



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

Sumilla: *“(...)la norma materia de análisis no contempla una obligación legal en cuanto a la contratación de difusión de la subasta pública con un determinado proveedor, menos aún supedita la eficacia de la misma al cumplimiento de esa obligación, como si sucede, por ejemplo, en los casos de la publicación de ordenanzas municipales.”*

Lima, 22 de diciembre de 2022.

VISTO en sesión del 22 de diciembre de 2022 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 366/2022.TCE, sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa **GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A. (con R.U.C. N° 20517374661)**, contra la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022; y atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. El 18 de noviembre de 2022, la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, en el trámite del Expediente N° 366/2022.TCE, emitió la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2, a través de la cual sancionó a la empresa **GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A. (con R.U.C. N° 20517374661)**, en lo sucesivo el **Contratista**, con cuatro (4) 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 contratado con el Estado estando impedida para ello, en el marco de la emisión de la **Orden de Servicio N° 207**, en lo sucesivo **la Orden de Servicio**, emitida por la ZONA FRANCA Y ZONA COMERCIAL DE TACNA – ZOFRATACNA, en adelante **la Entidad**, para la contratación del “*Servicio de publicidad en prensa escrita de acuerdo a los términos de referencia según detalle: para difundir la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA*”; infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **el TUO de la Ley N° 30225**.

2. Los principales fundamentos de dicho acto administrativo fueron los siguientes:

- A través del Memorando N° D000022-2022-OSCE-DGR del 13 de enero de 2022 la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, que según lo dispuesto en el artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, se tendría que la señora María Eugenia Mohme Seminario es integrante del directorio del Contratista, por lo tanto, sería integrante del órgano de administración; y en la medida que su hija Claudia Eugenia Cornejo Mohme venía ejerciendo el cargo de Ministra del Estado, el Contratista se encontraba impedido de contratar con el Estado, en todo proceso de contratación a nivel nacional desde el 19 de noviembre de 2020 hasta el 28 de julio de 2021, y hasta doce (12) meses después de concluido, solo en el ámbito de su sector.
- En consecuencia, advirtió indicios de la comisión de infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225, por lo que correspondió informar al Tribunal para que evalúe el inicio del respectivo procedimiento administrativo sancionador en el marco de sus competencias.
- Mediante Decreto del 27 de enero de 2022¹ se corrió traslado de lo informado a la Entidad y se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con remitir información y documentación necesaria para determinar el inicio del procedimiento administrativo sancionador.
- Por medio del Oficio N° 00059-2022-GG-ZOFRATACNA la Entidad remitió el Informe N° 012-2022-OAJ-ZOFRATACNA del 9 de febrero de 2022 a través del cual manifestó que mediante comunicación electrónica del 8 de julio de 2021, la Entidad notificó al Contratista la Orden de Servicio.

