen en forma restrictiva, atendiendo las necesidades de un caso concreto, a fin de tutelar un derecho de la misma jerarquía por lo que dicha aplicación no se realiza de manera general sino particular.

3.4.3.- Así también debemos manifestar que ante la disyuntiva de aplicar una norma o no que pueda vulnerar un derecho constitucional los tribunales cuentan con la prerrogativa de aplicar el llamado **control difuso de la constitucionalidad de la norma**, al caso concreto, dicha ley no pierde su vigencia simplemente no será aplicada al caso particular por considerarse que su aplicación vulneraría un derecho constitucional.

3.4.4.- Dicho esto señalamos que teniendo el tribunal dos normas en conflicto debe escoger que norma no considerar en el caso concreto y aplicar el control difuso. Dicha elección la realiza luego de ponderar los derechos en conflicto protegidos por cada norma, sirviéndose para ello del **test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad** el cual consiste en hacer dicha ponderación sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar la protección de cual de los derechos en conflicto resulte para el caso específico más importante.

3.4.5.- Así mismo precisamos que existe un principio muy ligado a este criterio o mecanismo de solución siendo éste el principio de proporcionalidad. Toda vez que en la

ponderación, es decir, en la búsqueda de saber cuál derecho pesa más, es necesario establecer una relación de proporcionalidad entre los derechos en conflicto. En el mismo sentido, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto, se trata, por lo tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer la primacía a uno u otro.

3.4.6.- Dicha ponderación de derechos no sólo está reservada en el caso de presentarse conflicto entre normas de la misma jerarquía sino también debe aplicarse entre normas de distintas jerarquías como es el caso de una ley y la propia constitución.

3.4.7.- Así tenemos que en el presente caso existe un conflicto entre dos normas, siendo una de ellas la prohibición señalada en el artículo 10º de la LCE que tiene una persona que trabaja en una Entidad que convoca un concurso público de participar en dicho concurso como representante o apoderado de una persona jurídica y por otro lado el derecho al trabajo, derecho consagrado en el numeral 15 del artículo 2º así como en el artículo 22º de nuestra carta magna, por lo que ante un conflicto entre una norma con rango de ley como es la contenida en la LCE y otra contenida en la Constitución Política resulta evidente que la norma a inaplicar será la de menor rango es decir la LCE, conforme a lo establecido en el artículo 51º de la Constitución que señala que la Constitución prevalece sobre cualquier norma con rango de ley, decreto supremo o cualquier otra de inferior jerarquía.

3.4.8- Siguiendo lo expuesto señalamos que el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia Nro. 1124-2001-AA/TC publicado el 11 de setiembre del 2002 ciertos presupuestos que se debe advertir a fin de aplicar válidamente el control difuso, siendo éstas:

- **Que en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.**

Siguiendo lo expuesto en el caso concreto observamos que el proceso constitucional que debe realizarse a la norma señalada tiene por origen la no aplicación de una norma con rango de ley cuya aplicación vulneraría el derecho al trabajo reconocido en la Constitución.

- **Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indisoluble con la resolución del caso.** Supuesto que claramente se presenta pues, a partir de la aplicación de la norma ya señalada se vulneraría o no el derecho constitucional al trabajo.

- **Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución.** Supuesto igualmente presente puesto que la aplicación de la norma de contrataciones vulnera directamente el derecho al trabajo del Sr. Dorrego puesto que éste como representante de TESACOM al momento del proceso convocado por la Marina se desempeñaba como representante de la empresa.

3.4.9.- De igual forma indicamos que conforme a lo establecido en el artículo 51º de la Constitución Política, *“La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las*

*normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)*". En igual sentido el artículo inciso 1.1 del numeral 1 del artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo de la Ley del Procedimiento Administrativo General-Ley 27444, establece que: "*Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas*"

3.4.10.- De lo expuesto resulta claro que no solo el Poder Judicial debe aplicar el control difuso en el caso concreto sino también los Tribunales Administrativos dados que éstos no se encuentran extentos de actuar con respecto a la Constitución Política y por tanto de actuar conforme a ésta evitando aplicar normas que significan un atentado a los derechos consagrados en ella.

### **3.5.- Supuesta presentación de documentación inexacta**

3.5.1.- Así también señalamos que la infracción imputada a mi representada sobre la presentación de documentación inexacta tiene estrecha relación con el supuesto impedimento de ser postor, de acuerdo a lo ya señalado dado que si se mantiene esa abusiva interpretación, la declaración jurada presentada por el Sr. Dorrego donde manifiesta que TESACOM no se encontraba impedida para contratar sería por tanto inexacta, sin embargo como ya manifestamos al no encontrarse éste impedido a contratar con el Estado, la declaración jurada presentada por éste es válida y por tanto no existió infracción a la norma de contrataciones.

**POR LO EXPUESTO SOLICITAMOS:**

**TENGA POR PRESENTADOS LOS DESCARGOS y DISPONGA QUE NO HA LUGAR A LA IMPOSICIÓN DE SANCIÓN EN CONTRA DE MI REPRESENTADA.**

**Primer - Otrosí: Documentos de representación:**

1. Copia del DNI del Sr. Manuel Bachmann Puente Arnao
2. Copia del poder del Sr. Manuel Bachmann Puente Arnao que lo acredita como gerente general de la empresa.

**Segundo – Otrosí: Autorización a letrado:**

Se autoriza al Dr. MARIO ERNESTO LINARES JARA identificado con CAL N° 40709, a la lectura del expediente así como a solicitar y/o recabar copia de los documentos que formen parte del mismo.

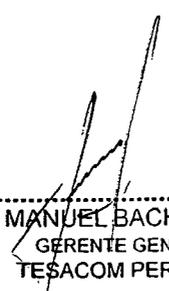
**Tercer - Otrosí: Solicita programación de Audiencia:**

Se solicita el uso de la palabra en audiencia pública para exponer argumentos jurídicos, para lo cual se designa al Dr. MARIO ERNESTO LINARES JARA, identificado con CAL N° 40709

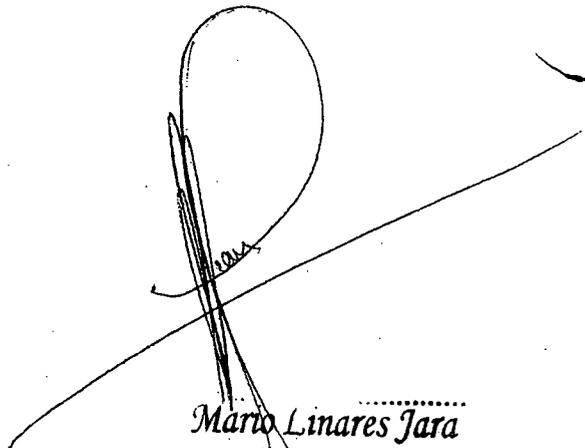
**Cuarto- Otrosí: Nos reservamos a ampliar los fundamentos de nuestros descargos**

TESACOM, se reserva el derecho de ampliar oportunamente los fundamentos de sus descargos.

Lima, 10 de abril del 2013



-----  
MANUEL BACHMANN  
GERENTE GENERAL  
TESACOM PERU SAC



-----  
*Mario Linares Jara*  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 40709



11 MAYO 2010

## *Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado - Marina de Guerra del Perú*

Visto el Oficio V.1000-804 del Director de Telemática de la Marina de fecha 28 de abril del 2010, mediante el cual remite el recurso de apelación interpuesto por la empresa TESAM PERÚ S.A. de fecha 23 de abril del 2010;

### **CONSIDERANDO:**

Que, el Comité Especial Permanente llevó a cabo el proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010-MGP/DIRTEL - Servicio de Telefonía Móvil Satelital para el VRAE, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF de fecha 31 de diciembre del 2008, el cual, luego de la revisión y evaluación técnica y económica de las propuestas presentadas por los postores, en acto público de fecha 19 de abril del 2010, publicado en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - SEACE con fecha 19 de abril, otorgó la Buena Pro a la empresa TESACOM PERU S.A.C.;

Que, la empresa TESAM PERÚ S.A., mediante escrito de fecha 23 de abril del 2010, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro a la empresa TESACOM PERU S.A.C., el cual ha sido presentado dentro del plazo legal y cumpliendo con los requisitos de admisibilidad que dispone el Artículo 109° del Reglamento de la citada Ley;

Que, la empresa TESAM PERÚ S.A. pretende, con su recurso impugnativo, obtener la nulidad del acto de otorgamiento de la buena pro, argumentando que el Comité Especial, al momento de realizar la calificación, no ha considerado el hecho que el representante legal de la empresa a la que se le ha adjudicado la buena pro, es Oficial de la Marina de Guerra del Perú, que no se encuentra en situación de retiro.

Que, mediante Carta V.200-784 de fecha 26 de abril del 2010, el Presidente del Comité Especial Permanente corrió traslado a la empresa TESACOM PERU S.A.C., del recurso de apelación presentado por la empresa TESAM PERÚ S.A., contra el otorgamiento de la Buena Pro, con la finalidad que lo absuelva dentro del plazo de Ley;

Que, mediante Oficio del visto, el Director de Telemática de la Marina remite UN (01) legajo conteniendo los documentos correspondientes al proceso de



selección materia de la presente resolución, el recurso de apelación, así como el Informe Técnico Legal, de fecha 28 de abril del 2010.

Que, mediante Carta C.049-2010 de fecha 04 de mayo del 2010 la empresa TESAM PERÚ S.A. solicita el uso de la palabra, por lo cual con Carta Oficial V.200-011 de fecha 05 de mayo del 2010, el Presidente del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado – Marina de Guerra del Perú, corrió traslado a la empresa TESACOM PERU S.A.C., concediendo el uso de la palabra para el jueves 06 de mayo a 16:00 horas; habiéndose realizado la misma en presencia de los representantes de ambas partes;

Que, mediante Cartas N° 015-2010-GG y S/N de fechas 07 de mayo del 2010, las empresas TESACOM PERU S.A.C. y TESAM PERÚ S.A., respectivamente, amplían lo expresado en sus informes orales.

Que en la presente apelación el punto controvertido es determinar si el Capitán de Fragata (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C tiene impedimento legal para ser postor en el proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010-MGP/DIRTEL – Servicio de Telefonía Móvil Satelital para el VRAE.

Que, en relación al argumento de la apelante sobre la transgresión a los incisos d) e i) del Artículo 10° de la Ley de Contrataciones del Estado, al haberse presentado el Capitán de Fragata (D) Dorrego Arias, como Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C, el Informe Técnico Legal, considera lo siguiente:

- a. El C. de F. Jorge Adrián DORREGO Arias, actualmente se encuentra en situación militar de disponibilidad, conforme la Resolución Ministerial N° 267 de fecha 24 de marzo del 2010.
- b. La Situación de Disponibilidad, es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el Artículo 30° de la Ley N° 28359. Quiere decir, que el personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad.
- c. En relación al principio de primacía de la realidad, que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1944-2002-AA/TC, señala que "C..) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos". Siguiendo este lineamiento jurisprudencial, la realidad de los hechos es que no existen los tres elementos que estarían inmersos en los impedimentos legales de la norma de Contrataciones del Estado, para el C. de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, ya que el mismo se encuentra en una situación transitoria dentro de la institución militar (Situación de Disponibilidad).
- d. Cabe precisar, que literalmente en ninguna parte de los incisos d) e i) del Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del

11 MAYO 2010

Estado, (base legal en que ampara su pretensión el impugnante), se adecua el hecho que el representante de la empresa TESACOM PERU S.A.C., tenga que esperar el plazo legal de 12 meses, entre la fecha de cese y la convocatoria, para presentarse un proceso de selección, por lo que, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe, establecido en el párrafo a) del inciso 24) del Artículo 2° de la Constitución Política del Estado.

- e. Además, el cronograma del presente proceso de selección, tuvo programado como acto de presentación de propuestas para el día de 15 abril del 2010, fecha en que si el C. de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias se encontraba en Situación de Actividad, si habría incumplido lo estipulado en el inciso d) e i) del Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado; pero no se ha transgredido dicha norma, porque la Resolución que otorga su Situación de Disponibilidad, es con fecha 24 de marzo del 2010, anterior a dicha fecha, encontrándose fuera del alcance legal de la citada norma.

Que, en relación a la CP-001-2008-MGPDIRTEL y AMC-124-2008-MGP/DIHIDRONAV, dicho Informe considera que vencidos los plazos legales para impugnar, los actos administrativos quedaron firmes, debido a que nadie hizo uso de tal derecho, por lo que no procede pronunciamiento alguno al respecto.

Que, asimismo refiere que el C. de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, pasa a la situación de disponibilidad con fecha 24 de marzo del 2010, y el acto de presentación de propuestas del proceso de selección ADS-009-2010-MGP/DIRTEL, estaba programado para el día 15 de abril del 2010, por lo que, no se encuentra inmerso en los alcances del inciso d) e i) del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, sustento legal en que ampara su pretensión la empresa impugnante.

Que, en adición a lo referido en el Informe Técnico Legal de fecha 28 de abril del 2010, cabe mencionar el Artículo 22° de la Ley N° 28359 - Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, establece que las situaciones en las que puede estar comprendido el personal de las Fuerzas Armadas son: de Actividad, Disponibilidad, Retiro y Reserva; asimismo, el Artículo 14° de la citada Ley prescribe 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 existiendo empleo honorífico alguno, ni ejercicio del mismo por delegación. En adición, señala que el Oficial en situación de actividad tiene derecho a la asignación de empleo.

Que, al Capitán de Fragata (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, Oficial de la Marina en situación militar de disponibilidad, no le corresponde legalmente la



designación de empleo, y por tanto no puede ser considerado como funcionario o servidor público.

Que, el Artículo 2º, en concordancia con el Artículo 1º, de la Ley N° 27588 establece los impedimentos a los que están sujetos, entre otros, los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones.

Que, en relación a lo referido en el considerando precedente, el C. de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, no encuadra en lo establecido en la norma legal, por tanto, no se le puede aplicar dichos impedimentos.

Que, el Artículo IV del Título Preliminar del Código Civil, dispone que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía, por lo que los impedimentos establecidos en el Artículo 10º de la Ley de Contrataciones del Estado no puede ser aplicado para el caso del C. de F. (D) Jorge Adrian DORREGO Arias.

Que, en este orden de ideas, ninguno de los impedimentos para ser postor y/o contratista, establecidos en el Artículo 10º de la Ley de Contrataciones del Estado, sería aplicable para el Gerente General de la empresa TESACOM PERU S.A.C., por tanto, en concordancia con lo establecido en el Informe Técnico Legal de fecha 28 de abril del 2010, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa TESAM PERÚ S.A. y disponer se ejecute la garantía presentada por el Impugnante como recaudo al recurso de apelación de conformidad con el segundo párrafo inciso 1) del Artículo 114º y el Artículo 125º del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF del 31 de diciembre del 2008, modificado por Decreto Supremo N° 021-2009-EF del 31 de enero del 2009;

Que, en cuanto a los procesos de selección CP-001-2008-MGP/DIRTEL y AMC-124-2008-MGP/DIHIDRONAV, en los cuales el C. de F. (D) Jorge Adrian DORREGO Arias habría actuado como Gerente General de una empresa, cuando aun se encontraba en situación militar de actividad; corresponde realizar la evaluación posterior pertinente a fin de determinar si tales hechos ameritan ser puestos en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, de conformidad con lo establecido en el Artículo 240º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Que, el Artículo 114º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regula la estructura de la Resolución de la Entidad, en concordancia con el inciso (5) del Artículo 113º mediante el cual establece que la Entidad resolverá el recurso y notificará su decisión a través del SEACE, en un plazo no mayor de DOCE (12) días hábiles, contados desde la presentación del recurso o desde la subsanación de las omisiones y/o defectos advertidos en la presentación del mismo;

RESOLUCIÓN DEL COMITÉ DE  
APELACIONES DE CONTRATACIONES -  
MARINA DE GUERRA DEL PERÚ

R/CAC. N° ..... 0005 - 2010 ..... - MGP

FOLIO ..... 013 .....

11 MAYO 2010

Que, mediante Resolución de la Comandancia General de la Marina N° 0820-2009-CGMG de fecha 13 de octubre del 2009, se resuelve constituir el Comité de Apelaciones de Contrataciones - Marina de Guerra del Perú, el cual cuenta con la facultad de resolver los recursos de apelación cuyo valor referencial del proceso no supere las SEISCIENTAS (600) Unidades Impositivas Tributarias (U.I.T.), conforme al Artículo 53° de la Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 113° del Reglamento de la citada Ley, habiendo sido nombrado el Comité de Apelaciones mediante Orden Interna N° 040 (TRANSITORIA) del Secretario del Comandante General de la Marina de fecha 08 de enero del 2010;

Estando a lo dispuesto en el Artículo 53° de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con el Artículo 113° del Reglamento de la citada Ley;

**SE RESUELVE:**

- 1.- ~~Declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa TESAM PERU S.A., contra el otorgamiento de la Buena Pro, correspondiente al proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva ADS 009-2010-MGP/DIRTEL, convocado para la Contratación de Servicio de Telefonía Móvil Satelital para el VRAE, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.~~
- 2.- Confirmar la decisión del Comité Especial Permanente de otorgar la Buena Pro del proceso de selección mencionado en el Artículo precedente, a favor del postor TESACOM PERU S.A.C., de acuerdo a los considerandos expuestos.
- 3.- Encargar al Director de Economía de la Marina realice las acciones necesarias a fin de ejecutar la Carta Fianza N° 0011-0486-9800013322-87 de fecha 23 de abril del 2010 presentada por la Empresa TESAM PERU S.A., en su escrito de apelación.
- 4.- Encargar que los Jefes de la Sub-Unidad Ejecutora N° 12 - Telemática y Sub-Unidad Ejecutora N° 09 - Hidrografía y Navegación, dispongan se evalúe los procesos de selección CP-001-2008-MGP/DIRTEL y AMC-124-2008-MGP/DIHIDRONAV, respectivamente, a fin de determinar la existencia de hechos que pudieran dar lugar a la imposición de las sanciones de inhabilitación y sanciones económicas; y de ser el caso poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado tales hechos.
- 5.- Encargar al Presidente del Comité Especial Permanente del proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010-MGP/DIRTEL - Servicio de Telefonía Móvil Satelital para el VRAE, disponga la publicación de la



ESTADO Nº 1333

presente Resolución en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE).

