



# *Tribunal de Contrataciones del Estado*

## *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

**Sumilla:** "(...) para su configuración, este Colegiado requiere verificar necesariamente la concurrencia de dos requisitos, esto es: i) que el contrato, orden de compra u orden de servicios, fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al Contratista, de conformidad con la Ley y el Reglamento vigentes en su oportunidad. ii) Que dicha decisión haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, ya sea por no haberse iniciado oportunamente la conciliación o arbitraje o, aun cuando se hubiesen llevado a cabo dichos mecanismos, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el contrato

**Lima, 22 de noviembre de 2022**

**VISTO** en sesión del 22 de noviembre de 2022, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 912/2021.TCE**, sobre el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa **J.B.S & K SSERVICE S.A.C.** por su presunta responsabilidad al haber ocasionado que el **SEGURO SOCIAL DE SALUD** a través de su **CENTRO DE ABASTECIMIENTO DE BIENES ESTRATÉGICOS-CEABE** resuelva Orden de Compra N° 4503624655 para la Adquisición de "Respiradores de pieza facial filtrante 3M"; y atendiendo a lo siguiente:

### **I. ANTECEDENTES:**

1. El 12 de junio de 2020, mediante la Carta Circular N° 211-SGPyEE-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>1</sup>, el **SEGURO SOCIAL DE SALUD** a través de su **CENTRO DE ABASTECIMIENTO DE BIENES ESTRATÉGICOS-CEABE**, en adelante la **Entidad**, realizó la invitación<sup>2</sup> a cotizar para la "Adquisición de Equipos Médicos en el marco del Decreto Supremo N° 011-2020-SA que aprueba el Plan de Acción y Relación de Bienes y Servicios requeridos para enfrentar la Emergencia Sanitaria declarada por D.S N° 08-2020-SA, que comprende el ITEM: Respirador de pieza facial filtrante".

El 17 de julio del 2020, la empresa **J.B.S & K SSERVICE S.A.C. (con R.U.C. N° 20550164451)**, mediante correo electrónico presentó su cotización, para la contratación de los bienes solicitados.

<sup>1</sup> Obrante a folios 350 al 351 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>2</sup> Cursada mediante mecanismo electrónico a través del correo electrónico del 12 de junio del 2020, desde el usuario [externo.mriverac@essalud.gob.pe](mailto:externo.mriverac@essalud.gob.pe), obrante a folios 344 al 348 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

Cabe precisar que la contratación directa se produjo en el marco del Decreto de Urgencia N° 030-2020, por el que, se autorizó a “EsSalud realizar acciones para la adecuación, implementación, y operación que resulten necesarios ejecutarse en las Torres para que se ejecuten actividades médicas y sanitarias para el tratamiento de pacientes afectados por el COVID -19”.

Dicha contratación directa se efectuó bajo la vigencia del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante el **TUO de la Ley**, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el **Reglamento**.

El 17 de julio del 2020, la Entidad emitió la **Orden de Compra N° 4503624655<sup>3</sup>**, a favor de la empresa **J.B.S & K SSERVICE S.A.C. (con R.U.C. N° 20550164451)**, en adelante el **Contratista**, para la Adquisición de “*Respiradores de pieza facial filtrante 3M*”, con un valor estimado de S/ 32, 250,000.00 (treinta y dos millones doscientos cincuenta mil con 00/100 soles), en adelante la **Orden de Compra**.

En la misma fecha, la Orden de Compra fue notificada al Contratista, mediante correo electrónico<sup>4</sup>, perfeccionándose la contratación.

Con Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>5</sup>, de fecha 3 de agosto de 2020, la Entidad requiere al Contratista el cumplimiento de la obligación contenida en la Orden de Compra, y ante su incumplimiento, mediante Carta Notarial N° 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>6</sup>, del 6 del mismo mes y año, la Entidad le notifica su decisión de resolver totalmente la Orden de Compra.

2. Mediante Oficio N° 01-CEABE-ESSALUD-2021<sup>7</sup>, presentado el 12 de febrero de 2021 ante la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, la Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el **Tribunal**, que el Contratista habría incurrido en infracción, al ocasionar que la Entidad resuelva la Orden de Compra.

A fin de sustentar su denuncia, adjuntó el Informe N° 002-OAL-CEABE-ESSALUD-

<sup>3</sup> Obrante a folios 11 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>4</sup> Cursada mediante a través del correo electrónico desde el usuario [externo.ejusto@essalud.gob.pe](mailto:externo.ejusto@essalud.gob.pe), al usuario [jbeltran@jbsk.com.pe](mailto:jbeltran@jbsk.com.pe), obrante a folios 316 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>5</sup> Obrante a folios del 318 al 328 expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>6</sup> Obrante a folios del 330 al 333 expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>7</sup> Obrante a folios 2 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

2021<sup>8</sup> del 5 de enero del 2021, emitido por su Oficina de Asesoría Legal, en el cual señaló lo siguiente:

- El 3 de agosto de 2020, la Subgerencia de Adquisición y Ejecución Contractual de la Entidad, mediante el Informe N° 1756-SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>9</sup>, dio cuenta a la Gerencia de Adquisiciones de Bienes Estratégicos, respecto al apercebimiento para el cumplimiento de la Orden de Compra.
- En la misma fecha, la Gerencia de Adquisiciones de Bienes Estratégicos, mediante la Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>10</sup>, requirió al contratista el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Orden de Compra, bajo apercebimiento de resolver la Orden de Compra.
- En ese contexto, mediante Informe N° 1816-SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>11</sup> del 6 de agosto de 2020, se concluye *“(...) que corresponde **RESOLVER TOTALMENTE** la orden de compra N° 4503624656, por el incumplimiento de las obligaciones pese haber sido requerido para ello, conforme lo establecido en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento”*.
- En consecuencia, en el mismo día, la Entidad remite la Carta Notarial N° 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>12</sup>, diligenciada vía conducto notarial, por el que se comunica al Contratista, la Resolución Total de la Orden de Compra.
- En ese sentido, informa mediante el Informe N° 1857-SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>13</sup>, del 11 del mismo mes y año, la subgerencia de Adquisición y Ejecución Contractual comunica a la Gerencia Central de Abastecimiento y Bienes estratégicos, que el Contratista habría incurrido en la infracción tipificada, en el literal f) del numeral 50 del artículo 50 del TUO de la Ley.
- El 23 de octubre del 2020, mediante Memorando N° 1612-GCAJ-ESSALUD-2020, la gerencia central de Asesoría Jurídica, informa que no se halló información respecto a conciliación o arbitrajes planteados por dicha

<sup>8</sup> Obrante a folios del 3 y 9 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>9</sup> Obrante a folios del 23 al 26 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>10</sup> Obrante a folios 29 del expediente administrativo sancionador en formato PDF

<sup>11</sup> Obrante a folios del 19 al 22 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>12</sup> Obrante a folios del 59 al 63 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>13</sup> Obrante a folios del 13 al 18 del expediente administrativo sancionador en formato PDF

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

empresa en el Sistema de Procesos Judiciales, asimismo, el Subgerente de asuntos Arbitrales, informó que no se halló información sobre procesos arbitrales respecto del Contratista.

