

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

Sumilla: *"(...) en aplicación de la retroactividad benigna antes mencionada, no corresponde imponer sanción al Contratista por la infracción relativa a contratar con el Estado estando impedido para ello, en tanto el vínculo de parentesco determinado entre el señor Miguel Ángel Cáceres del Río, que se desempeñaba como Gerente de Desarrollo Humano y Social al momento del perfeccionamiento del contrato con la Orden de Servicio, y el señor Fidel Zambrano Cáceres [Contratista], era de cuarto grado de consanguinidad, cuando actualmente resultan impedidas las personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que en el caso concreto no nos encontramos en dicho supuesto."*

Lima, 24 de noviembre de 2022.

VISTO en sesión del 24 de noviembre de 2022 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 2317/2019.TCE, sobre procedimiento administrativo sancionador generado contra el señor **ZAMBRANO CACERES FIDEL (con R.U.C. N° 10239664755)**, por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal f) en concordancia con el literal d) y e) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225; y atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. El **24 de marzo de 2017**, la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JERÓNIMO**, en adelante la **Entidad**, emitió la **Orden de Servicio N° 233-2017**, a favor del señor **ZAMBRANO CACERES FIDEL (con R.U.C. N° 10239664755)**, en adelante el **Contratista**, con el monto de S/ 1,100.00 (mil cien con 00/100 soles), para la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

contratación del “*Servicio de promotor de actividades artísticas*” en adelante la Orden de Servicio.

Dicha Orden de Servicio se emitió durante la vigencia de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el **Reglamento**.

2. Mediante Oficio N° 353-2018-GM-MDSJ/LC¹, del 5 de diciembre del 2018, presentado el 5 de diciembre de 2018 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Cusco y recibidos el 10 del mismo mes y año en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, la empresa Entidad, puso en conocimiento que el Contratista habría incurrido en infracción de contratar con el Estado estando impedida para ello, infracción establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

A fin de sustentar su denuncia, la Entidad adjuntó el Informe N° 041-2018-AAL-ST-OI-PAD-MDSJ/C², del 4 de diciembre de 2018, emitido por la Secretaria Técnica del Procedimiento Administrativo Disciplinario, en el que se desarrollan los hallazgos de presuntas infracciones recogidas en la Hoja Informativa N° 003-2018-OCI-MDSJ-KCZ³ del 15 de noviembre del 2018, emitido por su Oficina de Control Institucional, en el cual expone lo siguiente:

- Mediante Resolución de Alcaldía N° 380-2015-A-MDSJ/C del 7 de setiembre del 2015, se designó al señor Miguel Ángel Cáceres del Río, como funcionario -empleado- de confianza en el cargo de Gerente de Desarrollo Humano a partir del 8 de setiembre de 2015, vigente hasta la fecha [de su emisión].
- Por su parte, advierte que el señor Fidel Zambrano Cáceres, mantuvo vínculo contractual con la Entidad, bajo a modalidad de prestación de servicios, mediante, entre otras, la Orden de Servicio N° 233-2017, del 24 de marzo del 2017, para brindar servicios de promotor de actividades artísticas en la Gerencia de Desarrollo Humano.
- Al respecto, mediante Informe N°128-2018-UREC-MDSJ/RQCH, del 29 de

¹ Obrante a folio 11 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

² Obrante a folio 17 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

³ Obrante folio 19 al 26 del expediente administrativo sancionador en formato PDF

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

octubre del 2018, emitido por la Unidad de Registro Civil de la Entidad, se ha comprobado el grado de parentesco por consanguinidad entre el señor Miguel Ángel Cáceres del Río y Fidel Zambrano Cáceres, siendo primos hermano, es decir ostentan el cuarto grado de parentesco por consanguinidad.