6.- Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese como Documento Oficial Público (D.O.P.).

Javier SANCHEZ Chávez  
Capitán de Navío  
Jefe de la Segunda Sección de la Secretaría  
de la Comandancia General de la Marina

Pedro ZEVALLOS Cassio  
Capitán de Navío  
Jefe de Asuntos Especiales de la Secretaría  
de la Comandancia General de la Marina

Silvio ALVA Vilamón  
Capitán de Navío  
Sub-Secretario del Comandante  
General de la Marina

Copia Jef. Est. May. Gral. Mar.  
Insp. Gral. Mar.  
Dir. Hidr. Nav.  
Dir. Telem. Mar.



Expediente: N° 00497-2012-TC

Escrito: N° 4

Sumilla: Alegatos Finales

**SEÑORA PRESIDENTA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**

**TESACOM PERU S.A.C**, con RUC N° 20511794987, con domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 4075, Miraflores, Lima y correo electrónico: [jvalderrama@tesacom.net](mailto:jvalderrama@tesacom.net), debidamente representado por Jorge Eugenio Valderrama Bielich, identificado con DNI N° 07778963, según poder que se adjunta, en el procedimiento administrativo sancionador seguido ante la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, señalo que:

En atención al estado del procedimiento sancionador presentamos nuestros alegatos finales en los que complementaremos nuestra posición respecto a la irresponsabilidad de mi representada en la comisión de las infracciones imputadas, alegatos que solicitamos sean tomados en cuenta por la Primera Sala.

El Tribunal de Contrataciones del Estado resuelve iniciar procedimiento administrativo sancionador a mi representada a partir de la denuncia interpuesta por la empresa competidora TESAM luego de la buena pro que nos fue otorgada en la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL-Tercera Convocatoria (derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL) efectuada por el MINISTERIO DE DEFENSA-MARINA DE GUERRA DEL PERÚ-DIRECCIÓN DE TELEMÁTICA, para la contratación de bienes, implementación del Puesto de Comando y Control del Comando Operacional Marítimo por supuestamente haber infringido la normativa de contrataciones a partir de la presencia del Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias miembro de la Marina de Guerra en situación de disponibilidad desde antes de llevarse a cabo el concurso público convocado por dicha Entidad; como representante TESACOM.

La comisión de las infracciones imputadas a mi representada se deberían a la supuesta responsabilidad de ésta al haber contratado con el Estado encontrándose impedida para ello (inciso d del numeral 51.1-Infracciones contenido en el artículo 51° de la LCE), por haber presentado documentación inexacta como parte de la propuesta técnica (inciso i del artículo señalado) así como por infringir el literal i) del artículo 10° de la LCE, respecto a los impedimentos para ser postor y/o contratista por supuestamente contar con un representante legal que a su vez era funcionario y/o servidor público de la Entidad contratante.

Siguiendo lo expuesto y dado que la comisión de las infracciones, ya señaladas, imputadas a mi representada surgen a partir del supuesto que el Sr. Dorrego era miembro de la Marina y por tanto funcionario y/o servidor público mientras ocupada el cargo de representante de TESACOM, durante la convocatoria realizada por dicha Entidad es necesario dilucidar la real situación del Sr. Dorrego.

## **SITUACIÓN DE DISPONIBILIDAD:**

De acuerdo a lo señalado el inciso i) del artículo 10º de la LCE –impedimentos para ser postor y/o contratista indica que:

*“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”.*

Dicho inciso se refiere a lo regulado en el inciso d) del mismo artículo que señala:

*“**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. (negrita y subrayado son nuestros).*

De la lectura de ambos incisos resulta claro que la norma señala que entre los impedimentos para ser postor y/o contratista se encuentran los integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de una persona jurídica que a su vez pertenezca a una Entidad sea como titular, director, gerente, trabajador, funcionario, empleado de confianza y/o servidor público.

Siendo así y de la lectura de los incisos señalados se puede apreciar que el elemento a partir del cual se configuraría el supuesto de infracción es en el caso que un miembro en cualquiera de las modalidades señaladas de la persona jurídica **pertenezca** a una Entidad en alguno de los cargos y/o funciones descritas.

Dicho esto, tenemos que siendo que dicho supuesto de infracción gira en torno a la pertenencia de un representante de persona jurídica a una Entidad corresponde demostrar que el Sr. Dorrego Arias no pertenecía a la Entidad contratante-Marina de Guerra del Perú desde antes de convocarse la Adjudicación de Menor Cuantía, razón por la cual no existe infracción a la norma de contrataciones.

La Marina de Guerra del Perú mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo del 2012 resuelve pasar a la Situación Militar de Disponibilidad al Sr. Dorrego Arias por un periodo de dos (02) años, dicha situación empleada en las fuerzas armadas de acuerdo a la normativa especial aplicada para éstos, señala en sus artículos 30º y 31º -Ley N° 28359 lo siguiente:

***Situación de Disponibilidad: “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 36º y 37º de la presente Ley. Artículo 31º.- Causales El Oficial pasa a la situación de disponibilidad por cualquiera de las siguientes causales: A) Enfermedad o lesión grave. B) Medida disciplinaria. C) Sentencia Judicial. D) **A su solicitud (negrita es nuestra)*****



Siendo así corresponde señalar lo indicado por la propia Entidad en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de fecha 11 de mayo del 2010:

*"La Situación de Disponibilidad, es la situación transitoria en la que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el artículo 30º de la Ley Nº 28359. Quiere decir, que el personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad."*

Es decir, la propia Entidad, como institución armada regulada por la Ley Nº 28539 y por tanto conocedora de su aplicación y naturaleza, ha señalado claramente el alcance de la situación de disponibilidad.

Así entonces tenemos que si la norma exige una situación de pertenencia para la configuración del supuesto de infracción, éste no se ha configurado puesto que la situación de disponibilidad, como ya se la señalado, supone que quien se encuentra en esta situación no mantiene relación con la Entidad, en este caso la Marina de Guerra, que resolvió pasar al trabajador a dicha situación.

Si bien es cierto dicha situación tiene carácter de transitoria puesto que quien se encuentra en dicha situación podría volver a trabajar para la Entidad, no menos cierto es que también podría darse el caso contrario en el cual, luego de transcurrido el periodo de dos años señalado en la Resolución Ministerial éste podría optar por no continuar en la institución armada o la propia Entidad decidir su pase al retiro. Es decir, no existe una garantía de que la situación de pertenencia, existente en la situación de actividad, volverá a configurarse.

En adición a lo señalado, manifestamos que debido al carácter transitorio de la situación de disponibilidad pueden presentarse dos escenarios posibles y excluyentes de acuerdo a lo manifestado en el párrafo precedente lo que lógicamente significaría de presentarse cualquier de ellos, que el trabajador en situación de disponibilidad no pertenece a la Entidad y por tanto no mantiene vínculo laboral con ella, puesto que si aún perteneciera a ésta no existiera la posibilidad de volver a pertenecer, dado que el retorno a alguna situación o lugar implica evidentemente el no encontrarse en el momento del retorno en ésta. Y como de acuerdo a la propia norma de contrataciones la pertenencia a la Entidad se encuentra estrechamente vinculada al vínculo laboral existente, podemos concluir que si el Sr. Dorrego, acabada su situación de disponibilidad tiene la posibilidad de retornar a la Marina de Guerra y así volver a tener un vínculo laboral, es debido al hecho que mientras se encontraba en situación de disponibilidad no mantenía vínculo laboral con dicha Entidad, vínculo existente en la situación de actividad, la cual resulta opuesta a la anteriormente señalada.

Asimismo señalamos que el vínculo laboral, existente entre la Entidad y el trabajador, conforme a lo señalado en el inciso d) del artículo 10º de la LCE no continúa, puesto que de ser así el trabajador debería cumplir con, por lo menos, los tres elementos esenciales presentes en cualquier vínculo laboral, los mismos que han sido

explicados por el Dr. Javier Neves Mujica, en su obra "Introducción al Derecho del Trabajo" de la siguiente manera:

**Prestación personal**, es decir que quien realice las labores encargadas sea el propio trabajador dado que el objeto del contrato de trabajo, es la específica y única que puede brindar un trabajador determinado, no estando facultado por tanto éste para delegar o encargar su trabajo sin previa autorización del empleador. Deriva, además, que esa persona concreta debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni -menos aún- transferirla en todo o en parte a un tercero. Así lo establece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 5, que sólo admite por excepción, reservada a ciertos supuestos, la colaboración de familiares directos dependientes. De este modo, la tarea asignada por el empleador la cumple el trabajador solo o con los colaboradores o asistentes que aquél le designe".

**Subordinación**, donde el trabajador ofrece su actividad al empleador, entregándole a su vez el control de la misma. Esto es que el trabajador depende de las directivas que el empleador disponga para el ejercicio de la labor encomendada. "Así también señalamos que la subordinación es un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción, de un lado, y dirección, del otro, son los dos aspectos centrales del concepto. La subordinación es propia del contrato de trabajo (artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ya que en las prestaciones de servicios reguladas por el Derecho Civil o Mercantil, existe autonomía (en los contratos de locación de servicios y de obra, según los artículos 1764 y 1771 del Código Civil, respectivamente"

**Remuneración**, puesto que todo trabajo realizado debe ser retribuido mediante el pago de una remuneración. "Tanto el contrato de trabajo como los de locación de servicios y de obra, de un lado, y los de agencia, comisión y corretaje, del otro, se ocupan de trabajos productivos por cuenta ajena. Esto quiere decir que el deudor ofrece su trabajo a un tercero, quien es el titular de lo que éste produce, a cambio del pago de una retribución. Este es, pues, un elemento esencial en los seis contratos. Así lo precisa el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, respecto del contrato de trabajo, y los artículos 1764º y 1771º del Código Civil, respecto de los de locación de servicios y de obra".

Siguiendo lo expuesto, manifestamos que la propia norma de contrataciones, tal y como se demuestra en el inciso d) del artículo 10º de la LCE, considera la **pertenencia** a una Entidad a partir de la relación laboral que se mantenga con ella, puesto que en dicho inciso se indica expresamente las condiciones que la persona natural debe contar para pertenecer a una Entidad, siendo estas el ser: titular, director, gerente, trabajador, funcionario, empleado de confianza y/o servidor público, condiciones que por su naturaleza serían imposibles de presentarse sin la existencia de una relación laboral.



Siendo así podemos concluir que el Sr. Dorrego por encontrarse en situación de disponibilidad, aunque dicha situación fuera como se ha señalado transitoria, no pertenecía a la Marina de Guerra, toda vez que no existía prestación personal alguna, por tanto no recibía remuneración ni mucho menos se encontraba subordinado, dado que no tenía empleador al no mantener con dicha institución vínculo laboral.

### **ERROR EXCUSABLE DE INTERPRETACIÓN:**

Sin perjuicio de lo señalado, debemos manifestar que es evidente la falta de claridad en la Ley N° 28359- Ley de Situación Militar de los oficiales de las Fuerzas Armadas, respecto a la naturaleza de la situación de disponibilidad, puesto que indica que dicha situación transitoria implica que el oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, es decir apartado de la situación que se caracteriza precisamente por la existencia de un vínculo laboral, pero que ante su falta de claridad caben distintas interpretaciones.

De acuerdo a la interpretación que siempre han realizado las Fuerzas Armadas los oficiales que se encuentren en la situación descrita no perciben remuneración de su institución dado que no prestan servicio alguno no existiendo por ende subordinación durante todo el tiempo que dure la situación de disponibilidad, razón por la cual durante el tiempo que dure la situación de disponibilidad los oficiales se encuentran alejados de la institución armada sin recibir orden alguna.

Es a partir de ello, que muchos oficiales a sabiendas de las condiciones de la situación de disponibilidad dispuestas por la fuerza armada a la que pertenecen, solicitan el pase a dicha situación para atender temas personales y/o incluso desarrollarse laboralmente en un área distinta a la militar.

Siendo entonces que en la práctica, más allá de la falta de claridad que puede existir en la norma, los oficiales en la situación señalada no mantienen vínculo laboral con la entidad castrense, razón por la cual el Sr. Dorrego, luego de recibir la Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP, la cual resolvía su pase a la situación de disponibilidad, se encontraba habilitado para, de así considerarlo, contratar con la Marina de Guerra en calidad de representante de una persona jurídica.

Ahora bien, como se puede apreciar, el error no solo puede originarse a partir de la interpretación de una norma confusa y poco clara por parte del administrado, sino también de la propia Administración quien a partir de la interpretación realizada emite un acto administrativo.

Dicha interpretación a la luz de los hechos, también la tiene la propia Marina de Guerra del Perú en calidad de Administración, la cual en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado, señala claramente en el inciso b) de la página de dos que:

“La Situación de Disponibilidad, es la situación transitoria e que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el artículo 30º de la Ley N° 28359. **Quiere decir, que el**

personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad".  
(subrayado y negrita son nuestros)

Asimismo en el documento señalado, la Entidad indica en el cuarto párrafo de la tercera página:

"Que, asimismo refiere que el C.de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, pasa a la situación de disponibilidad con fecha 24 de marzo del 2010, y el acto de presentación de propuestas del proceso de selección ADS-009-2010-MGP/DIRTEL, estaba programado para el día 15 de abril del 2010, por lo que, no se encuentra inmerso en los alcances del inciso d) e i) del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 1017. Ley de Contrataciones del Estado, sustento legal en que ampara su pretensión la empresa impugnante":

Siguiendo lo expuesto es claro que partiendo del supuesto que la interpretación efectuada por el administrado y por la Administración- Marina de Guerra no haya sido la -correcta nos encontraríamos ante un **ERROR EXCUSABLE DE INTERPRETACIÓN**, toda vez el error en la interpretación no solo pudo haber sido cometido por mi representada sino también, como hemos señalado por la Entidad contratante.

Siendo así entonces y a partir de la postura de la Entidad, los administrados nos encontraríamos frente a un error ocasionado por la propia Marina de Guerra, quien al ser la institución contratante debió señalar la correcta interpretación de la norma y no inducir a error; así sea involuntariamente como entendemos pudo haber sucedido; a los administrados, los cuales deben considerar que los actos emanados por la Entidad a la cual recurren, son veraces, eficaces y conforme a ley.

El error excusable de interpretación no es otra cosa que el error cometido en la interpretación que siendo que no pudo ser advertido es excusable y por tanto no sujeto a sanción. Es decir que en tanto la norma no es precisa respecto a la naturaleza de la situación de disponibilidad puesto que de acuerdo a la definición del mismo contenida en la Ley Nº 28359 puede deducirse que no existe relación laboral.

Dicha postura, perfectamente válida, que puede tomar el administrado ha sido compartida por la propia entidad encargada de otorgar al oficial de su institución tal situación, con lo que el error cometido resultaría aún más dificultoso de ser percatado.

Al respecto Alejandro Nieto<sup>1</sup> ha señalado:

"Es el caso de normas reglamentarias confusas que dan lugar a interpretaciones incorrectas (...), en el que podían caber dudas

<sup>1</sup> NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A), Quinta Edición. Madrid. 2012. p.p: 361-364

fundadas sobre la cuestión (...) la jurisprudencia nos ofrece abundantes testimonios suficientes de exoneración de culpabilidad por causa de error de prohibición, que opera no sólo en supuestos de ignorancia absoluta (desconocimiento de norma), sino también en el grado más atenuado de error excusable de interpretación”

Según la doctrina recibida, el error invencible es causa de exoneración (salvo que se trate de responsabilidad objetiva) mientras que el evitable elimina el dolo y, por ende, arrastra la absolucón en las infracciones de dolo exigible y en las culposas convierte la culpa en leve o en imprudencia simple y gradúa la sanción”

“El error es inevitable cuando el autor no consigue percibir la ilicitud de su actuación a pesar de haber empleado su atención de acuerdo con las circunstancias del caso, de su personalidad y de su círculo vital y profesional”

“Forzoso es reconocer entonces que éste es un problema sin solución teórica, o sea, una de las muchas aporías que aparecen en la vía de Derecho. Porque si se admite la ignorancia de la ley como causa de exoneración, sobra buena parte del Derecho Administrativo Sancionador; y si se niega por completo, se incurre en injusticias materiales manifiestas. Así las cosas, hay que recordar que la verdadera solución no se encuentra en a teoría general sino en la prudencia práctica del juez que es quien corresponde decidir a la vista de las circunstancias del caso concreto y solo para el caso concreto, sobre la fuerza exonerante de la ignorancia de la ley”.

De lo señalado por el autor citado es claro que existe un error excusable de interpretación basado en un error invencible que pudo haber cometido mi representada al interpretar la norma de manera incorrecta, pero cuyo error no pudo ser ni previsto ni corregido puesto que la propia Marina de Guerra ha venido interpretando en el mismo sentido la norma y con ello imposibilitado a TESACOM de corregir dicho error, razón por la cual a efectos de sanción el juez debe considerar la circunstancia en concreto valorizando así el proceder del administrado y de la Administración.