- En consecuencia, concluye que se evidenciaría que la actuación del Contratista se encuentra tipificada como infracción pasible de aplicación de sanción administrativa, por lo que, corresponde comunicar al Tribunal de Contrataciones del Estado, al haber quedado consentida la resolución de la Orden de Compra.
3. A través del Decreto<sup>14</sup> del 22 de febrero de 2021, se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por su supuesta responsabilidad al ocasionar que la Entidad resuelva el contrato formalizado a través de la Orden de Compra derivada del Procedimiento de Contratación Directa N° 26-2020-ESSALUD/CEABE, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral; infracción tipificada en el literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Asimismo, se dispuso notificar al Contratista, para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles, pueda formular sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente, en caso de incumplimiento.

Además, se requirió a la Entidad, cumpla en un plazo de cinco (5) días hábiles con remitir la Carta Notarial N° 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, donde conste su diligenciamiento.

4. Mediante Oficio N° 10-CEABE-ESSALUD-2021<sup>15</sup>, del 3 de marzo del 2021 presentado ante la Mesa de Partes Digital del OSCE el 4 del mismo mes y año, la Entidad, remitió la documentación solicitada.
5. Mediante Decreto<sup>16</sup> del 26 de marzo de 2021, se hizo efectivo el apercibimiento del Contratista al haberse verificado que no ha cumplido con presentar sus

<sup>14</sup> Obrante a folios 49 al 52 del expediente administrativo sancionador en formato PDF. Notificado al Contratista mediante Cedula de Notificación n° 12651/2021.TCE, a la dirección declarada en el RNP cito en: AVENIDA EL POLO 1123 /LIMA-LIMA-SANTIAGO DE SURCO, cuyo cargo obra a folios 53 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>15</sup> Obrante a folios 55 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>16</sup> Obrante a folio 97 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

respectivos descargos. Asimismo, se dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal, para que resuelva.

- Mediante Decreto<sup>17</sup> del 18 de mayo del 2021, se da cuenta que mediante la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, publicada el 12 del mismo mes y año, se formalizó el Acuerdo del Consejo Directivo que aprueba la reconfiguración de las Salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, designándose como Presidente de la Segunda Sala del Tribunal al vocal Carlos Enrique Quiroga Periche y como miembros integrantes a los vocales Cecilia Berenise Ponce Cosme y Steven Aníbal Flores Olivera.

En consecuencia, se dispuso la remisión del presente expediente a la Segunda Sala, debiéndose computar el plazo previsto en el literal h) del artículo 260 del Reglamento, desde el día siguiente de recibido el expediente por el nuevo vocal ponente, siendo recibido el mismo día.

- Mediante Decreto del 13 de setiembre del 2021, se deja sin efecto el pase a sala efectuado mediante decreto del 26 de marzo del 2021, de conformidad con lo dispuesto en el Memorando N° D000081-2021-OSCE-TCE de fecha 11 setiembre de 2021, que adjunta el Memorando N° D000025-2021-OSCE-TCE ingresados a la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado el 13 del mismo mes y año, en el que se informó al Tribunal lo siguiente:

*“(…) se ha podido verificar en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-SEACE, que conforme al “Acta de Admisión, Evaluación y Otorgamiento de la buena pro”, del Procedimiento de Contratación Directa N° 26-2020-ESSALUD/CEABE-1, se le otorgó la buena pro a la Empresa ARGOS MEDICAL IMPORT SRL, formalizando dicha contratación a través del Contrato n° 4600053890, del 11 de junio del 2020, cuyo objeto de contratación es “Adquisición de dispositivos médicos en el marco del Decreto de Urgencia N° 030-2020-VILLA PANAMERICANA-ITEM 1-MASCARA NEBULIZADORA PARA ADULTO DESCARTABLE”; lo que evidencia, que se trataría de un procedimiento de selección distinto, al que dio origen a la Orden de compra N° 4503624655 (2098D01261).*

*(…)*

*Adicionalmente, a fin de contar con los elementos probatorios idóneos para resolver el presente expediente, se solicita que se requiera a la Entidad, remitir la documentación siguiente:*

<sup>17</sup> Obrante a folio 98 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

- i) Copia de la Orden de compra N° 4503624655, donde conste el sello y/o firma de recibido por el Contratista, o en su defecto, copia del documento y su respectivo cargo, por el que se notificó la citada Orden de Compra al Contratista.*
- ii) Copia legible del anverso y reverso de la Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, del 3 de agosto de 2020, a través del cual, la Entidad requiere al Contratista el cumplimiento de la obligación contenida en la Orden de Compra, bajo apercibimiento de resolver el contrato, específicamente donde se aprecie el diligenciamiento notarial.*
- iii) Copia legible del documento y su respectivo cargo, por el cual la Entidad invitó a cotizar al Contratista.*
- iv) Copia legible del documento y su respectivo cargo, mediante el cual, el Contratista presenta su cotización y/u oferta a la Entidad.*
- v) Copia legible de la totalidad de la cotización y/u oferta presentada por el Contratista. (...)"*

8. Mediante Decreto<sup>18</sup> del 22 de octubre del 2021, se dejó sin efecto el Decreto del 22 de febrero del 2021, por el que se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de la Contrista. Asimismo, de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador solicitó a la Entidad<sup>19</sup> cumpla con remitir lo siguiente:

- Informe Técnico Legal, elaborado por su área legal, donde deberá especificar la nomenclatura del procedimiento de selección a través del cual se adjudicó la buena pro a la empresa J.B.S & K SSERVICE S.A.C. (con R.U.C. N° 20550164451), y en mérito del cual se habría emitido la Orden de Compra N° 4503624655(...)*
- Copia de la Orden de compra N° 4503624655, donde conste el sello y/o firma de recibido por el Contratista, o en su defecto, copia del documento y su respectivo cargo, por el que se notificó la citada Orden de Compra al Contratista.*
- Copia legible del anverso y reverso de la Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, del 3 de agosto de 2020, a través del cual, la Entidad requiere al Contratista el cumplimiento de la obligación contenida en la Orden de Compra, bajo apercibimiento de resolver el contrato, específicamente donde se aprecie el diligenciamiento notarial.*
- Copia legible del documento y su respectivo cargo, por el cual la Entidad invitó a cotizar al Contratista.*