- Por lo tanto, señala que en el presente caso se habría vulnerado la Ley, pues el citado cuerpo normativo, establece en su artículo 11, los impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, en cuyo literal f) se precisa que “En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes- *entre ellos los empleados de confianza*-, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad”.
 - Por lo que, de conformidad con el artículo 50 de Ley de Contrataciones del Estado señala que “El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, cuando corresponda: (...) c) Contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de Impedimento previstos en el artículo 11 de esta Ley.”
3. Mediante Decreto⁴ del 2 de julio de 2019, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se requirió a la Entidad⁵ que cumpla con remitir un informe técnico legal de su asesoría, sobre la procedencia y supuesta responsabilidad del Contratista, por presuntamente haber contratado con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225, así como, haber presentado información inexacta; asimismo, se le solicitó alcance lo siguiente:

En el supuesto de haber contratado con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante la Ley N° 30225, infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del citado cuerpo legal.

⁴ Obrante folio 7 al 10 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

⁵ Notificado mediante la Cédula de Notificación N° 65044/2019 del 21 de octubre del 2021, cuyo cargo obra a folios 54 al 57 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.⁴⁴

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

1. *Copia legible de la Orden de Servicio N° 233-2017 del 4.03.2017, emitida a favor del señor ZAMBRANO CACERES FIDEL (con R.U.C. N° 10239664755), para el "Servicio de promotor de actividades artísticas".*
2. *Copia de la documentación que acrediten o sustenten el impedimento.*

En el supuesto de haber presentado información inexacta, infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225.

3. *Señalar y enumerar de forma clara y precisa los supuestos documentos que supuestamente contendrían información inexacta, así como si la supuesta inexactitud generó perjuicio y/o daño a la Entidad.*
4. *Copia legible de los documentos que acrediten la supuesta inexactitud y/o falsedad o adulteración de los documentos cuestionados, en mérito a una verificación posterior.*

Con independencia de la(s) supuesta(s) infracción(es) incurrida(s), la Entidad deberá remitir lo siguiente

5. *Copia legible de la cotización presentada por el ZAMBRANO CACERES FIDEL (con R.U.C. N° 10239664755) (para la Orden de Servicio N° 233-2017), debidamente ordenada y foliada.*
 - *Al respecto, de advertirse que la presentación de la aludida cotización se efectuó de manera presencial, deberá remitir copia legible del documento por el cual se presentó la referida cotización, en el cual se pueda advertir el sello de recepción de la mesa de partes correspondiente (donde se aprecie la fecha de recepción).*
 - *No obstante, de indicarse que la presentación se efectuó de manera electrónica, deberá remitir copia del correo electrónico, donde se pueda advertir la fecha de remisión de la cotización.*

Asimismo, se dispuso notificar al Órgano de Control Institucional⁶ de la Entidad, para que, en el marco de sus atribuciones, coadyuve con la remisión de la documentación requerida.

⁶ Notificado al OCI de la Entidad mediante Cédula de Notificación N° 65045/2019.TCE, del 17 de octubre del 2019, cuyo cargo obra a folios 58 al 61 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

4. Mediante Carta N° 017-2019-GA-MDSJ⁷, la Entidad cumplió con remitir copia de la Orden de Servicio⁸ y la documentación asociada a aquella, como lo es la Solicitud de Requerimiento⁹, la Solicitud de Cotización N° 0594¹⁰, el Informe N° 30-2017-PCSNA-GDH-MDSJ¹¹, que otorga Conformidad y la factura¹² emitida por el Contratista por el pago del bien entregado.
5. Con Decreto¹³ del 17 de agosto del 2022, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su presunta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal f) en concordancia con el literal d) y e) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante la Ley N° 30225, en el marco de la contratación perfeccionada mediante Orden de Servicio N° 233- 2017 del 24 de marzo de 2017, emitida por la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JERÓNIMO, para el “*Servicio de promotor de actividades artísticas*”; infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225,

Asimismo, se otorgó¹⁴ al Contratista el plazo de diez (10) días hábiles para que formulen sus descargos, bajo apercibimiento de emitir pronunciamiento con la documentación obrante en autos en caso de incumplimiento del requerimiento.