En igual sentido, señalamos que si bien en caso de interpretaciones cabe la posibilidad de mantener la duda razonable, esta tiene que ser superada de alguna forma, y que mejor forma que mediante la emisión del parecer de la propia entidad que dispuso el pase a situación de disponibilidad del Sr. Dorrego, y que por tanto aplica permanentemente la Ley N° 28359 toda vez que por ser una institución armada, el disponer el pase de oficiales a dicha situación es parte de sus labores habituales.



Así también Gómez Tomillo y Sanz Rubiales<sup>2</sup> señalan que:

“Se puede citar como hipótesis imaginable de error invencible de prohibición en el ámbito del Derecho administrativo sancionador los supuestos en los que el infractor obre de tal manera como consecuencia del deficiente asesoramiento proporcionado por la misma Administración. Cabe la posibilidad de que sea la propia Administración la que determine el error de los particulares en la medida que nuestro ordenamiento jurídico reconoce (...)”

Los autores también manifiestan que:

“(...) la presunción de inocencia no desvirtuada por la Administración, está avalada por una prueba de la inocencia, en el sentido de la falta de culpa, pues la buena fe de la parte está acreditada, al haber sido inducida a realizar la conducta por la que ha sido sancionada por un informe erróneo de la propia Administración, según se dejó sentado (...)”

Además indican los autores que:

“Se puede citar los supuestos en los que por cualquier tipo de actuación positiva administrativa que genere confianza en la impunidad de la conducta (...), en el conflicto que se suscita entre la legalidad de la actuación administrativa y la seguridad jurídica derivada de la misma, tiene primacía esta última por aplicación de un principio, que aunque no extraño a los que informan nuestro ordenamiento jurídico, ya ha sido recogido implícitamente por esta sala, que ahora enjuicia, en su sentencia de 28 de febrero de 1990, y cuyo principio si bien fue acuñado en el Ordenamiento Jurídico de la República Federal de Alemania, ha sido asumido por la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de las que forma parte España, y que consiste en el principio de protección de la confianza legítima que ha de ser aplicado, no tan solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino más bien cuando se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego-intereses individual o interés general-, la revocación o dejación sin efecto del acto, hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos prejuicios que no tiene porque soportar...”  
Sería absurdo sancionar una conducta que la propia Administración sancionadora aconsejaba, y así lo viene a reconocer implícitamente la

---

<sup>2</sup> GOMEZ TOMILLO, Manuel-SANZ RUBIALES, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General: Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo. Editorial Aranzadi, S.A, Segunda Edición, Pamplona, 2010 p p: 501-505

propia resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia". (...) "No se trata de un problema de jerarquía normativa, al que pretende relegarlo la sentencia recurrida, para dar preferencia a la norma de superior rango-artículo 53 LMV-sobre la inferior-Circular 6/189-. Se trata de una cuestión de culpabilidad, que exige para su apreciación que el sujeto infractor tenga conciencia clara de la conducta que se considera reprobable"

De acuerdo con los autores al existir en la Administración signos externos que permitan inducir razonablemente al administrado de la legalidad de la actuación administrativa, se configurará el principio de la confianza legítima, puesto que el administrado confía o dicho de otra manera, no tiene porque no confiar en la legalidad de lo expresado por la administración más aún si esto fue expresado mediante un acto administrativo, razón por la cual no tendrá porque padecer las consecuencias del error que pueda haber cometido la Administración en dichas actuaciones.

El principio de confianza legítima, principio presente en la relación del administrado con la Administración derivado del principio de la buena fe, supone un actuación de las autoridades acorde con los principios que guían la función administrativa, por lo que se puede señalar que la actuación de la autoridad pública es contraria a la buena fe cuando no se ajusta a los exámenes de objetividad y razonabilidad; cuando resulta ser contradictoria; cuando no se tenga en cuenta la situación concreta de la persona concernida; cuando la decisión no se adopte en el momento oportuno; cuando su respuesta no es proporcional; cuando la entidad estatal niega sus propios actos a pesar de que el destinatario de los mismos está obligado por ley a presumir su legitimidad y legalidad; cuando se presentan dilaciones injustificadas; cuando no se adopten los medios adecuados o idóneos para restablecer un derecho o cuando se abusa del poder.

Los principios generales del derecho contienen un valor relevante en el derecho, pues han precedido su formación y constituyen la vía para introducir las exigencias de la justicia en las relaciones entre la Administración y los administrados.

Si el principio de buena fe es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando actúan las autoridades públicas, bien sea en el cumplimiento de sus deberes como en sus obligaciones, toda vez que el Estado y quienes lo representan deben sujetar su actividad al objetivo de realizar el bien común, sobre la base las previsiones trazadas por el legislador.

Al respecto, ESCOLA, ha expresado en torno a la confianza legítima que:

*No resultaría extraño que en la vida cotidiana, en ciertas ocasiones las autoridades propicien o autoricen el surgimiento o la continuidad de determinadas situaciones particulares al margen del ordenamiento jurídico, o que asuman respecto de ellas una actitud permisiva, resignada o complaciente, contribuyendo con ello a que tales situaciones se prolonguen indefinidamente, lo que genera en los administrados la más férrea y honesta convicción de que ese estado de cosas no será objeto de modificaciones ni*

*perturbaciones. El Estado, aun conociendo la irregularidad que las envuelve, se abstiene de adoptar decisiones encaminadas a retrotraer las cosas a su estado anterior o a reconducirlas por los causes de la legalidad, abandonando de manera negligente el cumplimiento de sus deberes funcionales. Como consecuencia de todo ello, las expectativas legítimas que pudieren surgir a partir de la permisividad del Estado no pueden ser ignoradas en forma arbitraria y sorpresiva por las autoridades (el subrayado es nuestro).*

Dicho esto por el autor, señalamos que la Entidad viene aplicando la misma interpretación respecto a la situación de disponibilidad, con lo que aunque esta sea errada la reiteración de su conducta ha logrado una lógica confianza en el administrado, quien no se encuentra, ni tiene porque, suponer que la interpretación realizada por la Entidad ha sido errada y por el contrario deberá esperar que en los futuros casos que se presenten actúe de la misma manera.

Así también señalamos que el fundamento del principio de confianza legítima que exige que las autoridades y la Administración sean fieles a sus propios actos o 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. Los administrados tienen el derecho a prever y ordenar a futuro su trayectoria vital. Que el Derecho garantice un mínimo de estabilidad sobre la cual construir un proyecto personal o profesional sin que los cambios intempestivos, y sin fundamento legal alguno, supongan trastornos en las relaciones jurídicas ya entabladas, ni cambios en las expectativas jurídicas creadas.

El principio de protección de la confianza legítima no es otra cosa que la irrevocabilidad de las situaciones subjetivas consentidas y admitidas por la Administración. Así también es una técnica de protección de las situaciones consolidadas, una salvaguarda de los derechos frente a la Administración; una garantía del ciudadano que ha realizado su actuación conforme legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración ponderando los precedentes, la legalidad aplicable, y las situaciones ya consolidadas.

De lo señalado resulta claro que el principio de protección de la confianza legítima debe ser aplicado no solo cuando se produzca cualquier tipo de convicción psicológica en el particular beneficiado, sino también cuando éste se basa en signos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes para que le induzcan razonablemente a confiar en la legalidad de la actuación administrativa, unido a que, dada la ponderación de los intereses en juego –interés individual e interés general–, la revocación o dejación sin efecto del acto hace crecer en el patrimonio del beneficiado que confió razonablemente en dicha situación administrativa, unos perjuicios que no tiene por qué soportar.



Siguiendo el hilo de lo expuesto resulta evidente que a fin de determinar si se vulnera o no el principio de la confianza legítima a partir de las actuaciones de la Administración, debemos considerar que:

- No es suficiente que la Administración realice insinuaciones o promesas, sino que ofrezca seguridades específicas respecto de la regularidad de la conducta que se quiere consolidar.
- Las esperanzas en una decisión deben ser debidamente fundadas.
- La posición que se espera adquirir debe ser legal, no contraria a derecho.

Así también manifestamos que mi representada actuó en todo momento de buena fe, como a continuación precisamos:

**Primero.-** El Sr. Dorrego como representante de TESACOM no solicitó su pase a situación de disponibilidad con la finalidad de aprovechar el vínculo laboral que tenía en ese momento con la Marina de Guerra fundando una empresa, puesto que la misma existe desde el 15 de setiembre del 2005, es decir cinco años antes del pase a situación de disponibilidad.

**Segundo.-** La Resolución Ministerial que dispone el pase del señalado a dicha situación es de fecha 24 de marzo del 2012, a partir del Oficio P. 200-406 del Director General del Personal de la Marina de fecha 15 de febrero que comunica el pedido del Sr. Dorrego y la convocatoria a la adjudicación de menor cuantía recién es publicada en el SEACE el 6 de octubre, es decir largo tiempo después de su pase a la situación señalada.

**Tercero.-** TESACOM, es una empresa dedicada a la importación, venta y comercialización de equipos electrónicos y eléctricos, que ha participado en diversos procesos de selección con entidades distintas a la Marina de Guerra, obteniendo las respectivas adjudicaciones, no cabiendo por tanto el supuesto negado que fue conformada solo para trabajar con la Marina de Guerra o que el éxito de la empresa se deba a licitaciones ganadas convocadas por dicha Entidad, para muestra de ellos señalamos los siguientes procesos de selección donde de adjudicó la buena pro a TESACOM:

- ADS-0020-2010-ELECTROPERU
- AMC-0030-2012-PERUPETRO
- ADS-001-2010-RENIEC
- ADP 004-2010-FAP/SECOM
- ADS 004-2010-FAP/SECOM

- ADS 006-2010-FAP/SECOM
- CP 003-2009-DIRECFIN/PNP
- CP 0013-2008-SUNAT/2G3100

Asimismo debemos manifestar la relevancia de la seguridad jurídica en las actuaciones entre el administrado y la Administración, siendo esta la seguridad de lo que se conoce o puede conocerse, lo previsto como prohibido así como lo permitido y lo exigido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «*certeza del derecho*» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

El Tribunal Constitucional ha señalado respecto a la seguridad jurídica como principio constitucional en su sentencia del Expediente N° 0016-2012:

*“La seguridad jurídica como principio constitucional*

*En primer término, y dado que a diferencia de otras constituciones comparadas, nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional, es menester que este Tribunal determine si el principio aludido es uno de rango constitucional, y, por ende, si es susceptible de alegarse como afectado a efectos de determinarse la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o parte de ésta.*

*El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predecible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal.*



Así pues, como se ha dicho, la seguridad jurídica es un principio que transita todo el ordenamiento, incluyendo, desde luego, a la Norma Fundamental que lo preside. Su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación").

En la señalada sentencia el Tribunal reconoce primero el principio de la seguridad jurídica como constitucional y luego señalan que este supone la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del derecho.

Así también la Sentencia del Tribunal Constitucional EXP 001-2001 TC, señala que:

Dirimiendo el Conflicto de Competencia interpuesto por la Municipalidad Distrital de San Pedro de Lurín contra la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac, y dispone: 1) que, de conformidad con el artículo 186º, inciso 7), de la Constitución Política de 1979 y el artículo 102º, inciso 7), de la vigente Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar dicha demarcación. En consecuencia, las municipalidades provinciales y distritales carecen de competencia para aprobar o modificar la demarcación territorial; 2) que se declare nulo el Acuerdo de Concejo N.º 011-2000-MDSSP/C, emitido por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac; 3) que no es posible anular cada uno de los actos administrativos dictados por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac sustentados en el citado Acuerdo de Concejo, dado que se trata de un conjunto de actos administrativos cuya nulidad podría afectar legítimos derechos de terceros, generados por el principio de la buena fe de los mismos; 4) que, a partir de la fecha de notificada la presente sentencia, la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac se abstenga de ejercer competencia amparada en el Acuerdo de Concejo N.º 011-2000-MDSSP/C y en los actos administrativos que de él deriven. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial *El Peruano*.

En la sentencia señalada el Tribunal determinó que pese a constatar la existencia de actos irregulares que contravienen la legalidad, sentenció meditando que no es

posible anular cada uno de los actos administrativos cuya nulidad podría afectar el derecho de terceros.

A manera de conclusión señalamos que mi representada actuó en cumplimiento de la Ley de Contrataciones así como de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, interpretando la segunda de acuerdo al mismo criterio empleado siempre por la Marina de Guerra, por lo que en caso dicha interpretación sea errada y por ende contraria a la ratio legis de la misma, se habría cometido un error excusable de interpretación toda vez que la propia Administración a través de sus actos confirmó tener la misma interpretación creando de esta manera una legítima confianza y por ende no solo resultó imposible conocerse el error sino que resultaría injusto padecer las consecuencias de un error cometido por la Entidad contratante.

Por último, el mismo Tribunal del OSCE con ocasión de la Resolución N° 384-2012-TC-S2 emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido con la Comercializadora JHS E.I.R.L ha señalado tomando en cuenta además de la carencia de culpa del particular, también:

"(...) En esta línea, el Principio de Culpabilidad es un principio que forma parte de un principio más amplio, llamado de legalidad en materia sancionatoria, un límite a la potestad punitiva del Estado y una garantía para las personas. El Tribunal Constitucional ha interpretado que dicho principio no se limita al ámbito penal sino que es de naturaleza constitucional implícita (...). En este mismo sentido se pronuncia la doctrina respecto al Principio de Presunción de Inocencia, indicando que: "en principio fue concebida, a todo acto del poder público, sea administrativo o judicial, mediante el cual se castiga una conducta de las personas, definida en la ley como infractora del ordenamiento jurídico, desplegando también sus efectos protectores en el orden administrativo disciplinario, constituyendo una presunción iuris tantum que garantiza el derecho a no sufrir pena o sanción que no tenga fundamento en una previa actividad probatoria, sobre la cual el órgano competente pueda fundamentar un juicio razonable de culpabilidad". Siguiendo con este análisis, otros autores se refieren a la culpabilidad aplicable al ius puniendi administrativo indicando que: (...) se sugiere la culpabilidad cuando el hecho es imputable a una persona que tiene conocimiento de la antijuricidad (dolo, culpa) y además cuando hay ausencia de alguna causa exculpativa"

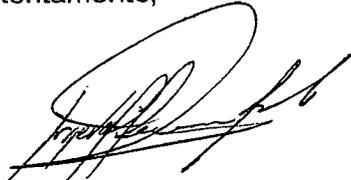
"(...) Cabe anotar que con relación al error, la doctrina distingue entre error invencible y error vencible, dependiendo si el autor hubiera podido salir del error aplicando esfuerzos razonables o si pese a poner la diligencia debida no hubiese podido salir del error (...), salvo que estemos frente a una responsabilidad objetiva normativamente determinada (...)"

#### **POR LO EXPUESTO:**

Solicitamos se tenga en cuenta nuestros alegatos y disponga que NO HA LUGAR a la imposición de sanción en contra de mi representada.

Sin otro particular,

Atentamente,



Jorge Valderrama Bielich  
**Gerente General**  
**TESACOM PERU S.A.C.**



*Mario Lindores Jara*  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 40709

**Anexos:**

- 1.- Copia del poder del representante
- 2.- Copia del DNI del representante
- 3.- Copia de los contratos donde TESACOM obtuvo la buena pro de los siguientes concursos:
  - 3.1.- ADS-0020-2010-ELECTROPERU
  - 3.2.- AMC-0030-2012-PERUPETRO
  - 3.3.- ADS-001-2010-RENIEC
  - 3.4.- ADP 004-2010-FAP/SECOM
  - 3.5.- ADS 004-2010-FAP/SECOM
  - 3.6.- ADS 006-2010-FAP/SECOM
  - 3.7.- CP 003-2009-DIRECFIN/PNP
  - 3.8.- CP 0013-2008-SUNAT/2G3100
- 4.- Resolución No. 384-2012-TC-S2



**OPINIÓN N° 045-2013/DTN**

Entidad: Policía Nacional del Perú  
Asunto: Impedimentos para ser participante, postor y/o contratista  
Referencia: Oficio N° 345-2013-IGPNP/OFLANT-DDJJ

---

**1. ANTECEDENTES**

Mediante el documento de la referencia, el Inspector General de la Policía Nacional del Perú consulta sobre los alcances de los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista del personal policial y sus familiares.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Supervisor son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal j) del artículo 58 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la “Ley”), y la Segunda Disposición Complementaria Final de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el “Reglamento”).

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

**2. CONSULTA Y ANÁLISIS**

La consulta formulada es la siguiente:

*“(...) no está claramente establecido que el personal de Oficiales y Suboficiales PNP en situación de actividad y disponibilidad así como sus familiares puedan contratar o participar como proveedores de la Policía Nacional del Perú, o en cualquier entidad del Estado a nivel nacional.”(sic).*

Sobre el particular, corresponde señalar lo siguiente:

- 2.1 En principio, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado permite que toda persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos previstos en esta pueda ser participante, postor o contratista en las contrataciones que las Entidades llevan a cabo para abastecerse de los bienes, servicios y obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, salvo que se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley.

Al respecto, cabe precisar que el libre acceso a las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios que inspiran el sistema de contratación estatal -Libre

Concurrencia y Competencia<sup>1</sup>, Publicidad<sup>2</sup>, Transparencia<sup>3</sup>, Trato Justo e Igualitario<sup>4</sup>, entre otros- así como en los principios generales del régimen económico nacional consagrados en el Título III de la Constitución Política.

En esa medida, los impedimentos para ser participante, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las Entidades, solo pueden ser establecidos mediante ley o norma con rango de ley. Asimismo, dichos impedimentos deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la Ley.

- 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.