<sup>18</sup> Obrante a folios 100 al 104 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>19</sup> Notificada mediante Cédula de Notificación N° 84071/2021, del 20 de noviembre de 2021, cuyo cargo obra a folios 105 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

- *Copia legible del documento y su respectivo cargo, mediante el cual, el Contratista presenta su cotización y/u oferta a la Entidad.*
  - *Copia legible de la totalidad de la cotización y/u oferta presentada por el Contratista.*
9. Con Oficio N° 143-CEABE-ESSALUD-2021<sup>20</sup>, del 17 de diciembre del 2021 y presentado ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal el 28 del mismo mes y año, la Entidad cumplió con brindar respuesta al requerimiento de información y documentación adicional formulado por la Secretaria del Tribunal mediante el Decreto del 22 de octubre del 2021, adjuntando parte de la documentación solicitada.
10. Mediante Decreto<sup>21</sup> del 25 de mayo del 2022, la Secretaria del Tribunal dispuso requerir nuevamente a la Entidad<sup>22</sup> cumpla con Especificar la nomenclatura del procedimiento de selección a través del cual se adjudicó la buena pro a la empresa J.B.S & K SSERVICE S.A.C. (con R.U.C. N° 20550164451), y en mérito del cual se habría emitido la Orden de Compra N° 4503624655, teniendo en consideración que mediante el Oficio N° 143-CEABE-ESSALUD-2021 y en el que adjunta el Informe N° 2344-SGAYEC-GABE-ESSALUD-2021, no cumple con precisar dicho extremo solicitado.
11. Mediante Carta N° 640-SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2022<sup>23</sup>, del 21 de julio del 2022, y presentado ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal el mismo día, la Entidad brindó respuesta al Tribunal, adjuntando la documentación requerida e informando lo siguiente:
- Por error involuntario, mediante Oficios N° 143-CEABE-ESSALUD-2021, N° 01-CEABE-ESSALUD-2021 e Informes N° 2344-SGAYEC-GABE-ESSALUD y N° 002-OAL-CEABE-ESSALUD, se comunicó al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado sobre la Contratación Directa N° 026-2020-ESSALUD/CEABE, siendo lo correcto: Contratación Directa N° 126-2020-ESSALUD/CEABE, con siglas 2098D01261- *“Adquisición de dispositivos médicos en el marco del Decreto Supremo N° 2020-Adquisición de respirador de pieza filtrante”*.

<sup>20</sup> Obrante a folios 117 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>21</sup> Obrante a folios 292 al 296 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>22</sup> Notificada mediante Cédula de Notificación N° 35008/2022, del 17 de junio de 2022, cuyo cargo obra a folios 297 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>23</sup> Obrante a folios 308 al 309 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

- Preciso que por tratarse de una Contratación Directa bajo el marco del estado de emergencia a causa de la pandemia del COVID-19, esta contratación no fue regularizada por haberse resuelto el contrato (Orden de Compra) antes de su regularización.
- 12.** Mediante Decreto<sup>24</sup> del 26 de marzo de 2021, se tiene presente los documentos acompañados al Oficio N° Oficio N° 10-CEABE-ESSALUD-2021 del 3 de marzo de 2021 (con registro N° 4496), presentado el 4 de marzo de 2021 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, a través del cual el SEGURO SOCIAL DE SALUD, remitió la documentación solicitada mediante decreto del 22 de febrero de 2021.
- 13.** Mediante Decreto<sup>25</sup> del 16 de agosto del 2022, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador al haber ocasionado que la Entidad resuelva el contrato, formalizado a través de la Orden de Compra N° 4503624655 del 17.07.2020, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, emitida por el SEGURO SOCIAL DE SALUD, en el marco de la Contratación Directa N° 126-2020-ESSALUD/CEABE, con siglas 2098D01261 – *Adquisición de dispositivos médicos en el marco del Decreto Supremo N° 2020 – Adquisición de respirador de piezas faciales filtrantes*”.

Asimismo, se le otorgó al Contratista el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

Cabe precisar que el decreto de inicio se notificó al Contratista a través de la casilla electrónica del OSCE, conforme a lo establecido en el numeral 267.3 del artículo 267 del Reglamento y el numeral 7.1.2 de la Directiva n° 008-2020-OSCE/CD, con fecha 22 de agosto de 2022, surtiendo efectos a partir del 23 del mismo mes y año.

- 14.** Con Escrito s/n presentado el 7 de setiembre de 2022 ante la Mesa de Partes Digital del Tribunal, el Contratista se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y presentó sus descargos en los siguientes términos:
- Precisa que mediante la Orden de Compra N° 4503624655 se le solicita entregar en 30 días hábiles la cantidad de un millón quinientos mil (1,500,000.00) respiradores de pieza facial filtrante (anteriormente

<sup>24</sup> Obrante a folios 446 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>25</sup> Obrante a folios 447 453 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

denominado respirador para protección frente a patógenos de transmisión aérea para el cuidado de la salud) talla mediano o estándar, de la marca 3M.

- Refiere que con fecha 27 de julio del 2020, solicitaron a la Entidad la ampliación de plazo en atención a lo dispuesto por el artículo 158.1 literal b) del Reglamento, debido a que el país exportador estaba presentando demoras en la entrega de los productos, precisando que en el contexto de pandemia pro el Covid-19 el gobierno de los Estado Unidos de Norteamérica aplicó la Ley de Producción de Defensa, mediante la cual obligaban a las empresas fabricantes de implementos de salud a priorizar la demanda de ese país antes de exportar estos bienes.
  - Considera que de acuerdo el artículo 36 del TUO de la Ley, adopta la posibilidad de resolver los contratos celebrados con el Estado peruano y eximir de responsabilidad alguna en caso fortuito o fuerza mayor, por lo que de acuerdo a las disposiciones del gobierno estadounidense respecto a la venta de implementos y complementos de salud, entre los que se encontraban los bienes materia de la Orden de Compra, se encontrarían enmarcados en el ámbito de fuerza mayor, situación que no puede ser imputada a su representada.
  - Por lo que, de acuerdo a las disposiciones del Código Civil Peruano, todo deudor queda liberado de cumplir con sus obligaciones cuando por causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso ocurre, expresando que la adquisición de mascarillas 3M N95 únicamente pudo darse a través del trato de gobierno a gobierno.
- 15.** Mediante Decreto del 16 de setiembre del 2022, se tuvo por apersonado al Contratista y por presentados sus descargos, remitiéndose el expediente administrativo sancionador a la Segunda Sala del Tribunal, siendo recibido por el Vocal ponente el mismo día.