En adición a ello, se dispone reiterar a la Entidad¹⁵, para que cumpla con remitir la documentación solicitada a través del Decreto del 2 de julio del 2019, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad y de la Contraloría General de la República, en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

⁷ Obrante a folios 68 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

⁸ Obrante a folios 116 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

⁹ Obrante a folios 120 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹⁰ Obrante a folios 119 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹¹ Obrante a folios 118 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹² Obrante a folios 117 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹³ Obrante a folios 154 al 163 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹⁴ Se notificó mediante la Cédula de Notificación N° 50648/2022.TCE del 22 de agosto del 2022, cuyo cargo obra a folios 164 al 170 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

¹⁵ Se notificó a la Entidad, mediante la Cédula de Notificación N° 50649/2022.TCE del 18 de agosto del 2022, cuyo cargo obra a folios 171 al 178 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

6. Con Decreto del 15 de setiembre de 2022, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos, al no haber cumplido el Contratista con apersonarse al procedimiento de selección y presentar sus descargos, pese a haber sido debidamente notificado. Asimismo, se decidió remitir el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva, efectuándose el pase al vocal ponente el 6 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTACIÓN

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, el análisis de la presunta responsabilidad del Contratista, por haber contratado con el Estado estando impedida para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal f) en concordancia con el literal d) y e) del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante la Ley N° 30225 norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados, esto es el **24 de marzo del 2017** día en el que se emitió la Orden de Servicio; salvo la aplicación de retroactividad benigna, de corresponder.

Cuestión previa 1: Sobre la posibilidad de aplicación del principio de retroactividad benigna.

2. En primer orden, ante los frecuentes cambios normativos producidos en la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, es necesario evaluar el principio de irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG, en virtud del cual son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
3. En la misma línea de lo indicado, debe precisarse que, en los procedimientos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, como excepción, se admite que, si con posterioridad a la comisión de la infracción entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, debido a que mediante la misma se ha eliminado el tipo infractor o se contempla una sanción de naturaleza menos severa, aquella resultará aplicable.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

En este punto, cabe indicar que el examen de “favorabilidad de una norma” implica una valoración integral de los elementos y hechos que confluyen en el caso concreto, tales como una atipicidad de la conducta, una sanción menos gravosa o un plazo de prescripción ya vencido, análisis que debe efectuarse inclusive aun cuando el proveedor imputado no lo haya solicitado, dado que los principios del procedimiento administrativo sancionador exigen una aplicación de oficio.

4. Al respecto, corresponde tener presente que, si bien el presente procedimiento administrativo sancionador se inició por la presunta comisión de la infracción establecida en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley [Ley N° 30225], es preciso señalar que, a partir del 30 de enero de 2019, entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1444, que modificó la Ley N° 30225, en adelante a **Ley modificada**, y compiladas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, aprobada mediante el Decreto Supremo N° 082-2019-JUS, en adelante **TUO de la Ley** y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el **nuevo Reglamento**.

De manera que, resulta preciso verificar si la aplicación de la normativa vigente al presente caso resulta más beneficiosa, atendiendo al principio de retroactividad benigna.

5. En cuanto a la infracción bajo análisis, la actual normativa mantiene como condición adicional que el hecho determinado precisamente como impedimento se encuentre aun previsto como tal.
6. Respecto de ello, los supuestos de impedimentos que contemplaban la Ley e imputados al Contratista, era el previsto en el literal f), en concordancia con el literal d) y e) del artículo 11 de la Ley; los cuales se encuentran actualmente previstos en el literal h) en concordancia con los literales e) y g) del artículo 11 de la Ley modificada, tal como se aprecia en el siguiente cuadro comparativo:

LEY APROBADA POR LA LEY N° 30225 (VIGENTE DESDE EL 09/01/2016)	LEY N° 30225, MODIFICADA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1444 (VIGENTE DESDE EL 30/01/2019)
Artículo 11°. Impedimentos para ser postor y/o contratista.- Cualquiera sea el régimen legal de	Artículo 11. Impedimentos 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

<i>contratación 11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, incluyendo las postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5:</i> <i>(...)</i> <i>d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.</i> <i>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 o valor estimado, según corresponda, 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.</i> <i>(...)</i> <i>f) 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; (...)."</i>	<i>ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:</i> <i>(...)</i> <i>e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley especial de la materia, gerentes y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron. Los directores de las empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo.</i> <i>(...)</i> <i>g) En el proceso de contratación correspondiente, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en cualquiera de las siguientes actuaciones: i) determinación de las características técnicas y/o valor referencial o valor estimado, ii) elaboración de documentos del procedimiento de selección (...).</i> <i>h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios: (...) (iii) Cuando la</i>
--	---