¹

Obrante del folio 79 al 83 del expediente administrativo. Notificado a la Entidad y su Órgano de Control Institucional el 31 de enero de 2022 mediante Cédulas de Notificación N° 5583/2022.TCE y N° 5582/2022.TCE, respectivamente, según cargos de notificación obrantes del folio 84 al 92 del expediente.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- En virtud a ello, indicó que el servicio fue brindado por el Contratista, habiéndose publicado el aviso de convocatoria para la Subasta Inversa Pública Virtual N° 002-2021-ZOFRATACNA en el Diario La República, el 14 y 15 de julio de 2021, en las páginas 19 y 24 de dicho diario.
- Asimismo, señaló que el 15 de julio de 2021, el Contratista emitió la Factura Electrónica N° D027-0001629 por el importe de S/ 665.00, y que el 19 de julio de 2021, el área usuaria dio su conformidad al servicio brindado por el Contratista, suscribiendo el Formato de Conformidad de la Prestación, por el cual fue derivado con la misma fecha para el trámite de su pago.
- Por otro lado, señaló que de acuerdo con la investigación realizada por la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE, a la fecha en que la Entidad emitió la Orden de Servicio, el Contratista tenía como Presidenta de su Directorio, a la señora María Eugenia Mohme Seminario, madre de la entonces Ministra de Comercio Exterior y Turismo, la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme, por lo que consecuentemente se hallaba impedida de celebrar la referida contratación.
- En ese sentido, indicó que, según la información obtenida del RNP, se ha podido comprobar que efectivamente la señora María Eugenia Mohme Seminario es Presidenta del Directorio del Contratista, y es también familiar en primer grado de la ex Ministra de Comercio, la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme, razón por la cual, el Contratista, se hallaba impedido para contratar con la Entidad hasta el 28 de julio de 2022.
- En ese contexto, manifiesta que el Contratista habría incumplido con el impedimento previsto en el artículo 11 del TUO de la Ley, al hallarse incurso en los supuestos contemplados en los literales b), h) y k) del referido artículo, y pese a ello haber contratado con el Estado. Por tanto, concluye que el Contratista habría incurrido en la infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- Es así que, mediante Decreto del 10 de junio de 2022², se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra del Contratista por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en los literales h) y k) en concordancia con el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, y por haber presentado información inexacta como parte de su cotización en el marco de la contratación efectuada a través de la Orden de Servicio emitida por la Entidad, contenida en el Anexo N° 04 – Declaración jurada del proveedor de bienes y servicios de 1 UIT hasta 8 UIT, firmado por el señor Guillermo Gonzales Chipana, del GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A.
- Las infracciones que se imputaron al Contratista son aquellas que se encuentran tipificadas en los literales c) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.
- Como parte de sus descargos, el Contratista manifestó que su representada, a través del diario “La República” fue para el año 2020, el diario judicial en los distritos judiciales de Tumbes y Piura, asimismo, lo fue en el 2021 en Cajamarca (dejó de serlo en el 2022), Lambayeque, La Libertad, Ica, Arequipa y Moquegua, en ese sentido, las órdenes que figuran en el Anexo N°1 del Dictamen N° 192-2021/DGR-SIRE, obedecen a dicha condición legal de su diario, de conformidad con el inciso 2 del artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, que dispone que los Decretos de Alcaldía, deben publicarse *“en el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones”*.
- En razón a lo antes señalado, indica que las municipalidades provinciales y distritales que emitieron las órdenes de publicación a que se refiere el Anexo N° 1 del Dictamen N° 192-2021/DGR-SIRE, en virtud a que había un

²

Obrante del folio 118 al 128 del expediente administrativo. Notificado a la Entidad el 16 de junio de 2022 a través de la Cédula de Notificación N° 35852/2022.TCE, según cargo de notificación obrante del folio 132 al 141 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

mandato legal para que la publicación de las ordenanzas municipales y/o decretos de alcaldía se lleven a cabo a través de su medio de prensa.

- En ese sentido, indicó que tratándose de la publicación de ordenanzas y decretos de alcaldía, en cuya gestión, generación, administración y/o presupuesto, no tienen injerencia los ministros de Estado, por tratarse gobiernos locales elegidos por voto ciudadano, se debe descartar el ocultamiento, imprudencia, descuido, mala fe, daño a la entidad o incumplimiento de las normas legales por parte de las entidades contratantes o de su representada, por cuanto, ambas partes estaban legalmente obligados a ejecutar las órdenes de servicio en los términos antes expuestos.
- Por otro lado, sostuvo que con relación a las órdenes de servicio emitidas por entidades no municipales, señala que, éstas corresponden a publicaciones que se realizan de acuerdo con las normas específicas para cada caso, es decir, no se trata de publicidad comercial, sino de una publicación de resoluciones, comunicados, avisos de orden público, convocatorias, edictos, notificaciones, en todos los casos dentro de un formato pre establecido por la norma específica que dispone su publicación.
- Preciso que no hay forma alguna que la Ministra, hija de la señora María Eugenia Mohme Seminario, pudiera intervenir para direccionar o recomendar si quiera la contratación de dichas publicaciones, por cuanto se trata de instituciones autónomas, que están fuera del ámbito del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, por cuanto las normas administrativas materia de las órdenes de servicio detalladas en el Anexo N° 1 del Dictamen N° 192-2021/DGR-SIRE, requieren para su validez, la publicación en el diario de los avisos judiciales o en uno de los de mayor circulación en cada provincia; en ambos casos corresponde a su diario “La República”.
- Por otro lado, indicó que el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia N° 714/2021 dictada en el Expediente N° 00017-2020-PI/TC, en