#### **II. FUNDAMENTACIÓN:**

- 1.** El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado para determinar si el Contratista incurrió en responsabilidad por haber ocasionado que la Entidad resuelva la Orden de Compra derivado del procedimiento de

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

contratación directa, infracción tipificada en el literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, vigente a la fecha de la comisión de los hechos, esto es el **6 de agosto de 2020**.

#### ***Naturaleza de la infracción.***

2. En el presente caso, la infracción que se le imputa al Contratista se encuentra tipificada en el literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, el cual dispone que:

*“El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, contratistas (...) cuando incurran en las siguientes infracciones:*

*(...)*

*f) Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”.*

3. Por tanto, para su configuración, este Colegiado requiere verificar necesariamente la concurrencia de dos requisitos, esto es:
  - i) Que el contrato, orden de compra u orden de servicios, fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al Contratista, de conformidad con la Ley y el Reglamento vigentes en su oportunidad.
  - ii) Que dicha decisión haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral, ya sea por no haberse iniciado oportunamente la conciliación o arbitraje o, aun cuando se hubiesen llevado a cabo dichos mecanismos, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el contrato.
4. En cuanto al primer requisito, el artículo 36 del TUO de la Ley dispone que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el Reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.
5. A su vez, el artículo 164 del Reglamento señala que la Entidad puede resolver el

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos que el contratista: i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para ello, ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

De otro lado, dicho artículo precisa que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

6. Seguidamente, el artículo 165 del Reglamento establece que, 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 mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, los cuales no deben superar en ningún caso los quince (15) días, plazo que se otorga necesariamente en obras. Adicionalmente, establece que, si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando su decisión mediante carta notarial.

Cabe precisar que, según el citado artículo, no es necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

7. En cuanto al segundo requisito, resulta necesario verificar si la decisión de resolver el contrato por parte de la Entidad ha quedado consentida por no haber iniciado el Contratista, la conciliación o el arbitraje dentro del plazo legal establecido para tal efecto, de conformidad con el artículo 166 del Reglamento, es decir de 30 días hábiles, a partir de ello se desprende que, aun cuando en fecha posterior a dicho plazo se inicien tales mecanismos, para efectos del procedimiento administrativo

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

sancionador, la decisión de resolver el contrato habría quedado consentida, por no haberse iniciado los mecanismos antes descritos dentro del plazo legal.

8. Del mismo modo, el numeral 45.5 del artículo 45 del TUO de la Ley, establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la nulidad del contrato, resolución del contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados y liquidación del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos dentro de los treinta (30) días hábiles, conforme a lo establecido en el Reglamento.

#### ***Configuración de la infracción.***

##### *Sobre la existencia de contrato en las contrataciones directas*

9. En primer lugar, y previo a realizar el análisis de los elementos que configuran la infracción denunciada, este Colegiado considera necesario, efectuar un análisis respecto de la existencia de una relación jurídica contractual válida entre las partes, pues de ahí se desprenden las obligaciones que son materia de exigibilidad.
10. Así, en el marco de una contratación directa por situación de emergencia, la normativa de contrataciones del Estado hace una excepción a la regla y permite **que el contrato sea perfeccionado sin la necesidad de la suscripción del contrato o la recepción de una orden de compra o de servicio**; toda vez que, de conformidad con lo previsto en el literal b) del artículo 100 del Reglamento, donde expresa que “(...) *la Entidad contrata inmediatamente (...), sin sujetarse a los requisitos formales de la (...) norma*”; en dicho contexto el contrato y sus requisitos, entre otra documentación, *son materia de regularización*, en un plazo cuyo cómputo inicia a partir del día hábil siguiente del momento en que el contratista ha iniciado la ejecución de las prestaciones a su cargo.
11. Por lo tanto, en una contratación directa por situación de emergencia, el contrato se tiene por celebrado desde el momento en que concurren la oferta del proveedor y la aceptación de la Entidad<sup>26</sup>. La “regularización” que se realiza de manera posterior es simplemente una formalización o legalización del contrato ya celebrado y en tal medida, se puede afirmar que dicha “regularización” no podría implicar, de forma alguna, una modificación del contrato ya existente.

<sup>26</sup> Opinión N° 120-2020/DTN.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas



## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

12. En tal sentido, obra en el expediente administrativo la Orden de Compra N° 4503624655<sup>27</sup>; en la que se evidencia la aceptación por parte de la Entidad, de la oferta presentada por el Contratista, por un valor de S/ 32, 250.000.00 (treinta y dos millones, doscientos cincuenta mil con 00/100) soles, por la entrega de 1'500,000.00 unidades de Respiradores de pieza facial filtrante 3D, bajo un precio unitario de S/. 21.50 soles y con un plazo de entrega de 10 días calendario, contabilizados desde el 18 al 27 de julio del 2020, que para mayor detalle se reproduce a continuación:

---

<sup>27</sup> Obrante a folios 11 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

# Tribunal de Contrataciones del Estado

## Resolución N° 4009-2022-TCE-S2

Pág. 1 de 1  
Fecha de Emisión 17.07.2020

Proveedor:  
J.B.S & K SSERVICE SAC

NIT: 20550164451

Dirección:  
AV. PPIMAVERA NRO 120 INT.A300 - SANTIAGO DE SURCO  
Teléfono:  
Correo:  
Facturar a nombre de:  
Seguro Social de Salud-EsSalud- NIT:20131257750

Entregar a:  
Almacén de la Sede Central Lima  
Pje.El Sol 400 Alt.Cda 35 Av.Argentina  
CALLAO 01 Callao-Callao

**Orden de Compra**

N° Orden de Compra:  
4503624655

N° de Proceso / Motivo de Pedido  
2098D01261 /

Organización de Compra / Grupo de Compra:  
D000 / 200

Centro:  
99A0 - Sede Central - Aseguradora

Plazo de Entrega:  
18.07.2020 Hasta 27.07.2020

Moneda  
SOLES

ADQUISICION DE RESPIRADOR DE PIEZA FACIAL FILTRANTE

Material	Cant.	Denominación	UM	Marca	Modelo	Presentación	Precio Unitario	MontoTotal
020104030	1,500,000	Respirador de pieza facial filtrante	UN	3M			21.50	32,250,000.00
TOTAL:								32,250,000.00

\* EL VALOR TOTAL INCLUYE IMPUESTOS DE LEY.