<sup>1</sup> “En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.” Literal c) del artículo 4 de la Ley.

<sup>2</sup> “Las convocatorias de los procesos de selección y los actos que se dicten como consecuencia deberán ser objeto de publicidad y difusión adecuada y suficiente a fin de garantizar la libre concurrencia de los potenciales postores.” Literal g) del artículo 4 de la Ley.

<sup>3</sup> “Toda contratación deberá realizarse sobre la base de criterios y calificaciones objetivas, sustentadas y accesibles a los postores. Los postores tendrán acceso durante el proceso de selección a la documentación correspondiente, salvo las excepciones previstas en la presente norma y su Reglamento. La convocatoria, el otorgamiento de la Buena Pro y los resultados deben ser de público conocimiento.” Literal h) del artículo 4 de la Ley.

<sup>4</sup> “Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.” Literal k) del artículo 4 de la Ley.



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 materia<sup>5</sup>.

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 integrado<sup>6</sup> por oficiales y suboficiales, los que pueden ser de armas o servicios. Asimismo, el numeral 1) del artículo 62 de la referida norma establece que el personal policial se clasifica, según su situación, en: i) actividad<sup>7</sup>; ii) disponibilidad<sup>8</sup>; y iii) retiro<sup>9</sup>.

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

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Conforme al numeral 23 del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1149.

<sup>7</sup> 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 periodo máximo de dos años; entre otros, conforme lo dispone los artículos 70, 71 y 72 del Decreto Legislativo N° 1149.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> “*Es la condición del personal que se encuentra apartado definitivamente del servicio policial. Es de carácter irreversible*”. Artículo 82 del Decreto Legislativo N° 1149.



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 espacial<sup>10</sup> y temporal<sup>11</sup> 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.

- 2.4 De otro lado, el literal l) del artículo 10 de la Ley establece que, dentro de los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, se encuentran aquellos “Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma.”

Así, el primer párrafo del artículo 40 de la Constitución Política del Perú señala que “La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza. Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente (...).”<sup>12</sup> (El subrayado es agregado).

Por su parte, el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 020-2006, Normas de Austeridad y Racionalidad en el Gasto Público, establece que “En el Sector Público no se podrá percibir simultáneamente remuneración y pensión, incluidos honorarios por servicios no personales, asesorías o consultorías, salvo por función docente y la percepción de dietas por participación en uno (1) de los directorios de entidades o empresas públicas.” (El subrayado es agregado).

No obstante lo anterior, la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28939, Ley que Aprueba Crédito Suplementario y Transferencia de Partidas en el Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2006, establece que: “Exonérase al personal en actividad de la Policía Nacional del Perú, que se encuentre en uso de vacaciones u horas o días de descanso, y a los pensionistas de la Policía Nacional del Perú, de la

<sup>10</sup> Por ámbito espacial debe entenderse al espacio geográfico en el cual los funcionarios o autoridades ejercen sus funciones.

<sup>11</sup> Por ámbito temporal debe entenderse el período durante el cual los funcionarios o autoridades ejercen sus funciones.

<sup>12</sup> Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que: “(...) Esta disposición constitucional prohíbe la acumulación de empleos y cargos públicos remunerados y tiene sustento doctrinal en la necesidad de maximizar el acceso a los cargos públicos, derivado del derecho de todo ciudadano de participar en los asuntos públicos (artículo 2, inciso 17 de la Constitución); y en el deber de dedicación exclusiva al cargo exigencia que justifica en la necesidad de que las labores asignadas se cumplan adecuadamente.” Fundamento 5 de la Sentencia emitida sobre el Exp. N° 03480-2007-PA/TC.



*incompatibilidad de ingresos establecida en el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 020-2006, para efecto de su labor de apoyo al servicio de Serenazgo a cargo de los gobiernos locales.”*

De lo expuesto, se advierte que la intención de las citadas normas es prohibir que todo empleado o servidor público perciba –de manera simultánea– doble retribución de parte del Estado, esto es: i) una remuneración y una pensión; o ii) una remuneración o pensión, y, a la vez, un honorario por servicios no personales o locación de servicios, asesorías o consultorías, emolumento o cualquier tipo de ingreso otorgado por el Estado; salvo las excepciones previstas en las citadas disposiciones u otras establecidas por ley o norma con rango de ley, tal como la establecida en la Segunda Disposición Final de la Ley N° 28939, que permite al personal policial en situación de actividad que se encuentre en uso de vacaciones u horas o días de descanso, y a los pensionistas, brindar servicios de apoyo al serenazgo a cargo de los gobiernos locales.

En ese sentido, y teniendo en consideración lo señalado en el punto 2.1 respecto a la clasificación del personal de la Policía Nacional del Perú, aquel personal que esté en situación de “*actividad*” o de “*disponibilidad*” se encuentra impedido en virtud del literal l) del artículo 10 de la Ley de ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría realizadas por las Entidades en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, a excepción del servicio de apoyo al serenazgo a cargo de los gobiernos locales, siempre que se realice en el uso de vacaciones u horas o días de descanso.

### 3 CONCLUSIONES

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

Jesús María, 30 de mayo de 2013

**AUGUSTO EFFIO ORDÓÑEZ**  
Director Técnico Normativo



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Junta de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

**Sumilla:** *Serán pasibles de sanción los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley, el cual ha regulado una serie de impedimentos para ser postor y/o contratista.*

Lima, 12 de agosto de 2013

**Visto**, en sesión de fecha 12 de agosto de 2013 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 497.2012.TC sobre el procedimiento de aplicación de sanción iniciado contra la empresa TESACOM PERU S.A.C. por su supuesta responsabilidad en 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 por Decreto Legislativo N° 1017, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRETEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRETEL), convocada por la Marina de Guerra del Perú para la "Implementación del puesto de comando y control del comando operacional Marítimo"; oído el informe oral en la Audiencia Pública el 10 de junio de 2013, y atendiendo a los siguientes:

### ANTECEDENTES:

1. El 6 de octubre de 2010, la Marina de Guerra del Perú, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRETEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRETEL), para la "Implementación del puesto de comando y control del comando operacional Marítimo", con un valor referencial de S/. 12,034.28 (Doce mil treinta y cuatro con 28/100 Nuevos Soles).  
  
El 15 de octubre de 2010, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas y el 18 de octubre de 2010 se otorgó la buena pro a la empresa TESACOM PERU S.A.C.  
  
El 29 de octubre de 2010, la Entidad y la empresa, en lo sucesivo el Contratista, suscribieron el Contrato N° AMC-016-2010/DIRETEL.
2. El 12 de marzo de 2012, la empresa TESAM PERÚ S.A. denunció ante la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios del OSCE que el Gerente General del Contratista ha sido funcionario de la Entidad hasta el 24 de marzo de 2010, según Resolución Ministerial N° 267-2010-MINDEF, pues ha sido Oficial de la Marina de Guerra del Perú y por un año adicional al 24 de marzo de 2010 se ha mantenido en situación de disponibilidad, equivalente a una licencia sin goce de haberes. Asimismo, indicó que ello ha conllevado a que la declaración Jurada de no encontrarse impedido de contratar con el Estado, contenga información inexacta. Además, precisó que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, ha sancionado al Contratista por los mismos hechos, mediante Resoluciones N° 827-2011-TC-S4, N° 742-2011-TC-S2 y N° 694-2011-TC-S2.
3. El 28 de marzo de 2012, mediante Memorando N° 033-2012/DSU/SAD-MVL, la Subdirección de Atención de Denuncias del OSCE comunicó al Tribunal de Contrataciones



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

del Estado, en adelante el Tribunal, la denuncia formulada por el apoderado de la empresa TESAM PERU S.A., quien sostiene que la empresa TESACOM PERU S.A.C. habría incurrido en causales de sanción al haber contratado con la Entidad pese a encontrarse impedida para ello y por presentar documentos inexactos en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL.

4. Mediante decreto del 2 de abril de 2012, se corrió traslado de la denuncia para que a la Entidad cumpliera con remitir un informe técnico legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad del Contratista y los documentos supuestamente inexactos, debiendo adjuntar copia legible de éstos, así como remitir los resultados de la verificación posterior efectuada.
5. Mediante decreto de fecha 21 de junio de 2012, previa razón de la Secretaría del Tribunal, se reiteró a la Entidad para que remita la información solicitada.
6. El 25 de junio de 2012, mediante Carta N° G.1000-0720, la Entidad remitió los antecedentes administrativos, adjuntando el Informe Técnico Legal N° 006-2012, mediante el cual concluyó que: *"(...) no se advierte algún supuesto que determine el impedimento de la empresa TESACOM PERÚ S.A.C. para participar y contratar en el referido proceso; ni la presentación de documentación falsa o inexacta"*.
7. Mediante decreto de fecha 26 de junio de 2012, previa razón de la Secretaría del Tribunal, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal a fin que emita pronunciamiento sobre la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador.
8. Mediante decreto del 5 de julio de 2012, se reasignó y remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, dejándose sin efecto el decreto precedente sobre la remisión a Sala.
9. Por Acuerdo N° 339-2012.TC-S2 del 19 de julio de 2012, la Segunda Sala del Tribunal dispuso se inicie procedimiento administrativo sancionador contra la empresa TESACOM PERU S.A.C., por supuesta responsabilidad en contratar con el Estado estando impedido por estar incurso en el supuesto señalado en el literal i) del artículo 10 de la Ley, así como por la supuesta presentación de documentos inexactos durante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL); 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.
10. Mediante decreto del 24 de julio de 2012, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa TESACOM PERU S.A.C., por su supuesta responsabilidad al haber contratado en el Estado estando impedido para ello y por la presentación de documento falso o información inexacta, consistente en el documento denominado "Anexo N° 03 – Declaración Jurada (Art. 42° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado)", y se le otorgó el plazo de diez (10) días para que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, en caso de incumplimiento.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

11. Mediante escritos presentados el 10 y 22 de agosto de 2012, el Contratista presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

**Atribuir la calidad de funcionario público al Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias, cuando se encontraba en situación de disponibilidad, constituye un imposible jurídico**

- a) Para concluir que se ha configurado el supuesto de impedimento consignado en el literal i) del artículo 10 de la Ley, se requiere verificar de manera cierta e indubitable que el Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias tenía la calidad de funcionario público, empleado de confianza o servidor público, según la ley especial de la materia.
- b) La ley especial de la materia es la Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, que en su artículo 30 dispone que *"la situación de disponibilidad es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartada de la situación de actividad"*; es decir, que queda interrumpida su vínculo laboral con la Institución cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en situación de actividad.
- c) Al momento de producidas las supuestas infracciones —el 15 y 29 de octubre de 2010— el Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias se encontraba en situación de disponibilidad, dispuesta mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo de 2010 —por el período de un año de emitida dicha resolución— conforme se reconoce en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones – Marina de Guerra del Perú N° 0005-2010-MGP.
- d) La situación de disponibilidad de la referida persona, implica que, temporalmente, dejó de mantener un vínculo laboral con la Entidad, no pudiendo por tanto asignársele ningún tipo de labor, función o responsabilidad mientras dicha situación subsistiera. Asimismo, durante el periodo de vigencia de la situación de disponibilidad, no se encontraba subordinado a las labores o instrucciones de ningún superior, no prestaba servicio alguno a favor de la Entidad ni recibía salario alguno, los cuales constituyen características esenciales en una relación laboral.
- e) Constituía un imposible jurídico que se le atribuya al Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias la calidad de funcionario público, situación que también ha sido reconocida por la Entidad en su informe técnico legal.

**No se ha configurado el supuesto impedimento previsto en los literales d) e i) del artículo 10 de la Ley de acuerdo a la jurisprudencia del Tribunal**

- f) Existen diversas Opiniones<sup>1</sup> que establecen que los funcionarios y/o servidores públicos que estaban impedidos de contratar con la Entidad a la que pertenecen era, únicamente, aquellos que ocupaban cargos de dirección o similares, es decir que por

<sup>1</sup> Opiniones N° 012-2006/GTN, N° 029-2003/GTN, N° 039-2006/GNP, N° 040-2006/GNP, N° 040-2007/GNP, entre otros.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

la naturaleza de su función estén a cargo de alguna área de la Entidad y, por lo tanto, tenían personal a su cargo y, eventualmente, podían tener injerencia o influencia en las contrataciones que llevan a cabo.

- g) Debe concluirse que el impedimento prescrito en el inciso b) del artículo 10 de la Ley, cuando hace referencia a los "demás funcionarios y servidores públicos", solo debe afectar a aquellas personas integrantes de la estructura administrativa del Estado que detentan poder de dirección y, por tanto, la toma de decisiones dentro de las distintas estructuras de organización de las que están compuestas las distintas Entidades, entendiéndose con ello, a quienes tienen una unidad orgánica a su cargo y a quienes ocupan cargos políticos o cargos de confianza con poder de dirección o de decisión.
- h) Al momento de producida las supuestas infracciones, el Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias se encontraba en situación de disponibilidad, lo que niega la posibilidad de que, en esas condiciones, haya tenido algún "poder de dirección" y, por tanto, la toma de decisiones dentro de las distintas estructuras de organización de las que están compuestas las distintas Entidades, entendiéndose con ello a quienes tienen una unidad orgánica a su cargo y a quienes ocupan cargos políticos o cargos de confianza con poder de dirección o de decisión.

### **TESACOM S.A.C. actuó con diligencia y buena fe**

- i) El Tribunal no ha tenido en cuenta que, con fecha 11 de mayo de 2010, vale decir con cinco meses de anticipación, la Entidad tuvo ocasión de pronunciarse sobre la existencia o no del impedimento, habiendo determinado con claridad que el Sr. Dorrego Arias se encontraba fuera del alcance del impedimento en cuestión.
- j) Es en base a la revisión de los antecedentes, sumado el hecho de haber obtenido de la Administración Pública un pronunciamiento al respecto, que se formó la convicción de que estaba incurso en impedimento legal alguno por tener como Gerente General al Sr. Dorrego Arias.
- k) Se debía tener en cuenta la teoría de los actos propios, que constituye una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento. Dicha teoría también señala que a nadie le es ilícito volver sobre su conducta anterior, cuando esa conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza que se mantendrá aquella conducta.
- l) En el presente caso, se observa la presencia de los tres elementos para que se aplique tal teoría:
- Una conducta anterior relevante y eficaz, que suscite en la otra parte la expectativa seria de un comportamiento futuro, esta sería la postura de la Entidad: que el Sr. Dorrego Arias se encontraba facultado para contratar con la Entidad, posición que se consigna en la Resolución del Comité de



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

Apelaciones de Contrataciones – Marina de Guerra del Perú N° 0005-2010-MGP.

- Una pretensión o el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo contradictoria con aquella conducta, este elemento se configura con el Informe Técnico Legal de fecha 27 de octubre de 2010, donde la Entidad señala que "sí existe la responsabilidad administrativa por parte del Gerente General de TESACOM PERÚ S.A.C..
  - La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas, este elemento se configura en el hecho que es la Entidad al que emite tanto el pronunciamiento a favor (Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones) como, posteriormente, el informe técnico legal en mención. Además, el sujeto sobre el cual recaen las dos posturas contradictorias es el mismo.
12. Mediante decreto del 27 de agosto de 2012, se tuvo por apersonado a esta instancia al contratista, por absuelto sus descargos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.
  13. Mediante decreto del 9 de noviembre del 2012, se dispuso dejar sin efecto el decreto de remisión a Sala y remitir el expediente bajo análisis a la Primera Sala del Tribunal, en virtud a la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE del 30 de octubre del 2012, publicada el 8 de noviembre del 2012, a través de la cual se dispuso la reconfiguración de las Salas del Tribunal y el traslado de los expedientes a las Salas de destino.
  14. El 18 de febrero de 2013, se frustró la Audiencia Pública por inasistencia de las partes.
  15. El 20 de febrero de 2013, el Contratista solicitó se programe una nueva fecha para la Audiencia Pública.
  16. Mediante decreto de fecha 25 de febrero de 2013, se declaró no ha lugar a la solicitud de una nueva Audiencia Pública.
  17. Mediante decreto de fecha 13 de marzo de 2013, se amplió los cargos en el procedimiento administrativo sancionador a la empresa TESACOM S.A.C. por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado estando impedido para ello, de acuerdo a los literales d) e i) del artículo 10 de la Ley, y por la presentación de información inexacta; infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley y se le otorgó el plazo de diez (10) días para que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, en caso de incumplimiento.
  18. El 9 de abril de 2013, el Contratista presentó sus descargos, indicando los siguientes argumentos:
    - a) El nuevo cargo imputado se encuentra contenido en el inciso i) del artículo 10 de la Ley, se vincula al cargo imputado inicialmente respecto a la supuesta comisión de la infracción señalada en el inciso d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley que



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

establece que impondrá sanción a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que *"contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma"*.

- b) Las infracciones que supuestamente cometió parten del supuesto que su representante, al momento del concurso público, prestaba servicios a la Entidad contratante; es decir, que existía un vínculo laboral entre ambas partes; sin embargo, su representante, señor Jorge Adrián Dorrego Arias, durante todo el proceso de selección, no mantuvo una relación laboral con la Entidad, con lo cual no se configuraría el supuesto señalado en el inciso i) del artículo 10 de la Ley y por tanto, no habría razón de aplicar sanción alguna de acuerdo a lo señalado en los incisos d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
- c) Durante el proceso de selección el señor Dorrego se encontraba en situación de disponibilidad por causal "a su solicitud", conforme a lo contenido en la Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo de 2010, emitida por la propia Entidad, razón por la cual dicha persona no podía mantener relación laboral alguna, puesto que dicha relación solo es reservada para los miembros de la Entidad en situación de actividad.