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

el fundamento 8 señala que *“Al respecto, corresponde señalar que el artículo 51 de la Constitución establece que “La publicidad es esencial para la vigencia de las normas en el Estado”. Asimismo, el artículo 109 estipula que: La Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”. Además, en su fundamento 13 se señala que “El artículo 44 de la LOM - Ley Orgánica de Municipalidades -establece, además, normas especiales para el caso de las municipalidades que se encuentren fuera de la región Lima y la provincia constitucional del Callao. De acuerdo con el referido artículo, la garantía de la publicidad formal en estos casos se perfecciona cuando la ordenanza se publica: “(...) 2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.”*

- Con relación a la Orden de Servicio materia de análisis, indicó que fue emitida para difundir la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA, por lo que corresponde aplicar el mismo criterio arriba expuesto, por cuanto se trata de una convocatoria cuya publicidad debe efectuarse por mandato legal específico.
- Indicó que, según la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA, figura como una de las etapas de la convocatoria, la publicación en un diario de circulación local, requisito que cumple el diario “La República”, precisa que su representada tiene plantas impresoras en Lima, Chiclayo, Arequipa e Iquitos, desde donde se distribuye el diario a todas las provincias del país.
- Solicitó que al amparo del principio “a igual razón, igual derecho” se tenga presente lo resuelto en la Resolución N° 0125-2021-TCE-S3, concordante con lo resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia 1087/2020 del 6 de noviembre de 2021, emitida en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, por cuanto, obligarlos a seguir el mismo procedimiento sería una afectación al derecho contemplado en el numeral 2.7 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- Agregó que, la Sentencia 1087/2020, en su fundamento 33 señala que el *“impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso: a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural...”*.
- En ese sentido, señaló que es razonable deducir que en el caso de los Ministros de Estado, cuya jerarquía es menor que las autoridades indicadas en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, también se produce dicha amenaza de violación al derecho a la libre contratación, respecto a los parientes en segundo grado, más aún en el caso de la señora María Eugenia Mohme, cuya función como integrante del Directorio, no le otorga una facultad decisoria para contratar en nombre de su representada.
- Preciso que ninguna de las contrataciones efectuadas por su representada, se encuentran dentro del periodo comprendido entre el 29 de julio de 2021 al 28 de julio de 2022, y tampoco están en el sector del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- Finalmente, adjuntó copia del Asiento C00032 de la Partida Electrónica 12079433, de su representada, para acreditar que la señora María Eugenia Mohme Seminario, es una integrante de siete personas del directorio, en tal sentido, no tiene facultades para decidir una contratación de manera individual.
- A través del Decreto del 5 de julio de 2022³ se dejó sin efecto el Decreto del 10 de junio de 2022, y se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su supuesta responsabilidad al haber

³

Obrante del folio 160 al 190 del expediente administrativo. Notificado a la Entidad el 11 de julio de 2022 a través de la Cédula de Notificación N° 41370/2022.TCE, según cargo de notificación obrante del folio 171 al 181 del expediente.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal k) en concordancia con los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, y por haber presentado información inexacta como parte de su cotización en el marco de la contratación efectuada a través de la Orden de Servicio, emitida por la Entidad la cual se encuentra contenida en el Anexo N° 04 – Declaración jurada del proveedor de bienes y servicios de 1 UIT hasta 8 UIT. Infracciones tipificadas en los literales c) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225.