Límite de mora 10.000 %  
Porcentaje de mora 2.500 %

EL CONTRATISTA SE OBLIGA A CUMPLIR LAS OBLIGACIONES QUE LE CORRESPONDEN BAJO SANCION DE QUEDAR INHABILITADO PARA CONTRATAR CON EL ESTADO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO.



### Sobre el procedimiento formal de resolución contractual

13. Conforme a lo expuesto, en primer lugar, corresponde determinar si la Entidad observó el debido procedimiento para la resolución del Contrato, en tanto que su cumplimiento constituye requisito necesario e indispensable para que este Tribunal emita pronunciamiento relativo a la configuración de la referida infracción.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas



## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

14. Sobre el particular, mediante el Informe N° 002-OAL-CEABE-ESSALUD-2021<sup>28</sup> del 5 de enero del 2021, emitido por su Oficina de Asesoría Legal, la Entidad refirió que el Contratista incurrió en infracción al haber ocasionado que la Entidad resuelva el Contrato, advirtiéndose que incumplió con sus obligaciones contractuales, pese haber sido requerido para ello.
15. Así, fluye de los antecedentes administrativos que, mediante Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>29</sup>, la Entidad requirió al Contratista que, en el plazo de un (1) día calendario cumpla con las obligaciones contenidas en la Orden de Compra, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, que para mayor detalle se reproduce en la siguiente imagen:

---

<sup>28</sup> Obrante a folios del 3 y 9 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

<sup>29</sup> Obrante a folios 29 del expediente administrativo sancionador en formato PDF



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas



Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

# Tribunal de Contrataciones del Estado

## Resolución N° 4009-2022-TCE-S2

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
"Año de la Universalización de la Salud"

**CARTA NOTARIAL N° 225 GABE-CEABE-ESSALUD-2020**

Lima,

Señores: **03 AGO 2020**  
**J.B.S & K SSERVICE S.A.C**  
Av. Primavera N° 120, Int A 300, Santiago de Surco  
Presente.-

**Asunto** : Apercibimiento al cumplimiento de la Orden de Compra N° 4503624655

**Referencia** : a) Orden de Compra N° 4503624655  
b) Informe N° 1950 - SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020

Tengo el agrado de dirigirme a usted, en virtud al documento de la referencia b), a través del cual la Sub Gerencia de Adquisición y Ejecución Contractual pone en conocimiento el incumplimiento en la entrega total de los bienes del objeto de la Orden de Compra N° 4503624655 dentro del plazo previsto, por parte de su representada, conforme el siguiente detalle:

CÓDIGO SAP	DESCRIPCIÓN U.M.	ORDEN DE COMPRA N°	CANTIDAD	MONTO (\$)	PLAZO DE ENTREGA	CANTIDAD ENTREGADA	CANTIDAD PENDIENTE DE ENTREGA
020104030	Respirador de pieza facial filtrante	4503624655	1'500,000	32'250,000.00	Del 16.07.2020 hasta el 27.07.2020	00.00	1'500,000

Sobre el particular, es necesario indicar que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que la Entidad puede resolver el contrato, en los casos en que el contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

Asimismo, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que, si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Por lo expuesto, y en atención a lo señalado en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, **se le otorga un plazo de hasta un (01) día calendario**, contado a partir del día siguiente de la notificación de la presente Carta Notarial, a fin que cumpla con ejecutar la totalidad de las prestaciones derivadas de la Orden de Compra N° 4503624655, de acuerdo a los requerimientos técnico mínimos, **BAJO APERCIBIMIENTO DE RESOLVER TOTALMENTE** la referida orden de compra; sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Atentamente

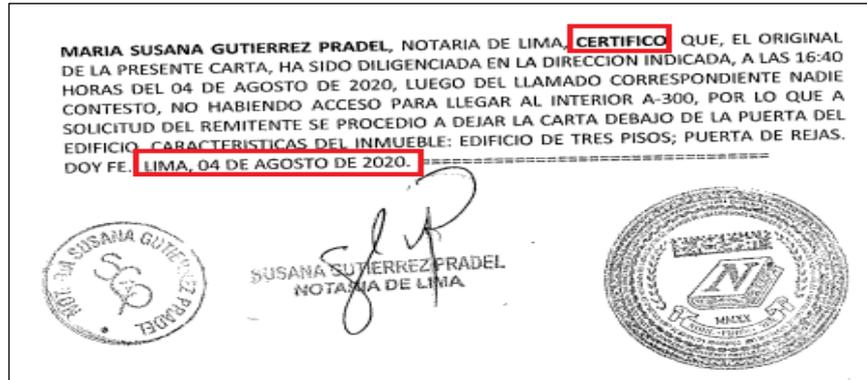
LIC. ADM. MARCO ORTIZ DE LA CRUZ  
 Gerente de Adquisiciones de Bienes Estratégicos  
 CEABE - ESSALUD

MAODL/JLOP/GRP/lem  
NIT: 9313-70-3800

Cabe precisar que en la citada Carta Notarial obra a folios 328 del expediente sancionador la Certificación de diligenciamiento Notarial suscrita por la Notaria de Lima María Susana Gutiérrez Pradel efectuada el 4 de agosto del 2020, conforme se muestra a continuación:

## Tribunal de Contrataciones del Estado

### Resolución N° 4009-2022-TCE-S2



16. La Entidad precisó que, ante el incumplimiento del Contratista, al transcurrir el plazo otorgado para el cumplimiento de sus obligaciones, procedió a remitirle al Contratista, la Carta Notarial N° 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020<sup>30</sup>, diligenciada vía conducto notarial, por el que le comunicó la Resolución total de la Orden de Compra, que para mayor apreciación se muestra en la imagen siguiente:

<sup>30</sup> Obrante a folios del 59 al 63 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