### Inexistencia de una relación laboral

- d) La situación militar antes indicada se encuentra regulada en los artículos 30 y 31 de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, donde se señala que *"SITUACIÓN DE DISPONIBILIDAD: 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"*.
- e) La situación de disponibilidad es una situación particular dado su carácter transitorio, puesto que si bien el oficial conserva su vínculo con la institución armada a la que pertenece, no presta servicios a la misma, es decir no trabaja en ésta, pudiendo sin embargo retornar a la situación de actividad una vez que concluya el período de situación de disponibilidad y, por tanto, retornar su relación laboral o por el contrario pasar a situación de retiro dejando de pertenecer a dicha institución perdiendo así su vínculo con la entidad castrense.
- f) Al no prestar servicios a la Entidad, no puede considerarse la existencia de una relación laboral entre la Entidad y el trabajador sino únicamente un vínculo de naturaleza laboral, que podrá, como no, volverse laboral, si finaliza la situación de disponibilidad en la que se encuentra el oficial.
- g) Para la existencia de una relación laboral debe presentarse tres elementos esenciales: la prestación personal es decir que se realicen las labores encargadas sea el propio trabajador dado que el objeto del contrato de trabajo es la específica y única que puede brindar un trabajo determinado, no estando facultado por tanto éste para delegar o encargar su trabajo sin previa autorización del empleador; la subordinación,



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## **Resolución N° 1737-2013-TC-S1**

según la cual el trabajador ofrece su actividad al empleador, entregándole a su vez el control de la misma, esto es que el trabajador depende de las directivas que el empleador disponga para el ejercicio de la labor encomendada; y remuneración, puesto que todo trabajo realizado debe ser retribuido mediante el pago de una remuneración.

- h) Dada la descripción de la situación de disponibilidad hecha por la norma, es claro que no puede existir una relación laboral entre la institución armada y el oficial, puesto que éste, al encontrarse apartado de la situación de actividad, no realiza labor alguna para la Entidad lo que consecuentemente impide que perciba una remuneración; ya que ésta por definición es proporcionada por el empleador por una labor realizada y mucho menos se encuentre subordinado a ésta mientras el periodo de disponibilidad continúa, por lo que no se configuran los tres elementos esenciales que debe tener una relación laboral.

### **Naturaleza y finalidad de la norma**

- i) En el supuesto negado que el Tribunal considere que sí existió un vínculo laboral entre el Sr. Dorrego y la Entidad, se debe analizar la ratio legis del legislador, es decir cuál es la razón de existir de la norma que regula los impedimentos para ser postor y/o contratista, es decir qué es lo que el legislador pretendió proteger; por lo que, analizando la norma citada se entiende perfectamente que con ésta se buscó preservar la transparencia de los procesos de selección impidiendo que un postor que por el cargo que pueda tener en la Entidad use dicho cargo para direccionar el proceso a favor de su empresa; sin embargo, el ejercicio de la norma en referencia no puede generar una situación abusiva o desproporcional limitando sin razón alguna el derecho de cualquier individuo de participar en un proceso de selección, es decir la norma no puede interpretarse de manera amplia sino restrictiva.
- j) Al momento de aplicar la norma se debe considerar si la persona que labora en dicha Entidad cuenta con un cargo o desempeña una función que le permita direccionar los procesos de selección y así buscar el beneficio de su empresa, no realizar dicho análisis sentenciaría a todo trabajador a no poder nunca participar en procesos de selección que su Entidad empleadora convoque aunque por su labor no represente peligro alguno para la transparencia e imparcialidad del proceso.

### **Inconstitucionalidad de la norma**

- k) Si bien en nuestro ordenamiento jurídico encontramos normas que restringen o limitan derechos, éstas han sido emitidas a fin de preservar y/o tutelar, en el caso concreto, otro derecho de igual jerarquía; es decir, una norma únicamente puede limitar o restringir derechos siempre que dichas limitaciones se realicen en forma restrictiva, atendiendo a las necesidades de un caso concreto, a fin de cautelar un derecho de la misma jerarquía por lo que dicha aplicación no se realiza de manera general sino particular.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

- l) Ante la disyuntiva de aplicar una norma o no que pueda vulnerar un derecho constitucional los tribunales cuentan con la prerrogativa de aplicar el llamado control difuso de la constitucionalidad de la norma al caso concreto, dicha ley no pierde su vigencia simplemente no será aplicada al caso particular por considerarse que su aplicación vulneraría un derecho constitucional.
- m) Teniendo dos normas en conflicto, el Tribunal debe escoger qué norma no considerar en el caso en concreto y aplicar el control difuso. Dicha elección la realiza luego de ponderar los derechos en conflictos protegidos por cada norma, sirviéndose para ello del test de ponderación de derechos o test de proporcionalidad, el cual consiste en hacer dicha ponderación sin dejar de lado las características especiales de cada caso en concreto, a fin de determinar la protección de cuál de los derechos en conflicto resulte para el caso específico más importante.
- n) Así tenemos que existe un conflicto entre dos normas, siendo una de ellas la prohibición señalada en el artículo 10 de la Ley y el derecho al trabajo consagrado en el numeral 15 del artículo 2, así como en el 22 de la Constitución Política del Perú; por lo tanto un conflicto entre una norma con rango de ley, como es la Ley de Contrataciones del Estado y otra contenida en la Constitución Política del Perú, resulta evidente que la norma a inaplicar será la de menor rango, es decir la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a lo establecido en el artículo 51 de la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en su sentencia N° 1124-2001-AA/TC, ciertos presupuestos que se debe advertir a fin de aplicar válidamente el control difuso, siendo éstas:
- Que, en el proceso constitucional, el objeto de la impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional, en el presente caso observamos que el proceso constitucional que debe realizarse a la norma señalada tiene por origen la no aplicación de una norma con rango de ley cuya aplicación vulneraría el derecho al trabajo reconocido en la Constitución.
  - Que, la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e indubitable con la resolución del caso; en el presente caso de aplicarse la norma imputada se vulneraría o no el derecho constitucional al trabajo.
  - Que, la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aún luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución; la aplicación de la normativa de contrataciones vulnera directamente al derecho al trabajo del Sr. Dorrego puesto que éste, al momento del proceso de selección, se desempeñaba como representante de TESACOM PERÚ S.A.C.

### Respecto a la presentación de documentación inexacta

- o) La infracción imputada tiene estrecha relación con el supuesto impedimento de ser postor, de acuerdo a lo señalado, dado que si se mantiene esa interpretación la



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

declaración jurada que presentó, en la que señala no tener impedimento para contratar con el Estado, sería inexacta; sin embargo, como ya ha manifestado, al no encontrarse éste impedido a contratar con el Estado, la referida declaración es válida y, por tanto, no existe infracción a la norma de contrataciones.

19. Mediante decreto de fecha 12 de abril de 2013, se tuvo por apersonado al Contratista, por presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
20. El 10 de junio de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Pública con la participación del Contratista<sup>2</sup>.
21. El 18 de junio de 2013, el Contratista presentó sus alegatos finales, señalando los argumentos antes planteados, así como indicando lo siguiente:

### Error excusable

- a) La falta de claridad en la Ley N° 28359, Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, respecto a la naturaleza de la situación de disponibilidad, ha originado distintas interpretaciones. De acuerdo a la interpretación que han realizado las Fuerzas Armadas, los Oficiales que se encuentran en la situación en mención no perciben remuneración de su institución dado que no prestan servicio alguno no existiendo por ende subordinación durante todo el tiempo que dure la situación de disponibilidad, razón por la cual durante el tiempo que dure la situación de disponibilidad los Oficiales se encuentran alejados de la institución armada sin recibir orden alguna.
- b) Más allá de la falta de claridad que pueda existir en la norma, los Oficiales en la situación antes indicada no mantienen vínculo laboral con la entidad castrense, razón por la cual el Sr. Dorrego, luego de recibir la Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP, la cual resolvía su pase a la situación de disponibilidad, se encontraba habilitado para, de así considerarlo, contratar con la Marina de Guerra en calidad de representante de una persona jurídica.
- c) El error no solo puede originarse a partir de la interpretación de una norma confusa y poco clara por parte del Administrado, sino también de la propia Administración, la cual en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado, señala claramente que *"La situación de disponibilidad, es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el artículo 30 de la Ley N° 28359. Quiere decir, que el personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la del Oficial en Situación de Actividad"*. Además, indica *"Que, asimismo refiere que el C. de F. (D) Jorge Adrián Dorrego Arias pasa a la situación de disponibilidad con fecha 24 de marzo de 2010, y el acto de presentación de propuestas del proceso de selección ADS-009-2010-MGP/DIRTEL, estaba programado para el 15 de abril de 2010, por lo que, no se encuentra inmerso*

<sup>2</sup> El Abogado Mario Ernesto Linares Jara efectuó el informe legal.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Instituto de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

*en los alcances del inciso d) e i) del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, sustento legal en que ampara su pretensión la propia empresa".*

- d) A partir del supuesto que la interpretación efectuada por el administrado y por la Administración no haya sido la correcta, nos encontramos ante un error excusable de interpretación, toda vez que el error en la interpretación no solo pudo haber sido cometido por su representante sino también por la Entidad. Partiendo de la postura de la Entidad, los administrados se encontrarían frente a un error ocasionado por la propia Entidad, la cual, al ser la contratante, debió señalar la correcta interpretación de la norma y no inducir a error; así sea involuntariamente, como entiende haber sucedido.
- e) De acuerdo con los autores Gómez Tomillo y Sanz Rubiales, al existir en la Administración signos externos que permitan inducir razonablemente al administrado de la legalidad de la actuación administrativa, se configurará el principio de la confianza legítima, puesto que el administrado confía o no tendría por qué desconfiar en la legalidad de lo expresado por la administración más aún si esto fue expresado mediante un acto administrativo, razón por la cual no tendrá porque padecer las consecuencias del error que pueda haber cometido la Administración en dichas actuaciones.

22. El 8 de julio de 2013, el Contratista solicitó que se considere como complemento de su posición la Opinión N° 045-2013/DTN de fecha 30 de mayo de 2013, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE a partir de la consulta formulada por el Inspector General de la Policía Nacional del Perú respecto a los alcances de los impedimentos para ser participante y/o contratista del personal de la policía y sus familiares, con la finalidad que responda la siguiente consulta "*(...) no está claramente establecido que el personal de Oficiales y Suboficiales PNP en situación de actividad y disponibilidad así como sus familiares puedan contratar o participar como proveedores de la Policía Nacional del Perú, o en cualquier Entidad del Estado a nivel nacional*". (sic)

### FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado para determinar si el Contratista ha incurrido en responsabilidad al contratar con el Estado estando impedido para ello y por presentar información inexacta a la Entidad, respecto de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRETEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRETEL), infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos.

A continuación, este Colegiado evaluará de manera independiente cada una de las causales precitadas.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

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

2. Al respecto, de la documentación obrante en el presente expediente administrativo podemos apreciar que el denunciante ha sostenido que el Contratista se encontraba impedido para contratar con el Estado, toda vez que su Gerente General, Sr. Jorge Adrián Dorrego Arias, ha sido funcionario de la Entidad hasta el 24 de marzo de 2010, según Resolución Ministerial N° 267-2010-MINDEF, pues ha sido Oficial de la Marina de Guerra del Perú y por un año adicional al 24 de marzo de 2010 se ha mantenido en situación de disponibilidad, equivalente a una licencia sin goce de haberes.
3. 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.
4. Sobre el particular, de acuerdo al supuesto de hecho corresponde verificar primero si efectivamente el supuesto infractor suscribió un contrato con la Entidad, pues solo en este caso corresponderá analizar si al momento del perfeccionamiento del mismo se encontraba o no inmerso en alguna de las causales de impedimento y, en esa medida, determinar si se configuró o no la infracción imputada.
5. Al respecto, de la revisión efectuada a la documentación obrante en autos, se observa que con fecha 29 de octubre de 2010, la Entidad y la empresa TESACOM PERU S.A.C., en lo sucesivo el Contratista, suscribieron el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL, recaído en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria derivada de la Licitación Pública N° 0003-2010-MGP/DIRTEL).
6. Habiéndose verificado ello, corresponde a continuación analizar si el supuesto infractor se encontraba incurso en alguna de las causales de impedimento, para lo cual es importante traer a colación lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley, el cual establece quiénes se encuentran impedidos de participar en un proceso de selección y/o de contratar con el Estado, a efecto de salvaguardar el cumplimiento de los *Principios de Libre Competencia, Imparcialidad, Transparencia y Trato Justo e Igualitario*<sup>3</sup> dentro de los procesos de selección que las Entidades llevan a cabo, 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 cumplieron, o por los vínculos particulares que mantienen, pueden exponerse a casos de conflictos de intereses o generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.

<sup>3</sup> En efecto, el principio de trato justo e igualitario consagrado en el artículo 4 de la Ley señala expresamente que todo postor de bienes, servicios o ejecución de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades "en condiciones semejantes a las de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley".

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

Dentro de este contexto, la normativa vigente en contratación pública ha previsto en el citado artículo 10 de la Ley, cuáles son las personas (naturales o jurídicas) que están impedidas para contratar con el Estado, entre ellas:

*"Cualquiera sea el régimen laboral 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 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;*

*(...)"*

7. En atención a los cuestionamientos efectuados contra el Contratista, respecto de los alcances de lo señalado en la precitada disposición legal, este Colegiado considera pertinente precisar los supuestos de hecho que se encuentran comprendidos dentro de dicho impedimento. Así, en aplicación de dicho numerales, se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de selección que convoquen las *Entidades en las que pertenecen* las siguientes personas:

- a) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo,
- b) Los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado,
- c) Los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos,

En ese sentido, se constata que el impedimento regulado en el literal d) del artículo 10 de la Ley alcanzaría a todos los funcionarios y servidores públicos.

Como se advierte, 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.

Asimismo, se aprecia que dicho impedimento es aplicable indirectamente, en el ámbito y tiempo establecidos para dichas personas, a las personas jurídicas cuyos **integrantes de los órganos de administración**, apoderados o representantes legales sean las personas antes detalladas.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

8. Ahora bien, de la revisión efectuada a la Partida Registral N° 11797258, se aprecia que 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.

9. Asimismo, se advierte que, mediante Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo de 2010, el Ministro de Defensa dispuso *"Pasar a la Situación Militar de Disponibilidad por la causal "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"*.
10. Al respecto, este Colegiado considera que, 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<sup>4</sup> 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<sup>5</sup>.
11. Sobre el particular, tal como lo dispone el artículo 3 de la Ley N° 29359, y su Reglamento, la clasificación de los Oficiales de las Fuerzas Armadas en atención a su situación en el servicio es i) en situación de actividad, ii) **en situación de disponibilidad**, iii) en situación de retiro, y iv) en situación de reserva.

Así, el artículo 29 de las referidas normas establecen que la actividad es la situación en la

<sup>4</sup> El concepto de "funcionario público" ha tenido un desarrollo diverso y complejo en la doctrina y dentro de la legislación nacional ha sido acogido —en sentido no siempre unívoco o compatible—, por diversos cuerpos normativos tales como la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 276, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, la Ley del Código de Ética de la Función Pública y el Código Penal. En esa medida, que un determinado régimen legal no considere a un sujeto como funcionario no obsta para que no pueda otorgársele bajo otro régimen especial dicha calidad.

<sup>5</sup> Se debe tener presente que en el Ámbito Subjetivo de Aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, regulado en el artículo 3 se establece en el numeral 3.1 que se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la Ley, bajo el término genérico de Entidades, "g) Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú" y "h) Los Fondos de Salud, Vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú"; por tanto, no se puede excluir a sus Oficiales y Suboficiales del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones estatales.



PERÚ

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

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

que el Oficial se encuentra comprendido en el servicio.

Asimismo, el artículo 30 de las normas en mención, señala que la disponibilidad es la **situación transitoria** en la 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.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 31 de las normas en referencia, el Oficial pasa a la situación de disponibilidad por cualquiera de las siguientes causales:

- a) Enfermedad o lesión grave.
- b) Medida disciplinaria.
- c) Sentencia judicial.
- d) **A su solicitud.**

12. En tal sentido, conforme se aprecia de la referida norma, el estado de disponibilidad solo supone que el oficial se encuentra temporalmente apartado del servicio activo en su institución, mas no supone una terminación o apartamiento definitivo de esta, como efectivamente ocurre en la situación de retiro<sup>6</sup>.
13. En consecuencia, se puede colegir válida y legalmente que el Oficial en situación de disponibilidad continúa integrando la referida institución castrense, pudiendo retornar al servicio activo una vez desaparecidas las causales que originaron su separación; motivo por el cual el Oficial en situación de disponibilidad se encuentra impedido de actuar como participante, postor y/o contratista en procesos de selección convocados por la Marina de Guerra del Perú, al formar parte de ésta.
14. En esa medida 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 indirectamente impedida de contratar con el Estado, al ser dicha persona parte de su órgano de administración, pues éste ostentaba el cargo de Gerente General, estando, por tanto, dicha empresa impedida de contratar con el Estado.
15. En atención a lo antes expuesto, quedan desvirtuados los argumentos expuestos por el Contratista.