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

	<i>relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido; (...)”.</i>
--	---

Conforme puede notarse, el artículo 11 de la Ley modificada ya no contempla como un supuesto de impedimento para contratar con el Estado a los parientes (de las personas señaladas en dicho artículo) en el cuarto grado de consanguinidad, pues ahora alcanza tan solo a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

En este punto, es preciso indicar que los impedimentos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado establecen reglas de conducta, en cuanto a determinadas personas, quienes, ya sea por función del cargo, parentesco, actividad empresarial, entre otros motivos, se encuentran impedidas de ser participantes, postores o contratistas en las contrataciones públicas.

En consecuencia, la norma que tipifica las causales de impedimento es de tipo sustantiva o material.

7. En ese sentido, conforme reconoce autorizada doctrina, Alejandro Nieto¹⁶ en jurisprudencia del Tribunal Supremo español, el complemento que proporciona una norma no sancionadora a una que sí lo es, hace a la primera parte integrante del tipo. Por ende, una modificación normativa en una norma complementaria de tal característica, *que revela que determinada conducta ya no resulta reprochable por el sistema jurídico, puede conllevar a la aplicación del principio de retroactividad benigna*, sólo si favorece al administrado.
8. En el caso que nos ocupa, *resulta que el tipo infractor previsto hoy en día en la Ley modificada ya no considera reprochable la contratación de parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, sino tan solo hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad*. En ese sentido, resulta obviamente más beneficioso para el administrado, la aplicación de la normatividad vigente en relación al tipo

¹⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Editorial Tecnos, 2da edición, 2012. Pág. 205

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

infractor de contratar estando impedido, por lo que corresponde su aplicación; de tal manera, se puede advertir la intención del legislador de no penalizar la contratación de parientes de personas impedidas, con un grado de parentesco consanguíneo de tercer o mayor grado.

Cuestión previa 2: Sobre la competencia del Tribunal para determinar responsabilidad administrativa y sancionar en el marco de contrataciones con montos iguales o menores a 8 UIT.

9. De manera previa al análisis de fondo de la controversia materia del presente expediente, este Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre su competencia para determinar responsabilidad administrativa y sancionar en el marco de contrataciones con montos iguales o menores a 8 UIT; toda vez que, en el presente caso, el hecho materia de denuncia no deriva de un procedimiento de selección convocado bajo el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sino que se trata de una contratación que se formalizó con una orden de servicio, realizada fuera del alcance de la normativa antes acotada.

Al respecto, es pertinente traer a colación lo señalado en el numeral 1 del artículo 248 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante **el TUO de la LPAG**, que consagra el *principio de legalidad* (en el marco de los principios de la potestad sancionadora administrativa), el cual contempla que sólo por norma con rango de Ley, cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado.

Asimismo, la citada norma es precisa en señalar en su artículo 72 que: *“La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan”*.

Sobre ello, cabe precisar que la competencia constituye un requisito esencial que transforma y torna válidos los actos y demás actuaciones comprendidas en un procedimiento administrativo; por lo tanto, no se configura como un límite externo a la actuación de los entes u órganos administrativos, sino como un presupuesto

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

de ella, en virtud de la vinculación positiva de la administración pública con el ordenamiento jurídico¹⁷.

En tal sentido, la administración debe actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas dichas facultades, no pudiendo ejercer atribuciones que no le hayan sido expresamente otorgadas, de conformidad con el principio del ejercicio legítimo del poder, previsto en el numeral 1.17 del numeral 1 del artículo IV del TUO de la LPAG, según el cual la autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, así como el principio de legalidad, regulado en el numeral 1.1 de la norma citada (en el marco de los principios del procedimiento administrativo), el cual establece que: “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” (énfasis es agregado).