# Tribunal de Contrataciones del Estado

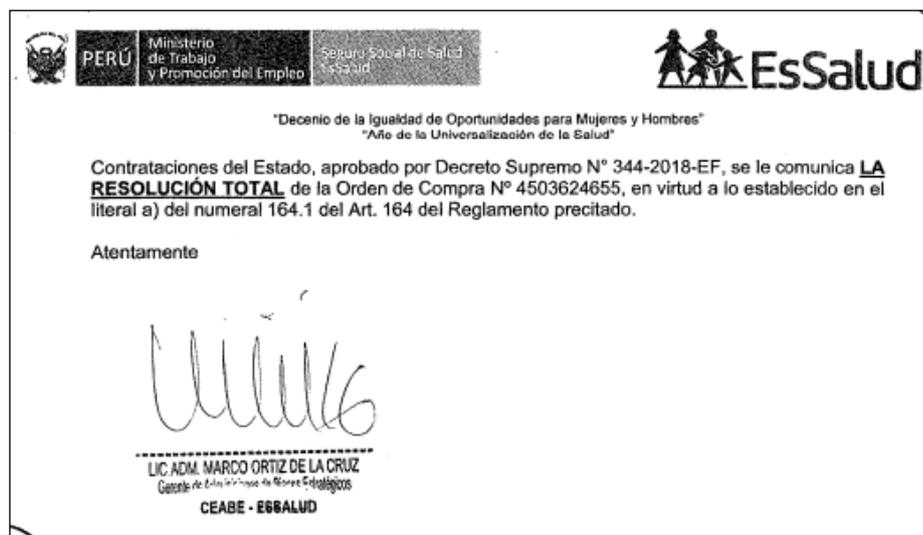
## Resolución N° 4009-2022-TCE-S2

	PERÚ	Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo	Seguro de Salud EsSalud	
"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres" "Año de la Universalización de la Salud"				
<b>CARTA NOTARIAL N°</b> 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020				<b>CARGO</b>
Lima,				<b>ESTE DOCUMENTO NO HA SIDO REDACTADO EN LA NOTARIA GUTIERREZ PRADE</b> Carta Notarial N° 1463 Fecha de Ingreso 06 AGO 2022
Señores 06 AGO 2020 <b>J.B.S &amp; K SERVICE S.A.C</b> Av. Primavera N° 120, Int. A 300, Santiago de Surco <u>Presente.</u>				
<b>Asunto</b> : Resolución Total de la Orden de Compra N° 4503624655				
<b>Referencia</b> : a) Informe N° 1816 - SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020 b) Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020 c) Orden de Compra N° 4503624655				
	Tengo el agrado de dirigirme a usted, en virtud al documento de la referencia b), a través de la cual la Sub Gerencia de Adquisición y Ejecución Contractual, requirió a su representada el cumplimiento de obligaciones contractuales, respecto a la entrega de los respiradores de pieza facial, objeto de la <b>Orden de Compra N° 4503624655</b> .			
	Sobre el particular, es necesario indicar que, de acuerdo a lo señalado en el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que la Entidad puede resolver el contrato, en los casos en que el contratista incumpla injustificadamente las obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.			
	En tal sentido, mediante la Carta Notarial N° 225-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, notificada válidamente por la vía notarial el 04/08/2020, se otorgó un plazo de un (1) día calendario a la empresa a su cargo, a fin que cumpla con las prestaciones derivadas de la Orden de Compra N° 4503624655; no obstante, al requerimiento formal y el apercibimiento de resolver Orden de Compra por incumplimiento vuestra parte hizo caso omiso y no cumplió con sus obligaciones asumidas por lo que amerita hacer efectivo el apercibimiento.			
	De acuerdo al contenido de la sección IV. CONCLUSIÓN del INFORME N° 1816 -SGAYEC-GABE-CEABE-ESSALUD-2020, concluyó que, (i) "La situación de emergencia presentada, ha motivado a tomar acciones de manera diligente y con la prontitud que dicha situación exige, para que las instituciones conformantes del Sistema Nacional de Salud se encuentren preparadas lo antes posible para poder brindar un servicio y atención de calidad a la población en riesgo de ser infectada por el COVID-19, así como también a las que hayan sido diagnosticadas como infectadas. Lo señalado ha sido enfatizado por el propio Presidente de la República, respecto a que se deben realizar todos los esfuerzos posibles para fortalecer a nuestro sistema de salud en la atención de la emergencia tomando en cuenta la urgencia de que las instituciones de salud se encuentren preparadas para atender la demanda de la población para su atención" y (ii) "Conforme a los argumentos expuestos, ésta Sub Gerencia es de la opinión que corresponde <b>RESOLVER TOTALMENTE</b> la Orden de Compra N° 4503624655 por el incumplimiento de las obligaciones pese haber sido requerido para ello, conforme lo establecido en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento".			
	Por lo expuesto, y actuando en el contexto de lo previsto en el literal b) del numeral 164.1 del Art.164 y los numerales 165.1 y 165.3 del Art. 165 del Reglamento de la Ley N° 30225 Ley de			

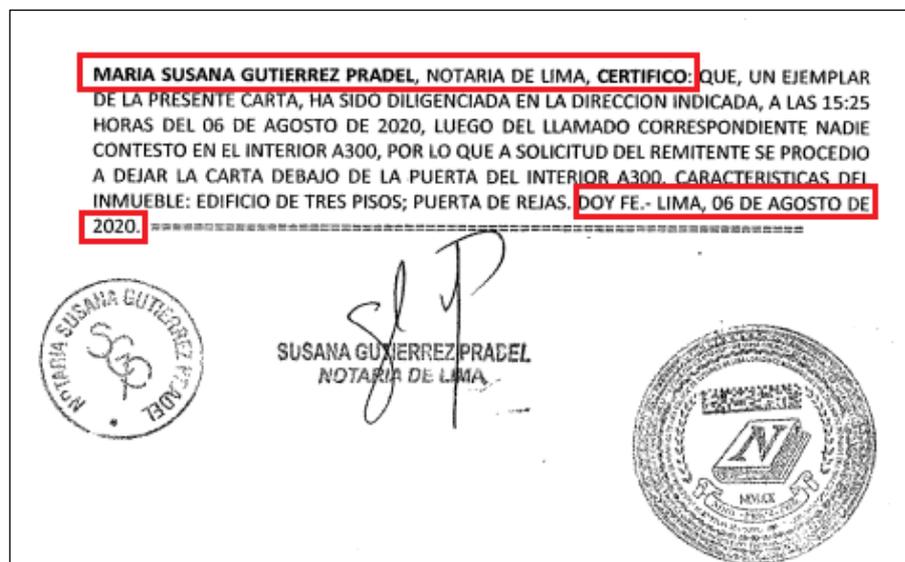
(...)