Asimismo, en cuanto a la solicitud de aplicación, en el presente caso, de lo señalado en la Opinión N° 045-2013(DTN), cabe indicar que la misma solo se encuentra referida al análisis del impedimento establecido en el literal l) del artículo 10 de la Ley a la luz del artículo 40 de la Constitución Política del Perú y el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 020-2006, que establecen la imposibilidad de que un funcionario público reciba una doble remuneración por parte del Estado, situación distinta a la analizada al presente caso, el cual no se encuentra referido a un análisis de doble remuneración, conforme a las

<sup>6</sup> De acuerdo al artículo 43 de la Ley 28359 y su Reglamento, retiro es la condición del Oficial que se encuentra fuera de las Situaciones de Actividad y de Disponibilidad, apartado definitivamente del servicio.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

normas antes citadas; asimismo, debe tener presente que, tal como se ha señalado en los párrafos anteriores, los impedimentos establecidos en la normativa de contrataciones están orientados a salvaguardar el cumplimiento de los *Principios de Libre Competencia, Imparcialidad, Transparencia y Trato Justo e Igualitario* dentro de los procesos de selección que las Entidades llevan a cabo, a fin de evitar que se generen situaciones de privilegios o conflictos de intereses, orientación bajo el cual este Colegiado analiza el presente caso.

16. Por otro lado, en cuanto a la aplicación del principio de confianza legítima, invocado por el Contratista, quien sostiene que la Entidad con anterioridad a su participación en el proceso de selección en cuestión, mediante Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones – Marina de Guerra del Perú N° 0005-2010-MGP de fecha 11 de mayo de 2010, señaló que el Capitán de Fragata Dorrego Arias se encontraba facultado para contratar con la Entidad, pues al encontrarse dicho oficial en situación de disponibilidad por causal “a su solicitud”, conforme a lo contenido en la Resolución Ministerial N° 267-2010-DE/MGP de fecha 24 de marzo de 2010, emitida por la propia Entidad, no podía mantener relación laboral alguna con la Marina de Guerra, puesto que dicha relación solo es reservada para los miembros de la Entidad en situación de actividad, posición que lo indujo a error en la creencia que ello era así y que, por lo tanto, no tenía impedimento alguno de participar, ni mucho menos de contratar con el Estado.
17. Al respecto, tal como se ha manifestado en los numerales precedentes, de acuerdo a la normativa que regula la actividad de la Marina de Guerra del Perú, el Oficial Juan Adrián Dorrego Arias es integrante de la citada institución castrense, calidad que no se ve desvirtuada por su situación de disponibilidad conforme a las normas especiales de la materia. En ese sentido, si bien la opinión vertida por la referida fuerza armada sería distinta a lo expuesto por este Colegiado, debe tenerse presente, por un lado, que dicha posición ha sido expuesta por un Comité de Apelaciones al resolver un determinado recurso de apelación, cuyos efectos se circunscriben al caso concreto, no observándose que se trate de una posición institucional emitida por el órgano competente para ello, más aún cuando, de conformidad con la normativa de contrataciones estatales, el órgano competente para interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones del Estado es el OSCE.

Por otro lado, debe resaltarse que la Opinión a la que alude el Contratista, no desvirtúa la configuración de la infracción imputada en el presente caso, debiendo tenerse presente que, conforme al marco normativo aplicable en materia sancionadora de contrataciones del Estado, la intencionalidad del infractor es considerada como una causal de graduación de la sanción a imponerse, regulada en el artículo 245 del Reglamento, y no como una causal eximente de responsabilidad.

18. En conclusión, se verifica en el presente caso, que se han configurado los presupuestos de impedimento a los cuales aluden los literales d) e i) del artículo 10 de la Ley, las que, a su vez, configuran la causal de infracción, tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

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

- 19.** La segunda infracción imputada al Contratista, se refiere a la supuesta inexactitud del Anexo N° 03 – Declaración Jurada (Art. 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) de fecha 15 de octubre de 2010, presentada dentro de su propuesta técnica, en la cual el representante legal de la empresa TESACOM PERU S.A.C. manifestó no tener impedimento para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado, supuesto documento con información inexacta.
- 20.** Al respecto, el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley tipifica como infracción susceptible de sanción la presentación de información inexacta ante la Entidad.

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.

- 21.** Sobre el particular, se aprecia que 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.
- 22.** Así, el Anexo N° 03 – Declaración Jurada contiene 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, conforme a lo que se ha demostrado en el análisis de la causal imputada precedentemente.
- 23.** Además, cabe indicar que el Contratista ya fue sancionado hasta en tres oportunidades anteriores, conforme se aprecia del cuadro que se detalla a continuación, por las mismas causales de infracción y bajo iguales circunstancias; por tanto, él ya conocía de la postura del Tribunal de Contrataciones del Estado al respecto.

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.



## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

24. Conforme a lo expuesto, este Colegiado concluye que el Contratista también ha incurrido en la infracción prevista en el literal i) del artículo 51.1 de la Ley, por la presentación de información inexacta.

### ***Graduación de la sanción imponible***

25. Ahora bien, respecto a la sanción imponible, y atendiendo a que este Colegiado ha determinado que la empresa TESACOM PERU S.A.C. ha incurrido en la comisión de las infracciones previstas en los literales d) e i) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, resulta aplicable lo prescrito en el último párrafo del artículo 245 que establece que **en caso de incurrirse en más de una infracción en un proceso de selección o en la ejecución de un contrato, se aplicará la que resulte mayor.**

En tal sentido, atendiendo a que la normativa de contrataciones prevé la aplicación de sanción administrativa de inhabilitación para ser postor y contratar con el Estado por un periodo no menor de un año ni mayor de tres años para el caso de ambas infracciones imputadas, corresponde, en atención a los criterios contemplados en el artículo 245 del Reglamento, efectiva la graduación de la sanción.

26. De esta manera, atendiendo a la naturaleza de las infracciones, debe tenerse en cuenta que éstas revisten considerable gravedad. Así, por un lado, la infracción referida a la presentación de documentación inexacta vulnera el *Principio de Moralidad* que debe regir a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas, conforme a lo prescrito en el literal b) del artículo 4 de la Ley. De igual forma, la infracción referida a contratar con el Estado vulnera la objetividad que debe imperar en los procesos de contrataciones realizados por el Estado, acorde con el *Principio de Imparcialidad*, dispuesto en el literal del artículo 4 de la Ley.
27. En cuanto al criterio de intencionalidad del infractor, se debe tener en cuenta, para atenuar la sanción a imponerse, el error excusable planteado por el Contratista en sus argumentos de defensa.
28. Respecto a la conducta procedimental, debe tomarse en cuenta que el infractor se ha apersonado al procedimiento.
29. Por otro lado, cabe indicar que, conforme se ha detallado en la Fundamentación, el infractor ya ha sido sancionado anteriormente con inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado.
30. De igual manera, resulta importante traer a colación el *Principio de Razonabilidad* consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1737-2013-TC-S1

31. Cabe mencionar que la comisión de las infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley por parte la empresa TESACOM PERU S.A.C., cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar con fecha 29 de octubre de 2010 fecha en la cual la Entidad y el infractor suscribieron el Contrato N° AMC-016-2010/DIRTEL, así como el 15 de octubre de 2010, fecha en la cual el infractor presentó su propuesta técnica con el documento inexacto, respectivamente.
32. Seguidamente, es pertinente indicar que la falsa declaración constituye un ilícito penal, previsto y sancionado en el artículo 411 del Código Penal, el cual tutela la presunción de veracidad establecida por ley y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado. Por tanto, debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos para que proceda conforme a sus atribuciones.

En tal sentido, dado que el artículo 247 del Reglamento, dispone que debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos para que interponga la acción penal correspondiente, para lo cual se remitirán las piezas procesales, este Colegiado dispone que se remitan al Ministerio Público los folios 1 al 4, 23 al 55, 81 al 105, 164 al 183, 266 al 300, 310 al 324, y del 372 al 379 del presente expediente administrativo, así como copia de la presente Resolución, debiendo precisarse que el contenido de tales folios constituyen las piezas procesales pertinentes sobre las cuales debe actuarse la citada acción penal.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Mario Arteaga Zegarra y la intervención de la Vocal Mariela Sifuentes Huamán, según Resolución N° 193-2013-OSCE/PRE del 31 de mayo de 2013 y Acuerdo de Sala Plena N° 008/2012 del 8 de noviembre de 2012, y la Vocal Violeta Lucero Ferreyra Coral, atendiendo a la reconfirmación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE del 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. **SANCIONAR** a la empresa TESACOM PERU S.A.C. (RUC N° 20511794987), por un período de trece (13) meses de suspensión en su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado, conforme a los argumentos expuestos, 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, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
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°* **1737-2013-TC-S1**

3. Poner en conocimiento del Ministerio Público la presente resolución, de acuerdo a los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**PRESIDENTA**

**VOCAL**

**VOCAL**

ss.  
Sifuentes Huamán.  
Ferreyra Coral.  
Arteaga Zegarra.

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

**Lima, 19 de agosto del 2013**

**Expediente : N° 00497-2012-TC**

**Escrito : N° 6**

**Sumilla : Interponemos Recurso de Reconsideración.**

**SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:**

**TESACOM PERU S.A.C**, con RUC N° 20511794987, con domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 4075, Miraflores - Lima y correo electrónico: [jvalderrama@tesacom.net](mailto:jvalderrama@tesacom.net), debidamente representado por Jorge Eugenio Valderrama Bielich, identificado con DNI N° 07778963 según poder que se adjunta, en el procedimiento administrativo sancionador seguido ante la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, señalo que:

#### **I. EXPRESION CONCRETA DE LO PEDIDO**

Interpongo Recurso Administrativo de Reconsideración dentro del plazo legal establecido en el artículo 249° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, contra la Resolución de fecha 12 de agosto del 2013 dictada por la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado en base a los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

#### **II. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO**

2.1. La Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado emitió la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 en la cual deciden suspender a mi representada por un período de trece (13) meses en su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado por la supuesta 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. Siendo así desarrollaremos los argumentos de hecho y de derecho que el Tribunal que usted preside deberá considerar a fin de eximir a mi representada de toda responsabilidad por los hechos imputados:

2.2. Siendo que la denuncia presentada contra mi representada por la supuesta infracción de la norma de contrataciones se fundamenta en el hecho que su ex Gerente General, Sr. Jorge Dorrego Arias se encontraba impedido de representar

a una empresa que contrate con el Estado por ser oficial de la Marina de Guerra en situación de disponibilidad, corresponde primero determinar si realmente éste se encontraba impedido y por tanto si cometió infracción a la normativa de contrataciones.

### **Situación de disponibilidad y categoría laboral del Sr. Dorrego**

2.3. El Tribunal; a fin de determinar si el Sr. Dorrego se encontraba o no impedido de contratar con el Estado ha señalado que:

*“Dentro de este contexto, la normativa vigente en contratación pública ha previsto en el citado artículo 10º de la Ley, cuales son las personas (naturales o jurídicas) que están impedidas de contratar con el Estado, entre ellas:*

*Cualquiera sea el régimen laboral de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: (...)*

*d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares 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 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, (...)*”

2.4. Siendo así el colegiado ha precisado quienes se encuentran impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de selección que convoquen las Entidades a las que pertenecen las siguientes personas:

*“a) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo,*

b) Los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado,

c) Los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos,

En ese sentido, se constata que el impedimento regulado en el literal

d) del artículo 10º de la Ley alcanzaría a todos los funcionarios y servidores públicos.

(....)

Asimismo, se aprecia que dicho impedimento es aplicable indirectamente, en el ámbito y tiempo establecidos para dichas personas, a las personas jurídicas cuyos **integrantes de los órganos de la administración**, apoderados o representantes legales sean las personas antes detalladas”

2.5. Siendo entonces que a criterio de la Sala todos los funcionarios y servidores públicos se encuentran impedidos de contratar con el Estado, correspondía analizar si el Sr. Dorrego se encontraba dentro de dicho supuesto, es decir si al ser oficial de la Marina de Guerra era servidor o funcionario público y si a pesar de encontrarse en situación de disponibilidad mantenía no solo una de las categorías señaladas sino además su impedimento para contratar con el Estado.

2.6. A fin de determinar si el Sr. Dorrego; por ser oficial de la Marina; mantenía la condición de servidor o funcionario público, señalamos que la Ley de Funcionarios Públicos y Empleados de Confianza señala en su artículo 6º la clasificación de los funcionarios públicos no señalándose a los oficiales de las fuerzas armadas dentro de esta categoría.

2.7. Siendo así y luego del análisis respectivo, manifestamos que en el artículo 6º 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.”*

Lo señalado guarda estrecha vinculación con lo indicado en la segunda disposición complementaria y transitoria de la misma ley que señala:

*“quedan reconocidas como carreras especiales dentro de la administración pública: (...) la carrera del personal militar”.*

2.8. Es así que, a partir de lo señalado podemos 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.

2.9. Habiendo quedado claro que los oficiales de las fuerzas armadas (como la Marina de Guerra) se encuentran dentro de la categoría de servidores públicos, debe por tanto tenerse en cuenta que éstos 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.

2.10. Respecto a la situación de disponibilidad del Sr. Dorrego; la Primera Sala ha señalado que:

*“En tal sentido, conforme se aprecia en la referida norma, el estado de disponibilidad solo supone que el oficial se encuentra temporalmente apartado del servicio activo en su institución, mas no supone una terminación o apartamiento definitivo de esta, como efectivamente ocurre en la situación de retiro”*

*“En consecuencia, se puede colegir válida y legalmente que el oficial en situación de disponibilidad continua integrando la referida institución castrense, pudiendo retornar al servicio activo una vez desaparecidas las causales que originaron su separación; motivo por el cual el Oficial en situación de disponibilidad se encuentra impedido de actuar como participante, postor y/o contratista en*

*procesos de selección convocados por la Marina de Guerra del Perú,  
al formar parte de ésta”*

2.11. Ante ello debemos manifestar que 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.

2.12. La Primera Sala compara en el párrafo citado la situación de disponibilidad con la de retiro indicando que *“(...) mas no supone una terminación o apartamiento definitivo de esta, como efectivamente ocurre en la situación de retiro”*, sin embargo dicha aseveración no se ajusta a lo establecido en 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. Nos explicamos.

2.13. 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 norma citada.

Asimismo señalamos que en el artículo a 9° de la norma citada establece:

*“El grado militar conferido a los Oficiales de las Instituciones Armadas tiene carácter vitalicio. Únicamente puede ser retirado por sentencia judicial consentida y ejecutoriada”.*

2.14. Es decir, si bien ya no cuentan con un empleo dentro de su institución, siguen perteneciendo a ella, caso contrario no mantendrían el grado militar con el que contaban al momento del retiro con las atribuciones inherentes a éste establecidas en el artículo 6° de la misma norma.

*“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”.*

2.15. Siendo así el artículo citado no sólo establece las atribuciones del grado, los que claramente 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.

El artículo 44° de la citada norma establece que:

*“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”*

Asimismo, el artículo 57° de la referida norma, señala sobre las 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(...)”*

En igual sentido el artículo 59° de la señalada ley establece sobre la pérdida de la condición de militar que:

*“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.*

*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”.*

Así también, el artículo 60º, establece respecto al oficial en situación de retiro y la condición de reserva que:

*“La condición de reserva del Oficial en situación de retiro constituye la posibilidad de ser reincorporado al servicio, para el cumplimiento de determinado empleo y por períodos delimitados, en atención a las causales previstas en el Reglamento de la presente Ley.*

*El Oficial en situación de retiro, permanece en la condición de reserva hasta por un máximo de cinco (5) años, después de excedido el límite de edad correspondiente a su grado. Cuando es reincorporado, goza de las mismas prerrogativas del Oficial en situación de actividad, de acuerdo al grado que ostenta, con excepción de las remuneraciones, beneficios, derecho al ascenso, y sin perjuicio de sus derechos pensionarios”.*

2.16. De acuerdo a los artículos citados es claro que lo general en la situación de retiro es el hecho que el vínculo con la Entidad se mantiene, siendo que solo cuando medie sentencia judicial (literal H del artículo 44º) el oficial en dicha situación pierde todos los honores, preeminencias, tratamientos y otros goces de la situación de actividad.

2.17. De lo expuesto resulta evidente que 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.

2.18. A partir de ello 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. Es decir pertenecer a una institución no significa necesariamente mantener un relación de índole laboral con esta.

2.19. Siendo así y en el caso concreto demostrado que un oficial puede pertenecer a la institución castrense sin mantener un vínculo laboral, analizaremos si el Sr. Dorrego, por encontrarse en situación de disponibilidad y por tanto seguir perteneciendo a la Marina de Guerra, mantenía una relación laboral con dicha entidad y por tanto podía ser considerado servidor público y estar consecuentemente impedido de contratar con el Estado.

Al respecto, el artículo 30° de la Ley 28359 -Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas:

*“la disponibilidad es la situación transitoria en la que el Oficial se encuentra apartado de la situación de actividad, pudiendo retomar a ésta desaparecidas las causales que originaron su separación del servicio activo”*

2.20. Es decir la misma norma señala que el oficial en dicha situación se encuentra apartado de la situación de actividad.

Asimismo, artículo 14° de la norma citada señala:

*“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.*

**El Oficial en situación de actividad tiene derecho a la asignación de empleo**”. (negrita y subrayado son nuestros)

*Artículo 3°.- Clasificación*

*La clasificación de los Oficiales de las Fuerzas Armadas es la siguiente:*

*A) En atención a su situación en el servicio:*

*En Situación de Actividad.*

*En Situación de Disponibilidad.*

*En Situación de Retiro.*

*En Situación de Reserva.*

En igual sentido, la propia Entidad en la Resolución del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de fecha 11 de mayo del 2010 ha señalado que:

*“La Situación de Disponibilidad, es la situación transitoria en la que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el artículo 30° de la Ley N° 28359. Quiere decir,*

*que el personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad."*

2.21. Siendo entonces que según el artículo 3º de la norma citada, 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 **SITUACION 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, tal y como se ha precisado, es precisamente el TENER EMPLEO.

