



Resolución N° 543-2011-TC-S4

Sumilla: *No se configura la infracción consistente en la resolución de contrato por incumplimiento injustificado de las obligaciones asumidas por el contratista, si la Entidad no ha seguido el procedimiento establecido para proceder a dicha resolución.*

Lima, 30 de Marzo de 2011

VISTO en sesión de fecha 30 de marzo de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 021/2005.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el CONSORCIO integrado por las empresas SUPERMERCADO LEO E.I.R.L. y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DON NICO E.I.R.L. por su supuesta responsabilidad en la resolución del Contrato N° 001-ADS 0407S00021, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0407S00021, convocada por el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati del Seguro Social de Salud; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 23 de agosto de 2004, el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati del Seguro Social de Salud, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 0407S00021, según relación de ítems, para la "Adquisición de alimentos: frutas, verduras y tubérculos para el Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins", bajo el sistema de precios unitarios y con un valor referencial total ascendente a la suma de S/. 324 520, 58 (Trescientos veinticuatro mil quinientos veinte y 58/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
2. El 13 de setiembre de 2004, se llevó a cabo el otorgamiento de la buena pro, fecha en la cual resultó favorecida respecto de la totalidad de ítems el CONSORCIO integrado por las empresas SUPERMERCADO LEO E.I.R.L. y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DON NICO E.I.R.L., en adelante el Consorcio, por su oferta económica equivalente a la suma de S/. 308 903,05 (Trescientos ocho mil novecientos tres y 05/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
3. El 7 de octubre de 2004, la Entidad y el Consorcio suscribieron el Contrato N° 001-ADS 0407S00021, para la adquisición de frutas, verduras y tubérculos, conforme a los detalles, cantidades, importes unitarios y totales estipulados en su Cláusula Primera, por el monto total de S/. 308 903,05.
4. El 15 de octubre de 2004, la Entidad emitió a favor del Consorcio, la Orden de Compra N° 4500465231, para la adquisición de diversas frutas, verduras y tubérculos por el monto de S/. 59 502,45 nuevos soles.
5. Mediante Carta Notarial N° 0152-OA-RAR-Essalud-2004 de fecha 8 de noviembre de 2004, diligenciada el 10 del mismo mes y año, la Entidad puso en conocimiento del Consorcio lo informado por su Servicio de Nutrición acerca de la forma y condiciones inadecuadas en que fueron entregados los víveres materia de



Resolución N° **543-2011-TC-S4**

contratación, por lo que se le otorgaba el plazo de dos días para subsanar dicha entrega en forma definitiva.

- 6.** Mediante Carta Notarial N° 0154-OA-RAR-Essalud-2004 de fecha 12 de noviembre de 2004, notificada el 16 del mismo mes y año, la Entidad informó al Consorcio que debido al retraso en la entrega del pedido completo de frutas y verduras, se le otorgaba el plazo de dos días, para subsanar en forma definitiva dicha observación.
- 7.** El 18 de noviembre de 2004, la Entidad emitió a favor del Consorcio, la Orden de Compra N° 4500472543, para la adquisición de diversas frutas, verduras y tubérculos, por el monto de S/. 60 022.95.
- 8.** Mediante Carta Notarial N° 161-OA-RAR-Essalud-2004 de fecha 22 de noviembre de 2004, notificada el 25 del mismo mes y año, la Entidad informó al Consorcio que estando al desabastecimiento e incumplimiento respecto del pedido de víveres, se había otorgado plazos adicionales sin verificar el cumplimiento en la entrega, por lo que se le otorgaba un plazo de dos días de recibida la presente para proceder a la subsanación en forma definitiva.
- 9.** Mediante Carta Notarial N° 164-OA-RAR-ESSALUD-2004 de fecha 15 de noviembre de 2004, notificada el 26 del mismo mes y año, la Entidad puso en conocimiento del Consorcio su decisión de resolver el Contrato N° 001-ADS 0407S00021, adjuntando la Resolución de Gerencia de Administración N° 2056-GARAR-ESSALUD-2004 de fecha 25 de noviembre de 2004, que contiene dicha decisión.
- 10.** Mediante Carta N° 3410-OA-RAR-ESSALUD-2004 de fecha 15 de diciembre de 2004, recibida el mismo día, la Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del estado, en adelante el Tribunal, la supuesta responsabilidad en la que habría incurrido el Consorcio por el incumplimiento injustificado de las obligaciones derivadas del Contrato N° 001-ADS 0407S00021.
- 11.** Mediante decreto de fecha 3 de enero de 2005, notificado el 14 del mismo mes y año, se requirió previamente a la Entidad para que cumpliera con precisar quién era el supuesto infractor, así como remitir los antecedentes administrativos del caso.
- 12.** Mediante Carta N° 087-GARAR-ESSALUD-2005 de fecha 20 de enero de 2005, recibida el 21 del mismo mes y año, la Entidad precisó que la empresa imputada era SUPERMERCADO LEO E.I.R.L., al ser quien, conforme se desprende de la Promesa Formal de Consorcio, tenía a su cargo la administración y representación legal del Consorcio.
- 13.** Mediante decreto de fecha 24 de enero de 2005, notificado el 28 del mismo mes y año, se reiteró por última vez a la Entidad remitiera el acta del inicio de procedimiento arbitral.