## Tribunal de Contrataciones del Estado

### Resolución N° 4009-2022-TCE-S2



17. Conforme a ello, corresponde precisar que acompaña a la Carta Notarial citada, el Certificado de Diligenciamiento Notarial de fecha 6 de agosto del 2020, efectuado por la Notaria de Lima María Susana Gutiérrez Pradel, conforme se muestra en la imagen siguiente:



18. En ese contexto, considerando que en el presente procedimiento administrativo sancionador resulta relevante determinar si la Entidad cumplió con el procedimiento de resolución del Contrato previsto en el artículo 165.1 del Reglamento, el cual exige, entre otros, que, en caso de incumplimiento contractual

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

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 mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato; situación que se encuentra acreditada; toda vez que, obra en el presente expediente sancionador tanto el requerimiento del cumplimiento de las prestaciones debidamente diligenciada mediante carta notarial y en consecuencia del incumplimiento, la comunicación por el que se notifica la decisión de la Entidad de resolver el contrato, el mismo que cuenta con su respectivo diligenciamiento notarial.

Conforme a lo expuesto, se aprecia que la Entidad ha seguido adecuadamente el procedimiento previsto en la normativa para la resolución del Contrato, de conformidad con lo señalado en el artículo 165 del Reglamento.

19. En ese sentido, habiéndose verificado el cumplimiento del procedimiento de resolución contractual, corresponde ahora determinar si dicha decisión resolutive quedó consentida.

#### *Sobre el consentimiento o firmeza de la resolución contractual*

20. En este punto, es pertinente destacar que el tipo infractor imputado señala expresamente que, para la determinación de la configuración de la conducta, se debe verificar que la decisión de resolver el contrato haya quedado consentida por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversias, conforme a lo previsto en TUO de la Ley y su Reglamento, o que habiendo sido iniciados dicha decisión haya quedado firme en la vía conciliatoria o arbitral.
21. El artículo 45 del TUO de la Ley establece que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.
22. Asimismo, el artículo 166 del Reglamento establece que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato quedó consentida.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas



## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

23. En atención a ello, se debe tener en cuenta que el consentimiento de la resolución del contrato por parte del Contratista constituye una consecuencia que deriva de su exclusiva responsabilidad, en tanto que desde que participó en el procedimiento de selección, se sujetó a las disposiciones precedentemente expuestas.
24. Ahora bien, en el presente caso, se aprecia que la resolución total de la Orden de Compra fue notificada al Contratista el **6 de agosto de 2020**; en ese sentido, aquel contaba con el plazo de treinta (30) días hábiles siguientes para solicitar que se someta la misma a arbitraje o conciliación, plazo que venció el **17 de setiembre de 2020**.
25. Al respecto, mediante Memorando N° 1612-GCAJ-ESSALUD-2020<sup>31</sup>, del 23 de octubre del 2020, la Gerencia Central de Asesoría Jurídica de la Entidad informó que de acuerdo a la información contenida en el Sistema de Procesos Judiciales (SISPROJ) a la fecha de dicho documento, no se halló información respecto de conciliaciones o arbitrajes iniciados por el Contratista; por lo que, queda acreditado que dicha decisión de la Entidad de resolver la Orden de Compra, quedó consentida; conforme se muestra a continuación:

<sup>31</sup>

Obrante a folios 31 del expediente administrativo sancionador en formato PDF.

# Tribunal de Contrataciones del Estado

## Resolución N° 4009-2022-TCE-S2

**EsSalud**

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"  
"Año de la Universalización de la Salud"

**MEMORANDO N° 0031/GCAJ-ESSALUD-2020**

**PARA :** CAROLINA CABANILLAS HORNA  
Gerente de la Central de Abastecimiento y Bienes Estratégicos

**DE :** RENZO ZARATE MIRANDA  
Gerente Central de Asesoría Jurídica

**ASUNTO :** Se remite información respecto de la empresa J.B.S. & K. SERVICE S.A.C

**REFERENCIA :** a) Memorando No. 2532-CEABE-ESSALUD-2020.  
b) Carta Notarial No. 232-GABE-CEABE-ESSALUD-2020

**FECHA :** Lima, 23 OCT. 2020

Me dirijo a usted, en atención al documento de la referencia a), a través del cual su despacho solicita la información del asunto.

En tal sentido, comunico a usted que no se halló información respecto a conciliaciones o arbitrajes iniciados por dicha empresa en el Sistema de Procesos Judiciales.

Finalmente, adjunto al presente memorando los resultados obtenidos de la referida búsqueda para su conocimiento y fines que estime pertinentes.

Atentamente,

RENZO ZARATE MIRANDA  
Gerente Central de Asesoría Jurídica  
ESSALUD

Adjunto:

- Cuatro fotos (04) que contienen los resultados de la búsqueda efectuada.

RKZM/amv/kpl/bhcs  
NIT 8315-2020-3800  
Prov. 5587  
15 10

**RECIBIDO** 23 OCT 2020  
GERENCIA CENTRAL DE ASESORIA JURIDICA  
SEGURO SOCIAL DE SALUD  
CENTRAL DE ABASTECIMIENTO DE BIENES ESTRATEGICOS

**RECIBIDO** 26 OCT 2020  
SEGURO SOCIAL DE SALUD  
OFICINA DE ASESORIA LEGAL  
CEABE

26. En este punto, corresponde traer a colación los descargos presentados por el Contratista, en el que principalmente refiere que el 27 de julio del 2020, solicitó a la Entidad la ampliación de plazo debido a que el país exportador estaba presentando demoras en la entrega de los productos, precisando que en el contexto de pandemia pro el Covid-19 el gobierno de los Estado Unidos de Norteamérica aplicó la Ley de Producción de Defensa, mediante la cual obligaban a las empresas fabricantes de implementos de salud a priorizar la demanda de ese país antes de exportar estos bienes.

En ese sentido, considera que de acuerdo el artículo 36 del TUO de la Ley, se

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

puede eximir de responsabilidad alguna en caso fortuito o fuerza mayor, por lo que, de acuerdo a las disposiciones del gobierno estadounidense respecto a la venta de implementos y complementos de salud, entre los que se encontraban los bienes materia de la Orden de Compra, se encontrarían enmarcados en el ámbito de fuerza mayor, situación que no puede ser imputada a su representada.