2.22. De lo expuesto entonces se puede afirmar que 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 y como el artículo 14º de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas lo señala.

2.23. Siendo así ha quedado demostrado que si bien durante el periodo de situación de disponibilidad en el 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 un 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 en cuestión no se encontraba impedido de contratar con el Estado.

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

La Primera Sala en la resolución emitida ha señalado:

“(.. )En ese sentido, si bien la opinión vertida por la referida fuerza armada sería distinta a lo expuesto por este colegiado, debe tenerse presente, por un lado, que dicha posición ha sido expuesta por un Comité de Apelaciones al resolver un determinado recurso de apelación, cuyos efectos se circunscriben al caso concreto, no observándose que se trate de una posición institucional emitida por el órgano competente para ello, mas aun cuando, de conformidad con la normativa de contrataciones estatales, el órgano competente para interpretar y determinar las causales de impedimento en temas de contrataciones del Estado es el OSCE.”

2.24. Al respecto debemos manifestar que 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 éste el órgano encargado de recibir y pronunciarse sobre las apelaciones presentadas por los postores impugnantes de los distintos procesos de contratación llevados a cabo por la Marina.

2.25. Es decir, a diferencia de un Comité Especial que es designado y conformado para llevar a cabo un determinado proceso de selección, razón por la cual solo conocerá del tema específico, 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 aplicar el mismo criterio en todos los casos, el cual y por el carácter de dicho comité será la posición de la Entidad.

En igual sentido manifestamos que en la Resolución del Comité en cuestión de fecha 11 de mayo del 2010, en la parte considerativa se señala:

“Que, el Comité Especial Permanente llevó a cabo el proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010-MGP/DIRTEL-Servicio de Telefonía Móvil Satelital para el VRAE, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado (...)

Así también se señala en la referida resolución:

*“Que, mediante Carta V.200.784 de fecha 26 de abril del 2010, el Presidente del Comité Especial Permanente corrió traslado a la empresa TESACOM PERU S.A.C del recurso de apelación presentado por la empresa TESAM PERU S.A, contra el otorgamiento de la Buena Pro, con la finalidad que lo absuelva dentro del plazo de ley”*

*“Que mediante Carta C.049-2010 de fecha 4 de mayo del 2010 la empresa TESAM PERU S.A solicita el uso de la palabra, por lo cual con Carta Oficial V.200-011 de fecha 05 de mayo del 2010, el Presidente del Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado-Marina de Guerra del Perú, corrió traslado a la empresa TESACOM PERU S.A.C, concediendo el uso de la palabra para el jueves 06 de mayo a 16:00 horas, habiéndose realizado la misma en presencia de los representantes de ambas partes”*

2.26. Los párrafos citados tienen por objeto demostrar que no existe identidad entre el Comité Especial y el Comité de Apelaciones, por lo que éstos cumplen funciones distintas. Al respecto el primero, tal y como se puede apreciar, llevó a cabo el proceso de selección así como corrió traslado del recurso de apelación presentado por el otro postor, funciones diferentes a las encargadas por el Comité de Apelaciones el cual concedió el uso de la palabra a la empresa competidora como parte del análisis y previo al pronunciamiento sobre la apelación presentada.

#### **Respecto a la aplicación por analogía de la OPINION N° 045-2013(DTN)**

2.27. Con respecto a la solicitud de mi representada de que se aplique; en lo pertinente; el contenido de la OPINION N° 045-2013 (DTN), la Sala ha señalado que:

*“(…) cabe indicar que la misma sólo se encuentra referida al análisis del impedimento establecido en el literal l) del artículo 7° del Decreto de Urgencia N° 020-2006, que establecen la imposibilidad de que un*

funcionario público reciba una doble remuneración por parte del Estado, situación distinta a la analizada al presente caso, el cual no se encuentra referido a un análisis de doble remuneración, conforme a las normas antes citadas; asimismo debe tener presente que, tal como se ha señalado en los párrafos anteriores, los impedimentos establecidos en la normativa de contrataciones están orientados a salvaguardar el cumplimiento de los Principios de Libre Competencia, Imparcialidad, Transparencia y Trato Justo e Igualitario dentro de los procesos de selección que las Entidades llevan a cabo, a fin de evitar que se generen situaciones de privilegios o conflictos de intereses, orientación bajo el cual este colegiado analiza el presente caso”

2.28. Al respecto manifestamos que mi representada no pretende se aplique el íntegro del contenido de la opinión citada, puesto que como señala la Sala se trata del 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 (DTN), 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.

Siendo así en dicha opinión, la DTN del OSCE, ha manifestado que

“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”.

“El personal de la Policía Nacional del Perú en situación de “actividad” o de “disponibilidad”; se encuentra impedido en virtud del literal l) del artículo 10º de la Ley de ser participante, postor y/o contratista en las contrataciones de servicios en general y servicios de consultoría convocados por las Entidades en el marco de la

normativa de contrataciones del Estado, a excepción del servicio de apoyo al serenazgo a cargo de los gobiernos locales, siempre que se realice en el uso de sus vacaciones u horas o días de descanso”

2.29. De acuerdo a lo concluido en la opinión en cuestión se tiene que 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. Así mismo se ha señalado 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 que un oficial o suboficial de la PNP en situación de disponibilidad no se encuentra impedido de contratar con el Estado en contratación de bienes u obras, como es el caso de la buena pro obtenida por mi representada en el proceso para la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria, derivada de la Licitación Pública N° 003-2010-MGP/DIRTEL) para la implementación del puesto de Comando y Control de Comando Operacional Marítimo, convocatoria realizada para la contratación de bienes.

2.30. Siendo que la DTN mediante la opinión citada aclaró la duda existente sobre los alcances de la prohibición para contratar con el Estado respecto a los oficiales y suboficiales de la PNP, corresponde señalar que dicha posición debe ser aplicada al caso de mi representada toda vez que si bien la situación de los oficiales de la PNP y de las Fuerzas Armadas (Marina de Guerra, Fuerza Aérea y Ejército), en adelante FF.AA, se rigen por normas diferentes-la PNP por el Decreto Legislativo N° 1149 y las FF.AA por la Ley N° 28359, existe una evidente similitud en los alcances, beneficios y limitaciones de las categorías a las que pueden pertenecer sus oficiales, conforme se puede apreciar de la lectura de dichas normas.

2.31. La solicitud de aplicación por analogía respecto a los criterios impartidos en la Opinión citada sobre la situación de disponibilidad de los oficiales de la PNP responde al criterio uniforme que debe tener OSCE respecto de los distintos temas que deba analizar y emitir opinión, es decir si en dicha opinión concluyó que los oficiales o suboficiales de la PNP en situación de

disponibilidad no se encuentran impedidos de contratar con el Estado en contratación de bienes u obras, no existe fundamento alguno que sostenga que ahora el mismo Osce a través del Tribunal de Contrataciones decida no aplicar el mismo criterio, toda vez que como señalamos la aplicación de la Opinión es solo respecto a la postura de la Entidad respecto a la situación de disponibilidad de los oficiales de la PNP, regulación similar a la de los oficiales de las Fuerzas Armadas.

2.32. En el mismo sentido precisamos que el OSCE a través de la DTN emitió la Opinión señalada a fin de absolver el siguiente cuestionamiento hecho por el Inspector General de la PNP:

*"(...) no está claramente establecido que el personal de Oficiales y Suboficiales PNP en situación de actividad y disponibilidad así como sus familiares puedan contratar o participar como proveedores de la Policía Nacional del Perú, o en cualquier Entidad del Estado a nivel nacional", la DTN analizo la situación de actividad y disponibilidad de los oficiales de la PNP, encontrando diferencias sustanciales basadas en la relación laboral (empleo, remuneración, etc), a partir de lo cual pudieron determinar que los oficiales en situación de disponibilidad que participaran en contratación de bienes o ejecución de obras no se encontraban impedidos para contratar con el Estado".*

2.33. El OSCE emitió una postura a raíz de la poca claridad sobre el tema, conforme lo expresó el Inspector General de la PNP, lo que indica no solo que efectivamente no existe claridad respecto a la prohibición de los oficiales de la PNP sino que además era necesario que la Entidad que supervisa las contrataciones del Estado deba manifestarse al respecto, tal y como lo hizo.

2.34. Dicho esto manifestamos que el Tribunal debe aplicar la postura del OSCE señalada en la Opinión ya citada, puesto que lo contrario significaría un trato desigual, injusto y antojadizo hacia mi representada como administrada.

**Respecto al conocimiento con el que mi representada contaba sobre la postura del Tribunal de Contrataciones:**

2.35. La Sala ha señalado que:

“Además, cabe indicar que el Contratista ya fue sancionado hasta en tres oportunidades anteriores, conforme se aprecia del cuadro que se detalla a continuación, por las mismas causales de infracción y bajo iguales circunstancias; por tanto, él ya conocía de la postura del Tribunal de Contrataciones del Estado al respecto”

Siendo así el cuadro detallado en la resolución es el siguiente:

Inicio Inhab.	Fin. Hab.	Periodo	Resolución	Fecha Res.	Observación
26.05.11	25.12.11	7 meses	694-2011-TC-S2	25.04.11	Confirmada con Res. 872/2011.TC-S2
30.05.11	29.05.12	12 meses	742-2011-TC-S2	29.04.11	Confirmada con Res. 887/2011.TC-S2
15.06.11	14.06.12	12 meses	827-2011-TC-S4	17.05.11	Confirmada con Res. 1013/2011.TC-S4

2.36. Al respecto debemos manifestar que el proceso para la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-016-2010-MGP/DIRTEL (Tercera Convocatoria, derivada de la Licitación Pública N° 003-2010-MGP/DIRTEL) para la implementación del puesto de Comando y Control de Comando Operacional Marítimo, proceso ganado por mi representada a partir del cual versa el presente procedimiento administrativo sancionador; fue convocado por la Marina de Guerra del Perú el día 06 de octubre del 2010, otorgándose la buena pro a mi representada el 18 y suscribiéndose el respectivo contrato el día 29 del mismo mes.

2.37. De acuerdo a lo expuesto y como se puede apreciar en el cuadro señalado por la Primera Sala, las fechas de las resoluciones que resuelven sancionar a mi representada datan del 25 de abril, 29 de abril y 17 de mayo del 2011 respectivamente, es decir más de 6 meses después de otorgada la buena pro en el caso que nos convoca.

2.38. Siendo entonces que el Tribunal de Contrataciones se pronunció en los procedimientos administrativos sancionadores señalados después que TESACOM se presentara como postor y obtuviera la buena pro en el proceso 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.

2.39. En virtud de lo expuesto, y habiéndose demostrado que mi representada no conocía la postura del Tribunal de Contrataciones, es evidente que esta actuó de buena fe en todo momento sin tener como si quiera poder imaginar que su accionar podría infringir la norma de contrataciones más aún si para la propia Entidad contratante tal y como se señala en la Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de Contrataciones del Estado de la Marina, el vínculo laboral del Sr. Dorrego quedó interrumpido por encontrarse en situación de disponibilidad no encontrándose inmerso dentro de los alcances de impedimento para contratar:

*“La Situación de Disponibilidad, es la situación transitoria en que el Oficial se encuentra apartado de la Situación de Actividad; según lo establecido en el artículo 30º de la Ley Nº 28359. Quiere decir, que el personal que se encuentra bajo este régimen, queda interrumpido su vínculo laboral cuando pasa a esta situación, no teniendo la misma relación jurídica que la de un Oficial en Situación de Actividad”.*

Asimismo en el documento señalado, la Entidad indica en el cuarto párrafo de la tercera página:

*“Que, asimismo refiere que el C.de F. (D) Jorge Adrián DORREGO Arias, pasa a la situación de disponibilidad con fecha 24 de marzo del 2010, y el acto de presentación de propuestas del proceso de selección ADS-009-2010-MGP/DIRTEL, estaba programado para el día 15 de abril del 2010, por lo que, no se encuentra inmerso en los alcances del inciso d) e i) del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº*

1017. Ley de Contrataciones del Estado, sustento legal en que ampara su pretensión la empresa impugnante”:

Habiéndose demostrado que mi representada no infringió la normativa de contrataciones del Estado no corresponde aplicar sanción alguna.

**POR LO EXPUESTO SOLICITAMOS:**

Se declare fundado el presente Recurso de Reconsideración

**Primer otrosí decimos:** Uso de la palabra

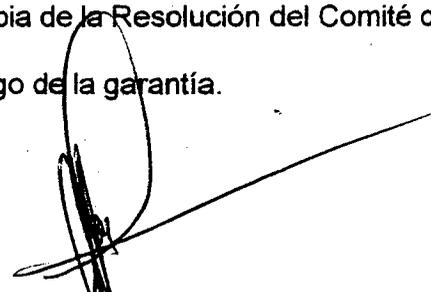
Se solicita el uso de la palabra a fin de exponer las razones legales y de libre competencia que sustentan el presente escrito, autorizando para tal efecto al Dr. Mario Ernesto Linares Jara, identificado con CAL N° 40709 quien tendrá a su cargo la exposición de los aspectos legales, así como al Sr. José Antonio Sánchez Elia, identificado con DNI N° 14217040 quien procedente del extranjero, tendrá a su cargo la exposición de los aspectos de libre competencia.

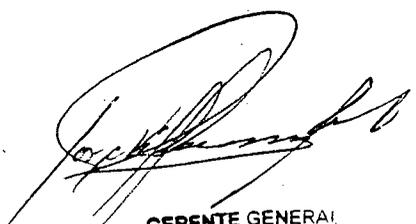
**Segundo otrosí decimos:**

Nos reservamos el derecho de ampliar los argumentos expuestos.

**Anexos:**

- 1.- Copia del poder del representante
- 2.- Copia del DNI del representante
- 3.- Ley 28359
- 4.- Copia de la Resolución del Comité de Apelaciones de fecha 11.05.10
- 5.- Pago de la garantía.

  
.....  
*Mario Linares Jara*  
ABOGADO  
CAL 40709

  
GERENTE GENERAL  
TESACOM PERU S.A.



CARGO

Expediente : N° 00497-2012-TC

Escrito : N° 7

Sumilla : Alegatos Finales, Nulidad de Resolución N° 1737-2013-TC-S1 y Reexamen del caso

**SEÑOR PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO:**

**TESACOM PERU S.A.C**, con RUC N° 20511794987, con domicilio procesal en la Av. Arequipa N° 4075, Miraflores - Lima y correo electrónico: [jvalderrama@tesacom.net](mailto:jvalderrama@tesacom.net), debidamente representada por Jorge Eugenio Valderrama Bielich, identificado con DNI N° 07778963 según poder que se adjunta, en el procedimiento administrativo sancionador seguido ante la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, señalamos:

La Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado emitió la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 en la cual deciden suspender a mi representada por un período de trece (13) meses en su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado por la supuesta 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. Siendo así manifestamos que dicho acto administrativo contraviene el ordenamiento jurídico además de contener errores fácticos y defectos en la motivación, razón por la cual debe emitirse una nueva resolución que contenga un re examen del presente caso, solicitud que procedemos a fundamentar:

**1. Inaplicación de Opinión vinculante. Se sostiene erradamente que la misma no hace referencia al supuesto normativo materia del presente caso.**

La fundamentación de la Resolución N° 1737-2013-TC-S1, respecto a la situación de disponibilidad del Sr. Dorrego Arias, contiene vicios de nulidad. En primer término se dan imprecisiones respecto a la negativa de aplicación de la OPINIÓN 045-2013 (DTN) al presente caso, pues se ha mencionado en la resolución que la opinión se refiere a un supuesto distinto al tratado en el proceso, esto es que la opinión trata exclusivamente sobre el literal l) del artículo 10° de la Ley de

Contrataciones del Estado a la luz del artículo 40º de la Constitución Política del Perú y el artículo 10º del Decreto de urgencia N° 020-2006, que regula lo relativo a la prohibición de la doble percepción remunerativa para los funcionarios públicos y nada más, dejando de lado que la opinión se pronuncia claramente sobre el literal d) de la misma norma señalando que la situación de disponibilidad implica que no le sea aplicable a la persona que se encuentra en dicha situación el régimen de inhabilidades para contratar con el Estado. Citamos puntualmente lo indicado por la resolución y lo indicado por la opinión evidenciándose la contradicción:

**Resolución 1737-2013 –TC –S1:**

*"15. (...) Asimismo, en cuanto a la solicitud de aplicación, en el presente caso, de lo señalado en la Opinión N° 045-2013 (DTN), cabe indicar que la misma solo se encuentra referida al análisis del impedimento establecido en el literal l) del artículo 10º de la Ley a la luz del artículo 40 de la Constitución Política del Perú y el artículo 7 del Decreto de Urgencia N° 020-2006, que establecen la imposibilidad de que un funcionario público reciba una doble remuneración por parte del Estado, situación distinta a la analizada al presente caso, el cual no se encuentra referido a un análisis de doble remuneración, conforme a las normas antes citadas."*

**Opinión N° 045 -2013.**

*"2.2 (...) En tal sentido considerando que el impedimento contenido en el literal d) del artículo 10º de la Ley (que versa sobre impedimentos de funcionarios por tener una relación con la Entidad) 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"(El paréntesis y el subrayado es agregado por nosotros)*

Como es de verse lo opinado por el OSCE es claro y determinante en el presente caso y no puede ser obviado por el Tribunal. Existe, si bien no identidad en el caso (ello es imposible en las Opiniones del OSCE que se pronuncian solo sobre interpretaciones de la normativa y no sobre casos puntuales), si una identidad respecto del punto controvertido, esto es, si los militares en situación de disponibilidad pueden o no contratar con el Estado por si o representando a personas jurídicas. Debe recordarse asimismo que la opinión es un todo, no solo la parte final, sino que la parte considerativa genera vinculación de acuerdo con Teoría Formalista del Razonamiento Decisivo, la cual se fundamenta en la presencia de la "ratio decidendi", que no es otra cosa que los argumentos presentes en la parte considerativa de una opinión que constituyen la base de la decisión del tribunal acerca de la materia sometida a su conocimiento, siendo vinculantes tanto la parte considerativa como la resolutive.