Resolución N° **543-2011-TC-S4**

- 14.** Mediante Carta N° 206-GARAR-ESSALUD-2005 de fecha 1 de febrero del mismo año, recibida el mismo día, la Entidad remitió el Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 24 de enero de 2005.
- 15.** Mediante decreto de fecha 3 de febrero de 2005, estando a lo informado por la Entidad, se remitió el expediente a la entonces Sala Única del Tribunal, para emitir opinión respecto de la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio.
- 16.** Mediante Acuerdo N° 014/2007.TC-SU de fecha 25 de enero de 2007, la Sala Única del Tribunal de Adquisiciones y Contrataciones del Estado dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra las empresas integrantes del Consorcio, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del artículo 205 del Reglamento de la Ley de las Contrataciones y Adquisiciones del estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM.
- 17.** Mediante decreto de fecha 6 de febrero de 2007, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las empresas SUPERMERCADO LEO E.I.R.L. y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DON NICO E.I.R.L., integrantes del Consorcio, por supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 001-ADS 0407S00021, infracción tipificada en el literal b) del artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, y le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.
- 18.** Mediante decreto de fecha 6 de marzo de 2007, estando la devolución de las cédulas de notificación que comunicaban el inicio de procedimiento administrativo sancionador, se dispuso la publicación del decreto de fecha 6 de febrero de 2007 en el Diario Oficial El Peruano, para que las empresas integrantes del Consorcio tomaran conocimiento del mismo y remitieran sus descargos.
- 19.** Mediante decreto de fecha 1 de abril de 2009, no habiendo cumplido las empresas integrantes del Consorcio con remitir sus descargos, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos, y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para su pronunciamiento.
- 20.** Mediante decreto de fecha 16 de febrero de 2011, en virtud de la reconfiguración de Salas dispuesta por Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, el expediente fue reasignado a la Cuarta Sala del Tribunal.
- 21.** Mediante decreto de fecha 16 de marzo de 2011, se requirió a la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE informara sobre el estado del proceso arbitral iniciado con relación al Contrato N° 001-ADS 0407S00021.



Resolución N° 543-2011-TC-S4

22. Con Memorandum N° 115-2011/DAA-CCC de fecha 21 de marzo de 2011, recibido el 22 del mismo mes y año, la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE informó que mediante Resolución N° 11 de fecha 11 de julio de 2005, el Árbitro Único dispuso archivar el proceso de manera definitiva sin pronunciamiento sobre el fondo, dando por concluido el mismo.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la supuesta responsabilidad de las empresas SUPERMERCADO LEO E.I.R.L.¹ y PRODUCTOS ALIMENTICIOS DON NICO E.I.R.L., integrantes del Consorcio, en la resolución del Contrato N° 001-ADS 0407S00021, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0407S00021, cuya infracción se encuentra tipificada en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM², en adelante el Reglamento, norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados.
2. Al respecto, la infracción contemplada en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento antes señalado, establece como supuesto de hecho indispensable para su configuración, la resolución del contrato según el artículo 143 del mismo cuerpo normativo.
3. En efecto, el artículo 143 del Reglamento dispone que la Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, en adelante la Ley, en caso de incumplimiento por parte de la Contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad.
4. El procedimiento de resolución contractual, cuya observancia es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo, se encuentra previsto en el artículo 144 del Reglamento, según el cual en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, **la parte que resulte perjudicada con tal hecho requerirá a la otra notarialmente para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no menor de dos ni mayor de quince días, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o**

¹ Hoy denominada PASTEL BAGUET SUPERMERCADO SNACKBAR LEO E.I.R.L.

² **Artículo 205.- Causales de imposición de sanción a los proveedores, postores y contratistas.**

El Tribunal impondrá la sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, postores y/o contratistas que:

[...]

b) Incumplan injustificadamente con las obligaciones derivadas del contrato, dando lugar a que éste se les resuelva de conformidad con el Artículo 143;

[...]