- Al respecto, el Contratista ratificó sus descargos antes mencionados y en cuanto a la imputación de haber presentado información inexacta, solicitó que al amparo de lo resuelto por el Tribunal a través de la Resolución N° 125-2021-TCE-S3, considerando 26, se resuelva en el mismo sentido.
- Ahora bien, en lo que respecta al análisis efectuado, como primera cuestión previa se determinó la competencia del Tribunal para determinar responsabilidad administrativa y sancionar en el marco de contrataciones con montos iguales o menores a 8 UIT, considerando que las infracciones imputadas al Contratista se encuentran tipificadas en los literales c) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225, sí resultan aplicables aún en aquellos 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.
- Por otro lado, se planteó como segunda cuestión previa la posibilidad de pronunciarse sobre la infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225, al respecto se advirtió que el documento materia de cuestionamiento, el Anexo N° 4 del 7 de junio de 2021, no contaba con la firma del representante y/o apoderado del Contratista. En ese sentido, el Tribunal consideró que la firma del declarante en un documento, es un requisito indispensable para determinar que aquel ha manifestado su acuerdo y conformidad con lo declarado en un documento, por lo que, en ausencia de la firma, no se podría atribuir fehacientemente que el contenido del mismo ha sido aceptado por quien figura como su declarante.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- En este contexto, al verificarse que el Anexo N° 4 en cuestión, carece de la firma del representante legal, apoderado, gerente u otro agente autorizado por el Contratista, se consideró que no se ha concretado el vínculo entre la declaración efectuada en el citado documento y quien figura como su declarante (el Contratista), pues no se encuentra firmado en señal de conformidad con los aspectos declarados en aquel, por tanto, no resultó factible analizar la responsabilidad administrativa del Contratista por la presentación de supuesta información inexacta, disponiéndose el archivo de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225.
- Posteriormente, se procedió a analizar la infracción consistente en contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, verificándose inicialmente que en el folio 104 del expediente administrativo obra el cargo de recepción de la Orden de Servicio por parte del Contratista, acto que tuvo lugar el 8 de julio de 2021, aunado a ello, se verificó la Factura Electrónica F027-0001629 emitida por el Contratista en virtud al cumplimiento de la Orden de Servicio. De ese modo, quedó demostrado que el Contratista prestó sus servicios a la Entidad en atención a la Orden de Servicio, la cual fue debidamente recepcionada por aquel **8 de julio de 2021**, con lo cual quedó acreditado el perfeccionamiento de la relación contractual entre la Entidad y el Contratista en dicha fecha.
- Habiéndose acreditado la configuración del primer elemento del tipo infractor, correspondió verificar la concurrencia del segundo elemento, esto es, si a la fecha en que se formalizó la contratación, el 8 de julio de 2021, el Contratista se encontraba incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el literal k) en concordancia con los literales b) y h) del numeral 11.1. del artículo 11 del TUO de la Ley, los cuales establecen que se encuentran impedidos para contratar con el Estado, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean, entre otros, los Ministros de Estado, su cónyuge, conviviente o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; resultando aplicable en todo proceso de contratación a nivel nacional, mientras dicha autoridad ejerza el cargo, y se



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

extiende hasta doce (12) meses después que aquel dejó de ostentar el mismo, pero sólo en el ámbito de su sector.

- Al respecto, se precisó que se ha cuestionado ante el Tribunal que el Contratista tendría como miembro de su órgano de administración (Directorio) a la señora María Eugenia Mohme Seminario, quien sería pariente en primer grado de consanguinidad de la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme, siendo que ésta última ejerció el cargo de Ministra de Comercio Exterior y Turismo durante el periodo comprendido entre el 19 de noviembre de 2020 hasta el 28 de julio de 2021, lo cual habría dado lugar a que el Contratista se encuentre impedido para contratar con el Estado.
- Por consiguiente, el Contratista, al ser una persona jurídica cuyo órgano de administración se encuentra integrado por la señora María Eugenia Mohme Seminario, pariente en primer grado de la ex Ministra de Comercio Exterior y Turismo, la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme, se habría encontrado impedida de contratar con el Estado a nivel nacional desde el 18 de noviembre de 2020 hasta el 27 de julio de 2021; sin embargo, el 8 de julio de 2021 perfeccionó la relación contractual con la Entidad a través de la Orden de Servicio; por lo que, correspondió verificar tales hechos.
- En este contexto, se procedió a verificar el grado de parentesco entre las señoras María Eugenia Mohme Seminario y Claudia Eugenia Cornejo Mohme, determinándose que aquellas son madre e hija, respectivamente, de conformidad con lo señalado por la señora Claudia Cornejo a través de su Declaración Jurada de Intereses del ejercicio 2021, lo cual generó suficiente certeza sobre el parentesco en primer grado existente entre las referidas señoras.
- Respecto al cargo desempeñado por la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme se advirtió que mediante Resolución Suprema N° 205-2020-PCM⁴ del 18 de noviembre de 2020 se nombró a la señora Claudia Eugenia Cornejo