Aquí, cabe precisar que la norma vigente a la fecha en la que supuestamente ocurrió el hecho y por la que se inició el presente procedimiento administrativo al Contratista es el TUO de la Ley y su Reglamento.

10. Ahora bien, en el marco de lo establecido en el TUO de la Ley cabe traer a colación los **supuestos excluidos** del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

“Artículo 5. Supuestos excluidos del ámbito de aplicación sujetos a supervisión del OSCE:

5.1 Están sujetos a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), los siguientes supuestos excluidos de la aplicación de la Ley:

a) Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos, La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA (Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), Revista Derecho PUCP, N° 67, 2011.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco.”

[El énfasis es agregado].

En esa línea, debe tenerse presente que, a la fecha de formalización del vínculo contractual derivado de la Orden de Servicio, el valor de la UIT ascendía a S/4,050.00 (Cuatro mil cincuenta con 00/100 soles), según fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 353-2016-EF¹⁸; por lo que, en dicha oportunidad, solo correspondía aplicar la normativa de contratación pública a aquellas contrataciones superiores a las 8 UIT, es decir, por encima de los S/ 32,400.00 (treinta y dos mil cuatrocientos con 00/100 soles).

En ese orden de ideas, cabe recordar que, la Orden de Servicio materia del presente análisis, fue emitida por el monto ascendente a S/ 1,100.00 (mil cien con 00/100 soles), es decir, **un monto inferior a las ocho (8) UIT**; por lo que, en el presente caso, se encuentra dentro de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación del TUO de la Ley y su Reglamento.

11. Ahora bien, en este punto, cabe traer a colación el numeral 50.2 del artículo 50 del TUO de la Ley, el cual establece respecto a las infracciones pasibles de sanción lo siguiente:

“50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

c) Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley.

(...)

50.2 Para los casos a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5, solo son aplicables las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k), del numeral 50.1 del artículo 50.”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

[El énfasis es agregado]

De dicho texto normativo, se aprecia que si bien en el numeral 50.2 del artículo 50 del TUO de la Ley, se establece que el Tribunal sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra que incurran en infracción, **incluso en los casos a que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley**, se precisa que dicha facultad solo es aplicable respecto de las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k) del citado numeral.

12. Estando a lo señalado, y considerando que la infracción consistente en contratar con el Estado estando impedido para hacerlo, se encuentra tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, según dicho texto normativo, dicha infracción es aplicable también a los casos a los que se refiere el literal a) del artículo 5 de dicha norma, esto es, a las contrataciones menores a las ocho (8) UIT.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto, el contratar con el Estado estando impedido para hacerlo, en el marco de una contratación por monto menor a (8) UIT, según la normativa vigente al momento de la ocurrencia del hecho, y la que actualmente se encuentra vigente, sí es pasible de sanción por el Tribunal, al encontrarse en el supuesto previsto en el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley, concordado con lo establecido en el numeral 50.2 del artículo 50 de dicha norma; por lo tanto, *este Tribunal tiene competencia para emitir pronunciamiento respecto de la supuesta responsabilidad del Contratista*, en el marco de la contratación formalizada mediante la Orden de Servicio; y en consecuencia, corresponde analizar la configuración de la infracción que le ha sido imputada.

Respecto de la infracción de contratar con el Estado estando impedido para ello **Naturaleza de la Infracción**

13. Sobre el particular, el numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, incluyendo a las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5, entre otros, cuando contraten con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 del TUO de la Ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

Al respecto, cabe precisar que, el literal a) del artículo 5 del TUO de la Ley, establece como un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley, pero sujeto a supervisión del OSCE lo siguiente: “Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico del Acuerdo Marco”.

14. En ese orden de ideas, cabe advertir que el numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley señala que para los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 del TUO de la Ley, solo le serán aplicables las infracciones previstas en los literales c) y j) del mismo artículo.

Por tanto, se tiene que la norma ha previsto que constituirá una conducta administrativa sancionable, la comisión de las infracciones previstas en los literales c) y j) del numeral del referido artículo, aun cuando el monto de la contratación sea menor o igual a ocho (8) UIT.