Al hilo de lo expuesto y de acuerdo a la Tercera Disposición Complementaria Final del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que las Opiniones de OSCE son de carácter vinculante, el Tribunal no puede desconocer el criterio y se encuentra obligado a utilizar el mismo, generándose de lo contrario nulidad y las consecuencias que se deriven de la misma.

**2. La resolución se encuentra viciada asimismo al citar un hecho que no se ha verificado en la realidad.**

Se ha imputado en la resolución que la empresa TESACOM conocía la postura de 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, 742-2011-TC-S2 y 827-2011-TC-S4, sin embargo estas las resoluciones, como se puede verificar, fueron emitidas en los meses de mayo y junio del año 2011, es decir al año siguiente de haberse convocado, otorgada la buena pro y suscrito el contrato de la Adjudicación de Menor Cuantía a partir de la cual se abrió el presente procedimiento administrativo sancionador. Mostramos el siguiente cuadro:

Inicio Inhab.	Fin. Hab.	Periodo	Resolución	Fecha Res.	Observación
26.05.11	25.12.11	7 meses	694-2011-TC-S2	25.04.11	Confirmada con Res. 872/2011.TC-S2
30.05.11	29.05.12	12 meses	742-2011-TC-S2	29.04.11	Confirmada con Res. 887/2011.TC-S2
15.06.11	14.06.12	12 meses	827-2011-TC-S4	17.05.11	Confirmada con Res. 1013/2011.TC-S4

Siendo así ha quedado claramente demostrado que resulta imposible que mi representada conociera de la posición del Tribunal de Contrataciones del Osce respecto a la supuesta infracción a la norma de contrataciones que estaría cometiendo, lo que significaría claramente que la resolución contiene un vicio que hace su nulidad.

**1.3 El Tribunal se ha pronunciado de forma inexacta sobre la confianza legítima, buena fe y/o seguridad jurídica creada por la Marina de Guerra como Administración y TESACOM como administrado. Precedente constitucional aplicable.**

Si el principio de buena fe es fundamental en las relaciones entre particulares, con mayor razón tiene validez cuando actúan las autoridades públicas, bien sea en el cumplimiento de sus deberes como en sus obligaciones, estando a que estas se encuentran premunidas de potestades exorbitantes del derecho común como son las presunciones de legitimidad y legalidad de sus actos además de la ejecutividad y ejecutoriedad de los mismos, basados en el principio de auto tutela.

Siendo así, señalamos que el criterio de la Marina de Guerra respecto de la situación de disponibilidad; aun en el supuesto negado que ésta fuera errada; ha ocasionado una lógica confianza en el administrado quien no tendría porque suponer que la interpretación realizada por la Entidad no es la correcta.

Así también señalamos que el fundamento del principio de confianza legítima que exige que las autoridades y la Administración sean fieles a sus propios actos o 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

El principio de protección de la confianza legítima no es otra cosa que la irrevocabilidad de las situaciones subjetivas consentidas y admitidas por la Administración. Así también es una técnica de protección de las situaciones consolidadas, una salvaguarda de los derechos frente a la Administración; una garantía del ciudadano que ha realizado su actuación conforme legítimamente podía suponerse que iba a actuar la Administración ponderando los precedentes, la legalidad aplicable, y las situaciones ya consolidadas.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos. En resumen, la seguridad jurídica es la «*certeza del derecho*» que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados.

La Sentencia del Tribunal Constitucional EXP 001-2001 TC, aplicable al caso, es clara en relación al principio de seguridad jurídica, base del de protección de la confianza legítima:

*“Dirimiendo el Conflicto de Competencia interpuesto por la Municipalidad Distrital de San Pedro de Lurín contra la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac, y dispone: 1) que, de conformidad con el artículo 186°, inciso 7), de la Constitución Política de 1979 y el artículo 102°, inciso 7), de la vigente Constitución, corresponde al Poder Ejecutivo la atribución de proponer la demarcación territorial y al Congreso de la República aprobar dicha demarcación. En consecuencia, las municipalidades provinciales y distritales carecen de competencia para aprobar o modificar la demarcación territorial; 2) que se declare nulo el Acuerdo de Concejo N.° 011-2000-MDSSP/C, emitido por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac; 3) que no es posible anular cada uno de los actos administrativos dictados por la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac sustentados en el citado Acuerdo de Concejo, dado que se trata de un conjunto de actos administrativos cuya nulidad podría afectar*

*legítimos derechos de terceros, generados por el principio de la buena fe de los mismos; 4) que, a partir de la fecha de notificada la presente sentencia, la Municipalidad Distrital Santísimo Salvador de Pachacamac se abstenga de ejercer competencia amparada en el Acuerdo de Concejo N.º 011-2000-MDSSP/C y en los actos administrativos que de él deriven. Dispone la notificación a las partes y su publicación en el diario oficial El Peruano”.*

En la sentencia señalada el Tribunal determinó que 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.

Siendo así señalamos que mi representada actuó en cumplimiento de la Ley de Contrataciones así como de la Ley de Situación Militar de los Oficiales de las Fuerzas Armadas, siguiendo el mismo criterio empleado siempre por la Marina de Guerra, por lo que en caso dicho criterio sea errado, cosa que negamos desde siempre y que coincide con la Opinión del OSCE antes citada; la postura de la entidad castrense creó seguridad jurídica en TESACOM, la cual conociendo dicha postura; y no teniendo por tanto que suponer el error en que se encontraría, participo en procesos de selección. Debe estarse a que se trata de una opinión de una entidad castrense sobre un asunto castrense, lo que refuerza su credibilidad y efectos.

En igual sentido señalamos que tal y como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia citada, la seguridad jurídica debe primar sobre el Principio de Legalidad, toda vez que a través de la primera el administrado encuentra una situación de predictibilidad, confianza y continuidad frente a las actuaciones de la Administración, a partir de la cual éste podrá llevar a cabo sus actuaciones con pleno conocimiento de que cumple la norma, razón por la cual en caso mi representada haya seguido un criterio errado a partir del pronunciamiento del Estado Peruano vía Resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la Marina de Guerra, la seguridad jurídica generada a TESACOM debe primar sobre la correcta aplicación de la norma, caso contrario

nos encontraríamos en supuesto de que las actuaciones y posturas de la Administración no deban formar en ningún caso convicción causando lógicamente en el administrado una situación de permanente incertidumbre que no podría ser superada.

Siendo que en la Resolución N° 1737-2013-TC-S1 no se ha realizado el debido análisis respecto a la aplicación del criterio expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional y en la seguridad jurídica con que contaba mi representada a partir del pronunciamiento de la Marina de Guerra, seguridad que lógicamente debe primarse sobre el Principio de Legalidad en caso se considere dicha postura estuviera errónea se evidencia claramente un vicio de nulidad en la señalada resolución.

**1.4 En relación a lo expresado por la resolución en relación a asumir que la responsabilidad objetiva es asumida por la normativa de contrataciones del Estado.**

Citamos el párrafo correspondiente:

*"17. (...) conforme al marco normativo aplicable en materia sancionadora de contrataciones del Estado, la intencionalidad del infractor es considerada como una causal de graduación de la sanción a imponerse, regulada en el artículo 245° del Reglamento, y no como una causal eximente de responsabilidad." (Subrayado agregado)*

La responsabilidad objetiva no está expresamente invocada en la normativa, se trata de una interpretación errada, desde nuestra opinión, de parte del Tribunal que se encuentra renuente en asumir una postura conforme a la más actualizada doctrina y legislación comparada, inclusive es contraria a pronunciamientos expuestos del Tribunal Constitucional.

Dada la naturaleza del presente escrito, solo citamos los precedentes del Tribunal Constitucional en relación a 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.

Así, es preciso citar lo expuesto por el Tribunal Constitucional en la Resolución 1873-2009 AA/TC, fundamento N° 12, sentencia en la que el máximo intérprete de la Constitución realiza una descripción de una serie de principios que con ciertos matices ha recibido el Derecho Administrativo Sancionador del Derecho Penal:

*"12. (...) Los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:*

*a. Principio de legalidad (...)*

*b. Principio de tipicidad, (...) la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales "de honor", y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de "responsabilidad objetiva del administrado", lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.*

*c. Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente. (...)*

*d. Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o*

*excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados.” (El subrayado es nuestro)*

Ahora bien, para efectos del presente escrito, resulta pertinente resaltar lo expresado por el Tribunal Constitucional en relación al principio de culpabilidad, el mismo que implica la prohibición de imponer sanciones atendiendo a una responsabilidad objetiva.

En efecto, la aplicación del referido principio ha sido reconocida en diferentes resoluciones como N° 05156-2006-PA/TC (fundamento 54°), N° 2192-2004-AA/TC (fundamento N° 4), 06301-2006-PA/TC (Fundamento N° 10), 07320-2005-AA/TC (fundamento N° 61) y N° 2050-2002 AA/TC fundamento N° 8:

*“8. (...) es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, (...).” (El subrayado es nuestro)*

En esa línea, 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 sujetos pasibles de sanción, tal y como se aprecia en la Resolución 010-2002 AA/TC, fundamento N° 62:

*“62. Una interpretación que considere que la acción bajo comentario tiene la condición de elemento objetivo resulta atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Por ende, no basta la sola afectación o puesta en peligro de determinados bienes jurídicos que el Derecho Penal protege. El principio según el cual “no hay pena sin dolo o culpa” exige que el actor haya actuado con voluntad de afectarlos. Ese criterio está recogido en el artículo 12° del Código Penal de 1991.” (El subrayado es nuestro)*

De lo vertido por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, se tiene que el principio de culpabilidad se erige como uno de los principios básicos de la potestad sancionadora del Estado, siendo, así, una garantía para los administrados cuyos derechos pueden verse enormemente afectados por la aplicación de un criterio meramente objetivo.

Lo señalado por el máximo intérprete de la constitución debe ser tomado en consideración por todos los poderes que conforman el Estado, a fin de que se interpreten las normas de acuerdo a sus pronunciamientos, evitando así, decisiones injustas y todas luces contrarias a la constitución. Así lo ha expresado el propio Tribunal Constitucional en la STC 3741-2004-AA/TC, fundamento 42:

*“42. (...) Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N.º 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo” (El subrayado es nuestro).*

Ello también ha sido resaltado en la Resolución N.º 0006-2006-PC/TC, fundamento 61 y 62:

*“Las sentencias del Tribunal Constitucional, por tanto, dado que constituyen la interpretación de la Constitución de su supremo intérprete, se estatuyen como fuente de Derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Y ello es así porque la norma fundante*

*básica [la Constitución] es el fundamento de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden jurídico, constituye ella la unidad dentro de la multiplicidad de esas normas. Esa unidad también se expresa diciendo que el orden jurídico es descrito en enunciados jurídicos que no se contradicen.*

*62. Por ello, en la medida que las sentencias del Tribunal Constitucional son concreciones de la Constitución que se incorporan al sistema de fuentes, son parámetros jurídicos para evaluar la legitimidad constitucional de los actos legislativos, administrativos e, incluso, jurisdiccionales. Su omisión o desvinculación por parte de cualquier poder del Estado u órgano constitucional acarrea, prima facie, su nulidad. Ello es precisamente lo que determina, en el presente caso, la ilegitimidad de las resoluciones estimatorias de amparo y de cumplimiento expedidas por el Poder Judicial; lo que finalmente causa un detrimento en las atribuciones del Poder Ejecutivo ya aludidas supra” (Subrayado agregado)”*

Es decir, las sentencias del Tribunal Constitucional al integrarse también al sistema de fuentes constituyen parámetros para la interpretación y aplicación del derecho, por lo que las decisiones de los demás poderes del Estado deben estar conforme a ellas.

En virtud de lo anteriormente expuesto, solicitamos al Tribunal que se pronuncie respecto de las razones jurídicas que fundamentan su renuencia a la aplicación de las sentencias constitucionales.

#### **1.5 Respecto de la resolución emitida por el Comité de Apelaciones de la Marina de Guerra y a la aplicación de la OPINIÓN 045-2013 (DTN)**

El Tribunal ha señalado que:

*“En ese sentido, si bien la opinión vertida por la referida fuerza armada sería distinta a lo expuesto por este colegiado, debe tenerse presente, por un lado, que dicha posición ha sido expuesta por un Comité de Apelaciones al resolver un determinado recurso de apelación, cuyos efectos se circunscriben al caso concreto, no observándose que se trate de una posición institucional emitida por el órgano competente para ello, más aún cuando, de conformidad con la normativa de contrataciones estatales, el órgano competente para interpretar o determinar causales de impedimento en temas de contrataciones del Estado es el Osce”*

Al respecto debemos señalar, con todo respecto, que es precisamente el Tribunal de Contrataciones del OSCE quien debe vincular sus actuaciones a las Opiniones vertidas por la Dirección Técnica Normativa, razón por la cual al analizar y pronunciarse sobre el caso que nos convoca debió necesariamente aplicar el razonamiento y la posición manifestada por la DTN en la Opinión N° 045-2013(DTN) respecto a la situación de disponibilidad, cuestión que hemos abordado en el punto 1.5 del presente.

**Por lo tanto:**

Señalamos que la presencia de los vicios manifiestos en el acto administrativo conllevan a la nulidad del mismo, razón por la cual el Tribunal debe realizar un nuevo análisis de los actuados en el presente procedimiento administrativo sancionador. Asimismo manifestamos que no existe sanción posible a mi representada considerando fundamentalmente la seguridad jurídica que debe primar siempre entre la Administración y los administrados incluso por encima del Principio de legalidad así como por la valorización que debe realzar el Tribunal de la Opinión N° 045-2013(DTN), la cual tiene carácter vinculante y por tanto de obligatoria aplicación.

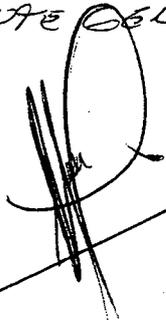
**Anexos:**

- 1.- Copia del poder de representación
- 2.- Copia del DNI del representante.



Lima, 5 de setiembre del 2013

JORGE E. UNZUETA  
GERENTE GENERAL



Mario Linares Jara  
ABOGADO  
Reg. C.A.L. 40709



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 mención<sup>1</sup>, 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 44<sup>2</sup>, 57<sup>3</sup> y 59<sup>4</sup> de la Ley N° 28359, queda claro que lo general en la situación de retiro es el hecho que el vínculo con la Entidad

### <sup>1</sup> 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.

### <sup>2</sup> 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.

### <sup>3</sup> 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 (...)"

### <sup>4</sup> 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 30<sup>5</sup> de la norma en mención se señala que el oficial en situación de disponibilidad se encuentra apartado de la situación de actividad. Asimismo, en el artículo 14 de la referida norma se establece que *"El empleo constituye el desempeño personal de una función real y efectiva que se encomienda al Oficial, en atención a los cuadros de organización de cada institución armada y, conforme a su grado, antigüedad y especialidad. No existe empleo honorífico alguno, ni ejercicio del mismo por delegación"*.
- g) Según el artículo 3 de la norma en mención, las situaciones de actividad y disponibilidad son categorías distintas en las que pueden encontrarse los oficiales de las fuerzas armadas, y dado que la misma norma ha precisado claramente el tipo de oficiales que tienen derecho a empleo; siendo estos los que se encuentran en situación de actividad, resulta evidente que los oficiales en situación de disponibilidad no tienen derecho a empleo, no pudiendo por tanto ser calificados como servidores públicos, toda vez que la característica fundamental de dicha clasificación es el tener empleo.
- h) Para pertenecer a la categoría de servidor público la persona debe en todo momento encontrarse empleada en una entidad pública, es decir, mantener una relación laboral con las características de prestación personal, subordinación y remuneración por el trabajo realizado, hecho que no sucede en una situación de disponibilidad, tal como el artículo 14 de la Ley N° 28953 lo señala.
- i) En tal sentido, si bien durante el periodo de situación de disponibilidad en la que se encontró el Sr. Dorrego, continuaba perteneciendo a la Marina de Guerra, dicha relación no era de índole laboral, es decir no contaba con empleo ni acumulaba tiempo de servicios, requisito imprescindible para ser considerado servidor público, por lo que al no ser servidor público durante el periodo de la situación no se encontraba impedido de contratar con el Estado.

---

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

**Artículo 30.- Alcances generales**

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



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## **Resolución N° 1990-2013-TC-S1**

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

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

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

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

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

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



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 Impugnante<sup>6</sup>.
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

<sup>6</sup> 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



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## **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 materia<sup>7</sup>.*

*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 integrado<sup>8</sup> por oficiales y suboficiales, los que pueden ser de armas o servicios. Asimismo, el*

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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) actividad<sup>9</sup>; ii) disponibilidad<sup>10</sup>; y iii) retiro<sup>11</sup>.

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 espacial<sup>2</sup> y temporal<sup>3</sup> 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

<sup>9</sup> 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.

<sup>10</sup> 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.

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

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

<sup>13</sup> 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 FinanzasOrganismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
EstadoTribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1990-2013-TC-S1

### VOTO SINGULAR DEL VOCAL MARIO ARTEAGA ZEGARRA

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

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

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

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



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de  
las Contrataciones del  
Estado

Tribunal de  
Contrataciones del Estado

## Resolución N° 1990-2013-TC-S1

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

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