⁴

Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de noviembre de 2020. Obrante en el folio 75 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

Mohme como Ministra de Estado en el Despacho de Comercio Exterior y Turismo, y que mediante Resolución Suprema N° 055-2021-PCM⁵ del 27 de julio de 2021 se aceptó la renuncia de la referida señora a dicho cargo, por tanto, durante dicho periodo, las personas jurídicas integradas por sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad se encontraban impedidas de contratar con el Estado a nivel nacional, y luego de haber dejado el cargo, hasta doce meses sólo en el ámbito de su sector.

- Al respecto, de la revisión de la Ficha RNP del Contratista se advirtió que como parte de la información declarada con relación a los integrantes de su órgano de administración, se consignó que la señora María Eugenia Mohme Seminario ocupa el cargo de Directora del Contratista.
- Asimismo, de la revisión de la Partida Registral N° 12079433 correspondiente al Contratista, publicada en la extranet de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, se pudo advertir que en los Asientos C00032 y C00033, figura el nombramiento del Directorio para el periodo 2020 – 2021 y 2021 – 2022, respectivamente, se designó a la señora María Eugenia Mohme Seminario como miembro del Directorio del Contratista durante los periodos antes indicados.
- Siendo así, de acuerdo con el literal k) en concordancia con los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, Los Ministros, así como, sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se encuentran impedidos de ser participantes, postores o contratistas en todo proceso de contratación pública, esto es, a nivel nacional, mientras dichos funcionarios ejercen el cargo. Asimismo, el impedimento se extiende, inclusive hasta doce (12) meses después que un Ministro haya dejado el cargo, pero sólo en el ámbito de su sector.
- En ese orden de ideas, y tal como se ha señalado precedentemente, se tuvo que, la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme ocupó el cargo de Ministra de Comercio Exterior y Turismo desde el 18 de noviembre de 2020 hasta el 27 de

⁵

Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio de 2021. Obrante en el folio 78 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

julio de 2021, por lo tanto, durante ese periodo, la señora María Eugenia Mohme Seminario, al ser pariente en primer grado de consanguinidad de la ex Ministra, se encontraba impedida de contratar con el Estado a nivel nacional durante las fechas antes indicadas, asimismo, al ser la señora María Eugenia Mohme Seminario miembro del Directorio del Contratista, este último se encontraba impedido de contratar con el Estado en el mismo ámbito y por el mismo tiempo antes señalados.

- En tal sentido, se advirtió que al 8 de julio de 2021, fecha en que la Entidad y el Contratista perfeccionaron la relación contractual a través de la Orden de Servicio, aquél se encontraba impedido para contratar con el Estado, de conformidad con lo establecido en el literal k) en concordancia con los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, toda vez que, a dicha fecha, la señora María Eugenia Mohme Seminario (madre de la ex Ministra de Comercio Exterior, Claudia Eugenia Cornejo Mohme), formaba parte del órgano administrativo del Contratista, al ser miembro de su Directorio durante el año 2021.
- Atendiendo a ello, se trajo a colación que como parte de sus descargos el Contratista manifestó que las órdenes de servicio emitidas por entidades no municipales corresponden a publicaciones que se realizan de acuerdo con las normas específicas para cada caso, es decir, no se trata de publicidad comercial, sino de una publicación de resoluciones, comunicados, avisos de orden público, convocatorias, edictos, notificaciones, en todos los casos dentro de un formato pre establecido por la norma específica que dispone su publicación.
- Asimismo, precisó que el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia N° 714/2021 dictada en el Expediente N° 00017-2020-PI/TC, en el fundamento 8 señala que: *“Al respecto, corresponde señalar que el artículo 51 de la Constitución establece que “La publicidad es esencial para la vigencia de las normas en el Estado”. Asimismo, el artículo 109 estipula que: La Ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial”.* Además, en su fundamento 13 se señala que *“El artículo 44 de la LOM - Ley Orgánica de Municipalidades -establece, además, normas*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