15. Respecto a la infracción imputada, el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, establecía que 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 11 de la mencionada Ley.

A partir de lo anterior, se tiene que la Ley modificada contempló como supuesto de hecho necesario e indispensable para la configuración de la infracción: i) el perfeccionamiento del contrato o de la Orden de Compra o de Servicio, es decir, que el proveedor haya suscrito un documento contractual con la Entidad o que haya recibido la orden de compra o de servicio, según sea el caso; y, ii) que al momento del perfeccionamiento de la relación contractual, el contratista se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la misma ley.

16. De conformidad con lo señalado, es pertinente mencionar que el ordenamiento jurídico en materia de contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

los procesos de contratación, en el marco de los principios de libre concurrencia y de competencia, previstos en los literales a) y e) del artículo 2 de la Ley modificada.

17. No obstante, precisamente a efectos de garantizar la libre concurrencia y competencia en los procesos de contratación que desarrollan las Entidades, la normativa establece ciertos supuestos que limitan a una persona natural o jurídica a ser participante, postor y/o contratista del Estado, debido a que su participación en los procesos de compra puede afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia con que se debe obrar en ellos, vista la naturaleza de las funciones o labores que cumplen o cumplieron o por la condición que ostentan dichas personas, sus representantes o participacionistas.

Siendo así, el artículo 11 del TUO de la Ley ha establecido distintos alcances de los impedimentos para contratar con el Estado; existiendo impedimentos de carácter absoluto, los cuales no permiten participar en ningún proceso de contratación pública, mientras que otros son de naturaleza relativa, vinculada ya sea al ámbito regional, de una jurisdicción, de una entidad o de un proceso de contratación determinado.

18. En modo que, corresponde precisar que los impedimentos para ser participantes, postor o contratista en las contrataciones que lleven a cabo las entidades, deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no se encuentren expresamente contemplados en la normativa de contrataciones del Estado; razón por la cual, deberá verificarse, en cada caso en particular, si existen elementos suficientes para determinar que alguno de los impedimentos taxativamente establecidos en el artículo 11 del TUO de la Ley o su nuevo Reglamento, le sea de alcance a aquél proveedor que desee participar en procedimientos de selección o contratar con el Estado; o de haberse materializado el perfeccionamiento contractual, si en dicha fecha, aquél se encontraba con impedimento vigente para tal efecto.

Configuración de la infracción

19. En el caso materia de análisis, se imputa a la Contratista haber contratado con el Estado, estando impedida para ello.

Ahora bien, conforme se indicó anteriormente, para que se configure la causal de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

infracción imputada al Contratista, es necesario que se verifiquen dos requisitos: i) que se haya perfeccionado un contrato con una Entidad del Estado, es decir, que se haya suscrito un documento contractual o, de ser el caso, se haya recibido la orden de compra u orden de servicio; y, ii) que al momento del perfeccionamiento de la relación contractual, el contratista se encuentre incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 del TUO de la Ley.

20. Respecto del primer requisito, obra en el expediente, copia de la Orden de Servicio emitida el 24 de marzo de 2017, por la Entidad a favor del Contratista, para *"Servicio de promotor de actividades artísticas"* para la Gerencia de Desarrollo Humano, cuyo importe ascendió a la suma de S/ 1,100.00 (mil cien con 00/100 soles).
21. Así, se tiene que si bien de la información obrante en el expediente, no se aprecia la fecha de recepción de la Orden de Servicio por parte del Contratista, cabe anotar que la Entidad remitió copia de la Solicitud de Requerimiento¹⁹, la Solicitud de Cotización N° 0594²⁰, el Informe N° 30-2017-PCSNA-GDH-MDSJ²¹, que otorga Conformidad y la factura²² emitida por el Contratista por el pago del bien entregado; elementos con los cuales este Colegiado se forma la convicción de que el Contratista y la Entidad perfeccionaron la relación contractual, mediante la Orden de Servicio, por lo que resta determinar si el Contratista se encontraba incurso en alguna causal de impedimento.
22. En cuanto al segundo requisito, debe tenerse presente que la imputación efectuada contra el Contratista en el caso concreto radica en que ésta se encontraba inmersa en el impedimento previsto en el literal f), en concordancia con los literales d) y e) del artículo 11 de la Ley, en los cuales se estableció lo siguiente:

"Artículo 11.- Impedimentos Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, incluyendo a las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5:

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de

¹⁹ Obrante a folios 120 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

²⁰ Obrante a folios 119 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

²¹ Obrante a folios 118 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

²² Obrante a folios 117 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

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.