27. Sobre el particular, corresponde precisar que, en el Acuerdo de Sala Plena N° 002-2022 publicada el 7 de mayo del 2022, en el Diario Oficial “El Peruano”, se precisa lo siguiente:

*“En el procedimiento administrativo sancionador **no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato**, constituyendo un elemento necesario para determinar responsabilidad administrativa, **verificar que esa decisión ha quedado consentida** por no haberse iniciado los medios de solución de controversias, o que, habiéndose sometido a estos, haya quedado firme, conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento.”*  
*[Énfasis agregado nuestro]*

28. En mérito a lo expuesto, cabe precisar que, en un procedimiento administrativo sancionador, **no corresponde a este Tribunal verificar si la decisión de la Entidad de resolver el contrato es justificada y/o se ajusta a los hechos ocurridos en la ejecución contractual**; toda vez, que tales aspectos deben ser evaluados en una conciliación o arbitraje.
29. Por lo tanto, el extremo de los descargos del Contratista referidos a la existencia de una causal de fuerza mayor que le eximiría de responsabilidad, este Colegiado, considera necesario precisar que dentro del presente procedimiento sancionador carece de objeto pronunciarse sobre los cuestionamientos a la decisión de la Entidad de resolver el contrato; toda vez que, ello debió ser planteado ante la vía conciliatoria o arbitral.
30. Ahora bien, respecto del extremo de los descargos del contratista, referidos a que de acuerdo a las disposiciones del Código Civil Peruano, todo deudor queda liberado de cumplir con sus obligaciones cuando por causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso ocurre, expresando que la adquisición de mascarillas 3M N95 únicamente pudo darse a través del trato de gobierno a gobierno.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

Al respecto, cabe precisar que, cualquier discrepancia respecto al fondo de la controversia, esto es determinar si el contratista se encontró o no en una situación de caso fortuito o de fuerza mayor conforme a las normas del Código Civil, es una situación que debió dilucidarse en la respectiva conciliación o arbitraje, por lo que tal como se indicó previamente, este Tribunal no le compete analizar el fondo de la controversia, esto es las causas que originaron el incumplimiento contractual y si fueron atribuibles a una u otra parte.

31. Por las consideraciones expuestas, habiendo quedado consentida la resolución contractual efectuada por la Entidad, se ha configurado la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, correspondiendo imponer sanción administrativa al Contratista, previa graduación de la misma.

#### ***Graduación de la sanción.***

32. El literal b) del numeral 50.4 del referido artículo 50 del TUO de la Ley, ha previsto como sanción aplicable para la infracción materia de análisis, una inhabilitación temporal no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses.
33. Al respecto, téngase presente que de conformidad con el principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante **el TUO de la LPAG**, las sanciones no deben ser desproporcionadas y deben guardar relación con la conducta a reprimir, atendiendo a la necesidad que las empresas no deben verse privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción, criterio que será tomado en cuenta al momento de fijar la sanción a ser impuesta al Contratista.
34. En ese sentido, corresponde determinar la sanción a imponer conforme a los criterios previstos en el artículo 264 del Reglamento, tal como se expone a continuación:
  - a) **Naturaleza de la infracción:** desde el momento en que un proveedor asume un compromiso contractual frente a la Entidad, queda obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido, dado que un incumplimiento suyo puede generar un perjuicio al Estado; como en efecto lo ha sido con la resolución

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

de la Orden de Compra N° 4503624655 para la Adquisición de “Respiradores de pieza facial filtrante 3M”

- b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** si bien no es posible determinar si hubo intencionalidad o no de parte del Contratista, se observa que aquél no cumplió con sus obligaciones contractuales, lo que evidencia la falta de diligencia en el cumplimiento de las prestaciones objeto de la relación contractual.
- c) **La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad:** el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Contratista ocasionó que la Entidad tenga que resolver totalmente el Contrato, lo cual afectó los intereses de aquella, así como la finalidad pública que se esperaba alcanzar considerando que resulta de mayor gravedad pues con dicha prestación se buscaba la protección de la salud y la vida de las personas ante el eminente contagio de Covid-19.
- d) **Reconocimiento de la infracción cometida antes que sea detectada:** conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el Contratista haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- e) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de acuerdo a la revisión de la base de datos del Registro Nacional de Proveedores (RNP), el Contratista no cuenta con antecedentes de sanción administrativa impuesta por el Tribunal.
- f) **Conducta procesal:** el Contratista se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y formuló sus descargos.
- g) **La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.10 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225:** de la revisión a la documentación que obra en el expediente, no hay información que acredite que el Contratista haya adoptado o implementado algún modelo de prevención debidamente certificado, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de la comisión de infracciones como la determinada en la presente resolución.

## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

h) **En el caso de MYPE, la afectación de las actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitaria<sup>32</sup>:** Al respecto, si bien se ha verificado que el Contratista figura acreditado como Pequeña Empresa desde el 29 de febrero de 2016, según la información que consta en el Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa – REMYPE, lo cierto es que, no obra en el expediente administrativo la documentación que permita analizar la existencia de una posible afectación a las actividades productivas o de abastecimiento del Contratista, en los tiempos de crisis sanitaria.

35. Por último, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el **6 de agosto de 2020**, fecha en la que se comunicó al Contratista la resolución del vínculo contractual.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente Olga Evelyn Chávez Sueldo y la intervención de los Vocales Carlos Enrique Quiroga Periche y Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez; y, atendiendo a la reconfiguración 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 del 2022, publicada el 23 del mismo mes y año en el Diario Oficial “El Peruano”, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, 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:**

1. **SANCIONAR** a la empresa **J.B.S & K SSERVICE S.A.C. (con R.U.C. N° 20550164451)**, por el periodo de **cinco (5) meses de inhabilitación temporal** en sus derechos de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por su responsabilidad al haber ocasionado que la **SEGURO SOCIAL DE SALUD** a través de su **CENTRO DE ABASTECIMIENTO DE**

<sup>32</sup> Criterio incorporado mediante Ley N° 31535, Ley que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de incorporar la causal de afectación de actividades productivas o de abastecimiento por crisis sanitarias aplicable a las micro y pequeñas empresas (MYPE), publicada el 28 de julio de 2022 en el diario oficial “El Peruano”.



PERÚ

Ministerio  
de Economía y Finanzas



## *Tribunal de Contrataciones del Estado*

### *Resolución N° 4009-2022-TCE-S2*

**BIENES ESTRATÉGICOS-CEABE** resuelva Orden de Compra N° 4503624655 para la Adquisición de “Respiradores de pieza facial filtrante 3M”; por los fundamentos expuestos, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.

2. Disponer que, una vez que el presente pronunciamiento haya quedado administrativamente firme, la Secretaría del Tribunal registre la sanción en el módulo informático correspondiente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

**OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO**  
VOCAL  
DOCUMENTO FIRMADO  
DIGITALMENTE

**DANIEL ALEXIS NAZAZI PAZ**  
WINCHEZ  
VOCAL  
DOCUMENTO FIRMADO  
DIGITALMENTE

**CARLOS ENRIQUE QUIROGA**  
PERICHE  
PRESIDENTE  
DOCUMENTO FIRMADO  
DIGITALMENTE