especiales para el caso de las municipalidades que se encuentren fuera de la región Lima y la provincia constitucional del Callao. De acuerdo con el referido artículo, la garantía de la publicidad formal en estos casos se perfecciona cuando la ordenanza se publica: “(...) 2. En el diario encargado de las publicaciones judiciales de cada jurisdicción en el caso de las municipalidades distritales y provinciales de las ciudades que cuenten con tales publicaciones, o en otro medio que asegure de manera indubitable su publicidad.”

- Con relación a la Orden de Servicio materia de análisis, indicó que fue emitida para difundir la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA, por lo que corresponde aplicar el mismo criterio arriba expuesto, por cuanto se trata de una convocatoria cuya publicidad debe efectuarse por mandato legal específico.
- Asimismo, señaló que, según la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA, figura como una de las etapas de la convocatoria, la publicación en un diario de circulación local, requisito que cumple el diario “La República”, precisa que su representada tiene plantas impresoras en Lima, Chiclayo, Arequipa e Iquitos, desde donde se distribuye el diario a todas las provincias del país.
- Sobre la Sentencia N° 714/2021 dictada en el Expediente N° 00017-2020-PI/TC, se señaló que la misma está referida a una demanda de inconstitucionalidad formulada contra la publicación de la Ordenanza Municipal N° 020-2017-MDJLO que se efectuó en un diario distinto al encargado de las publicaciones judiciales del distrito judicial; sin embargo, en el presente caso, el acto cuya publicación se contrató a través de la Orden de Servicio no fue una ordenanza municipal, sino que, se contrató la difusión de la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA, por tanto, el análisis contenido en la sentencia aludida por el Contratista no resultó aplicable al presente caso por tratarse de un supuesto distinto.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- En lo que respecta a la alegación que la difusión de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA se efectuó a través del diario La República por cuanto se trataría de una convocatoria cuya publicidad debía efectuarse por mandato legal específico; resulta necesario revisar las bases administrativas del proceso antes mencionado a efectos de verificar las disposiciones establecidas para la difusión de la convocatoria de la referida subasta pública.
- Sobre el particular, se verificó que en el numeral VII de las bases administrativas⁶ de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA se estableció que la publicación de la convocatoria debía efectuarse los días 14 y 15 de julio de 2021, en un diario de circulación local y la página web institucional.
- En relación a ello, se señaló que mediante Informe N° 012-2022-OAJ-ZOFRATACNA⁷ del 9 de febrero de 2022, la Entidad indicó que realizó la cotización de espacios publicitarios a nivel regional, obteniendo las cotizaciones del Grupo La República Publicaciones S.A. por el importe de S/ 665.00 por dos (2) avisos, y de la empresa Editora El Comercio por el monto de S/ 795.00, por lo que optó por elegir la primera de estas ofertas, por resultar más económica.
- Bajo tales consideraciones, se advirtió que no existe una disposición legal que obligara a que la publicación de la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA se efectuara indefectiblemente en el Diario La República, pues las bases administrativas de dicho proceso solo establecieron que la publicación se efectúe en un diario de circulación local, tal es así que la Entidad solicitó la cotización no solo del Diario La República, sino también la del diario El Comercio, habiendo optado por elegir realizar la difusión de la convocatoria en el primero de éstos en virtud a que ofertó un monto menor por el servicio.