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 o valor estimado, según corresponda, 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.

f) 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 o segundo de afinidad. (...)"

[El énfasis es nuestro].

Del texto transcrito, se aprecia que el impedimento, en la Entidad a la que pertenece alcanzaba a los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad de los empleados de confianza.

23. Ahora bien, sobre el particular, según fluye de los términos de la denuncia de la Entidad, se indicó que el Contratista [Fidel Zambrano Cáceres] habría contratado con la Entidad estando impedido para ello conforme al artículo 11 de la Ley, debido a que es primo hermano del señor Miguel Ángel Cáceres del Río, Gerente de Desarrollo Humano y Social de la Entidad [empleado de confianza].

En este extremo corresponde advertir que, de conformidad con lo expuesto por la Entidad, el señor Miguel Ángel Cáceres del Río se desempeña –desde el 8 de setiembre de 2015– como su Gerente de Desarrollo Humano y Social, cargo de confianza, en mérito a la designación realizada por Resolución de Alcaldía N° 380-2015-A-MDSJ/C del 7 de setiembre de 2015, además la aludida persona suscribió la Solicitud de requerimiento N° 426 del 16 de marzo del 2017 [como responsable del área usuaria] para la contratación del servicio, la cual dio lugar a la emisión de la Orden de Servicio N° 233, del 24 del mismo mes y año y otorgó la conformidad al Contratista con el Informe N° 30-2017-PCSNA-GDH-MDSJ del 6 de abril de 2017.

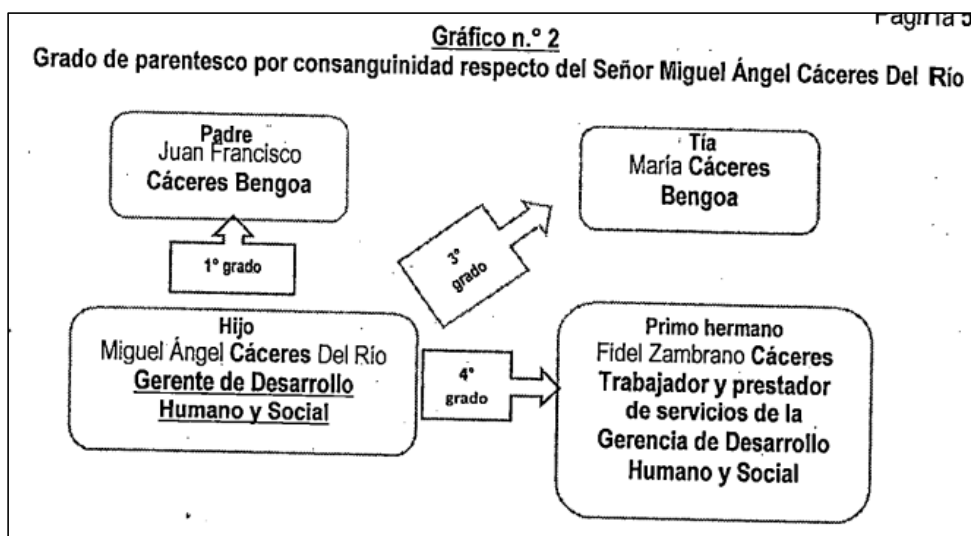
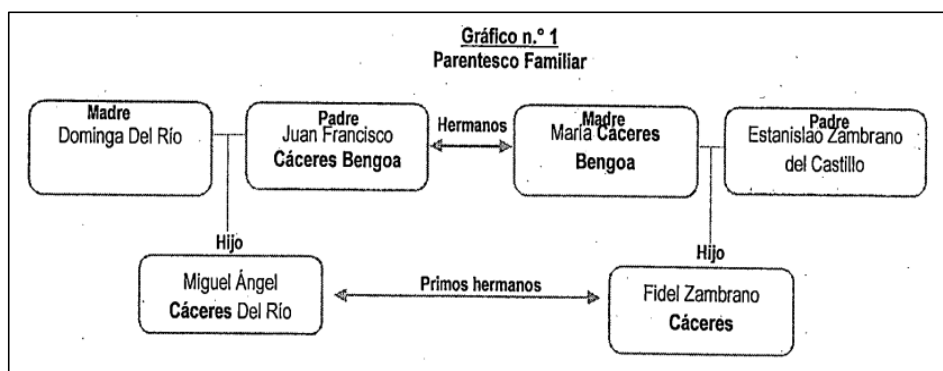
En tal sentido, se aprecia que, a la fecha de emisión de la Orden de Servicio (24 de marzo del 2017), el señor Miguel Ángel Cáceres del Río se desempeñaba como Gerente de Desarrollo Humano y Social de la Entidad, cargo de confianza; por lo tanto, según el Reglamento de Organización y Funciones de la Entidad, formaba