Resolución N° **543-2011-TC-S4**

contratación, bajo apercibimiento de resolver el contrato. De continuar el incumplimiento contractual, la citada disposición reglamentaria precisa que la parte perjudicada comunicará notarialmente la resolución total o parcial del contrato.

5. Así, pues, del examen de la documentación obrante en autos, se advierte que, por medio de Carta Notarial N° 0152-OA-RAR-Essalud-2004, notificada el 10 de noviembre de 2004, la Entidad puso en conocimiento del Consorcio lo informado por su Servicio de Nutrición acerca de la forma y condiciones inadecuadas en las que habían sido entregados los víveres materia de contratación, otorgándole el plazo de dos días para subsanar dicha entrega en forma definitiva.

Seguidamente, el 16 de noviembre de 2004, mediante Carta Notarial N° 0154-OA-RAR-Essalud-2004, la Entidad informó al Consorcio que debido al retraso en la entrega del pedido completo de frutas y verduras, se le otorgaba el plazo de dos días, para subsanar en forma definitiva dicha observación, luego de lo cual³, procedió a emitir a su favor la Orden de Compra N° 4500472543, para la adquisición de diversas frutas, verduras y tubérculos, por el monto de S/. 60 022.95.

Posteriormente, mediante Carta Notarial N° 161-OA-RAR-Essalud-2004, notificada el **25 de noviembre de 2004**, la Entidad informó al Consorcio que estando al desabastecimiento e incumplimiento respecto del pedido de víveres, se había otorgado plazos adicionales sin verificar el cumplimiento, por lo que **se le otorgaba un plazo de dos días de recibida la presente misiva, para proceder a la subsanación en forma definitiva.**

A su turno, y al persistir el incumplimiento, mediante Carta Notarial N° 164-OA-RAR-ESSALUD-2004, notificada el **26 de noviembre de 2004**, la Entidad puso en conocimiento del Consorcio su decisión de resolver el Contrato N° 001-ADS 0407S00021, adjuntando la Resolución de Gerencia de Administración N° 2056-GARAR-ESSALUD-2004 de fecha 25 de noviembre de 2004, que contiene dicha decisión.

6. De lo expuesto, resulta claro y verificable del simple contraste de los datos contenidos en las certificaciones de diligenciamiento notarial que obran en los cargos de las mencionadas misivas cursadas al Consorcio, que la Entidad, no obstante haber concedido un plazo de dos días a aquél a fin de cumplir con subsanar los defectos verificados respecto de las entregas de víveres efectuadas, procedió a formalizar y notificar la decisión de dar por resuelto el contrato habiendo transcurrido únicamente un día del plazo concedido, y sin haber precisado en el requerimiento previo que era bajo apercibimiento de resolver el vínculo contractual.

³ El 18 de noviembre de 2004.



Resolución N° 543-2011-TC-S4

7. Consecuentemente, al no haber seguido la Entidad el procedimiento previsto en el artículo 144 del Reglamento ni respetado los plazos voluntariamente concedidos, este Tribunal considera que no se ha configurado el presupuesto necesario para la infracción prevista en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento y, por su efecto, corresponde eximir a las empresas integrantes del Consorcio de sanción administrativa, siendo irrelevante la determinación sobre la justificación de la conducta omisiva imputada.
8. Por lo expuesto, y en estricta observancia del *principio de tipicidad* previsto en el inciso 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuya virtud sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley o de reglamento mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analógica, este Tribunal concluye que no cabe sancionar a las empresas denunciadas por los hechos imputados, sin perjuicio de las acciones que la Entidad estime por conveniente adoptar en salvaguarda de sus intereses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Jorge Enrique Silva Dávila y la intervención de los Vocales Dr. Martín Zumaeta Giudichi y Dra. Dammar Salazar Díaz, atendiendo a la reconfiguración de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 29 de marzo de 2010, y lo previsto en el Acuerdo N° 002/2010, 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 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad,

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa SUPERMERCADO LEO E.I.R.L., integrante del Consorcio, por su responsabilidad en la resolución del Contrato N° 001-ADS 0407S00021, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0407S00021, infracción tipificada en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento, debiendo archiversse el presente expediente.
2. Declarar no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa PRODUCTOS ALIMENTICIOS DON NICO E.I.R.L., integrante del Consorcio, por su responsabilidad en la resolución del Contrato N° 001-ADS 0407S00021, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 0407S00021, infracción tipificada en el inciso b) del artículo 205 del Reglamento, debiendo archiversse el presente expediente.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° **543-2011-TC-S4**

Regístrese, comuníquese y publíquese.

PRESIDENTE

VOCAL

VOCAL

SS.
Silva Dávila
Zumaeta Giudichi
Salazar Diaz