⁶ http://www.zofratacna.com.pe/upload/transparencia/SUBASTA_N002-2021.pdf

⁷ Obrante del folio 95 al 98 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- En ese sentido, el Colegiado consideró que, si bien la publicación objeto de la Orden de Servicio debía efectuarse por un mandato legal específico, lo cierto es que esta podía efectuarse en cualquier diario de circulación local y no obligatoriamente en el Diario La República, por lo tanto, lo argumentado por el Contratista en ese sentido, no fue amparado por este Tribunal.
- En otro extremo de sus descargos, el Contratista señaló que no hay forma alguna que la Ministra, hija de la señora María Eugenia Mohme, pudiera intervenir para direccionar o recomendar si quiera la contratación de dichas publicaciones, por cuanto se trata de instituciones autónomas, que están fuera del ámbito del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, por cuanto las normas administrativas materia de las órdenes de servicio detalladas en el Anexo N° 1 del Dictamen N° 192-2021/DGR-SIRE, requieren para su validez, la publicación en el diario de los avisos judiciales o en uno de los de mayor circulación en cada provincia; en ambos casos corresponde a su diario “La República”.
- Con relación a dicho argumento, se precisó que el tipo infractor imputado al Contratista, tipificado en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, no prevé para su configuración la acreditación de una efectiva intervención o favorecimiento por parte de un funcionario público respecto de un proveedor, considerando tan solo la verificación de que una persona natural o jurídica contrate con el Estado encontrándose impedido para ello, es decir, que se determine que el contratista se encontraba dentro del supuesto de hecho descrito en las causales de impedimento que establece el artículo 11 de la norma antes mencionada.
- En lo que respecta a que la publicación objeto de la Orden de Servicio requería para su validez su publicación en el diario de los avisos judiciales, se mencionó que, del análisis efectuado ha quedado determinado que no existía una obligación legal para que la publicación de la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA se contratara indefectiblemente con el Contratista, en calidad de diario encargado de la publicación de los avisos



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

judiciales, sino que la misma podía contratarse con otro diario de circulación local.

- De otro lado, el Contratista solicitó que al amparo del principio *“a igual razón, igual derecho”* se tenga presente lo resuelto en la Resolución N° 0125-2021-TCE-S3, concordante con lo resuelto por el Tribunal Constitucional mediante la Sentencia 1087/2020 del 6 de noviembre de 2022, emitida en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, por cuanto, obligarlos a seguir el mismo procedimiento sería una afectación al derecho contemplado en el numeral 2.7 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG. Asimismo, agregó que la Sentencia 1087/2020, en su fundamento 33 señala que el *“impedimento del cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1 a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso: a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural...”*.

Por tanto, sería razonable deducir que, en el caso de los Ministros de Estado, cuya jerarquía es menor que las autoridades indicadas en el literal a) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, también se produce dicha amenaza de violación al derecho a la libre contratación, respecto a los parientes en segundo grado, más aún en el caso de la señora María Eugenia Mohme, cuya función como integrante del Directorio, no le otorga una facultad decisoria para contratar en nombre de su representada.

- En lo que respecta a la aplicación de lo dispuesto en la Sentencia 1087/2020 del 6 de noviembre de 2020, dictada en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, se señaló que en aquella se analiza una causal de impedimento distinta a la que atañe al presente caso, toda vez que, en dicho proceso el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el impedimento que resulta aplicable a los parientes de los Congresistas de la República; sin embargo, el presente caso se encuentra referido a una persona jurídica cuyo órgano administrativo se encuentra integrado por el pariente en primer grado de consanguinidad de una



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

ex Ministra de Estado, por tanto, no puede considerarse que los aspectos que determinaron el sentido de dicha sentencia, resultan totalmente aplicables al caso concreto.