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

parte de un Órgano de Línea, como empleado de confianza.

24. Por otro lado, en relación al vínculo familiar denunciado, se advierte que, en el marco de la fiscalización posterior realizada por el Órgano de Control Institucional de la Entidad, se recabó información del Jefe de la Unidad de Registro Civil determinándose dicho vínculo, de acuerdo a los gráficos que a continuación se detallan:



En tal sentido, de la verificación realizada por el Órgano de Control Institucional de la Entidad respecto al vínculo entre el Contratista [Fidel Zambrano Cáceres] y el Gerente de Desarrollo Humano y Social [Miguel Ángel Cáceres del Río] se aprecia que son primos hermanos y, por ende, mantienen vínculo de parentesco

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

de cuarto grado de consanguinidad.

25. Sin embargo, en aplicación de la retroactividad benigna antes mencionada, no corresponde imponer sanción al Contratista por la infracción relativa a contratar con el Estado estando impedido para ello, en tanto el vínculo de parentesco determinado entre el señor Miguel Ángel Cáceres del Río, que se desempeñaba como Gerente de Desarrollo Humano y Social al momento del perfeccionamiento del contrato con la Orden de Servicio, y el señor Fidel Zambrano Cáceres [Contratista], era de cuarto grado de consanguinidad, cuando actualmente resultan impedidas las personas vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que en el caso concreto no nos encontramos en dicho supuesto.
26. Por tanto, en estricta observancia del aludido principio que rige el procedimiento administrativo sancionador, corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción al Contratista, por su responsabilidad en la comisión de la infracción que estuvo tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, sin perjuicio de las acciones legales que la Entidad estime por conveniente adoptar en salvaguarda de sus intereses y de los recursos del Estado, de corresponder.
27. Finalmente, cabe detallar que el análisis realizado ha contemplado las disposiciones establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, sin perjuicio de otras responsabilidades que puedan determinarse en distintos ámbitos como el disciplinario, civil o penal.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Carlos Enrique Quiroga Periche y la intervención de los Vocales Olga Evelyn Chávez Sueldo y Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez, atendiendo a la conformación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000090-2022-OSCE-PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 de mayo de 2022 en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley, así como, los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4083-2022-TCE-S2

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción contra el señor **FIDEL ZAMBRANO CÁCERES (con R.U.C. N° 10239664755)**, por su presunta responsabilidad al haber contratado con el Estado estando impedido para ello; esto, en el marco de la contratación perfeccionada a través de la **Orden de Servicio N° 233-2017** del 24 de marzo del 2017, emitida por la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JERÓNIMO**; por los fundamentos expuestos, en mérito a la aplicación del principio de retroactividad benigna.
2. Archivar el presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

OLGA EVELYN CHÁVEZ
SUELDO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CARLOS ENRIQUE QUIROGA
PERICHE
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

DANIEL ALEXIS NAZAZI
PAZ WINCHEZ
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.

Quiroga Periche.

Chávez Sueldo.

Paz Winchez.