- Por otro lado, se resaltó que dado que la sentencia del Tribunal Constitucional se emite en el marco de un proceso de amparo (con efectos para el caso discutido en dicho proceso), no se desprende la declaración de inconstitucionalidad del artículo 11 del TUO de la Ley. Por estas razones, a partir de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, no es posible entender la inaplicación o derogación de los impedimentos consignados en el artículo 11 del TUO de la Ley, pues ello no fluye en ningún extremo del texto de la citada sentencia, ni tampoco correspondería, debido a la naturaleza de un proceso de amparo (distinto a un proceso de inconstitucionalidad).
- Del mismo modo, se señaló que si bien a través de la Sentencia N° 1087/2020 el Tribunal Constitucional se concluyó que el impedimento que fue materia de análisis configura una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, lo cierto es que, también precisa que la declaración respecto de su aplicación, corresponde al caso en concreto (fundamentos 5, 26 y 33), es decir, respecto a los hechos alegados por el ciudadano que formuló la demanda de amparo y de agravio constitucional; en el entendido que, a través del amparo no es posible cuestionar, en abstracto, la validez de una Ley, como es en el presente caso, la Ley de Contrataciones del Estado. Así, resultó evidente que, la sentencia recaída sobre el Expediente N° 3150-2017-PA/TC [*Acción de Amparo*] se pronuncia sobre un caso específico [la configuración de un impedimento para la inscripción de un proveedor en el Registro Nacional de Proveedores] y que no está relacionado al caso materia de análisis en el presente procedimiento sancionador [contratar estando impedido]; por lo que, resultó inaplicable al caso en concreto.
- Con relación a la aplicación del criterio adoptado en la Resolución N° 0125-2021-TCE-S3, se precisó que en ese caso se analizó el supuesto impedimento en el que habría incurrido la señora Cecilia Blanca Maruja Heresi Chicoma en calidad de hermana del señor Saleh Carlos Salvador Heresi Chicoma, ex Congresista de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

la República. Siendo así, en dicho procedimiento administrativo se analizó una causal de impedimento distinta a la que corresponde al presente, por lo que, resultó válido sostener que concurren circunstancias distintas a las que corresponden al caso de autos.

- Asimismo, se señaló que los criterios recogidos en los pronunciamientos del Tribunal, en virtud de lo establecido en el artículo 130 del Reglamento del TUO de la Ley N° 30225, solo constituyen precedentes de observancia obligatoria cuando se trata de los Acuerdos de Sala Plena emitidos por el Tribunal, que interpretan de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en el TUO de la Ley N° 30225 y el Reglamento.
- Por tanto, la citada resolución emitida por la Tercera Sala del Tribunal, no representa, de forma alguna, precedente vinculante; asimismo, el supuesto de impedimento analizado en la citada resolución es distinto al analizado en el presente caso. En consecuencia, correspondió desestimar los argumentos expuestos en este extremo, puesto que, conforme se ha señalado anteriormente, la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 3150-2017-PA/TC y la Resolución N° 125-2021-TCE-S3 del 18 de enero de 2021, además de no constituir precedentes vinculantes, los hechos analizados en dichas resoluciones, son distintos al analizado en el presente caso; por lo que, su no aplicación al caso en concreto de ningún modo significa una transgresión al ordenamiento jurídico, por los fundamentos ya expuestos.
- En esa línea de análisis, se agregó que con relación al principio de predictibilidad, esta Sala del Tribunal, en diversos pronunciamientos, tales como las Resoluciones N° 1128-2022-TCE-S4, 3514-2021-TCE-S4 y 3303-2021-TCE-S4, ha emitido su pronunciamiento en el sentido de que los términos de la Sentencia 1087/2020 del Tribunal Constitucional del 6 de noviembre de 2020, dictada en el Expediente 03150-2017-PA/TC, no resultan aplicables respecto a los impedimentos previstos en el artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, por cuanto dicha sentencia no es vinculante, ni declara inconstitucional el impedimento imputado. De este modo, en virtud de dichos argumentos se ha apartado de los fundamentos de la Resolución N° 125-2021-TCE-S3 invocada, además, porque ésta no constituye un precedente de observancia obligatoria.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 4477-2022-TCE-S2

- En consecuencia, correspondió desestimar los argumentos expuestos en este extremo, debiendo precisarse que, ello de ningún modo significa una transgresión al numeral 2.7 del artículo V del Título Preliminar del TUO de la LPAG, siendo que los argumentos expuestos de manera precedente se encuentran en consonancia con el principio de legalidad.
- Por otro lado, el Contratista precisó que ninguna de las contrataciones efectuadas por su representada, se encuentran dentro del periodo comprendido entre el 29 de julio de 2021 al 28 de julio de 2022, y tampoco están en el sector del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- Al respecto, se recordó que la Entidad y el Contratista perfeccionaron la relación contractual a través de la Orden de Servicio el 8 de julio de 2021, esto es, durante el periodo en el cual la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme ocupaba el cargo de Ministra de Comercio Exterior y Turismo (18/11/2020 – 27/07/2021), con lo cual se desvirtuó lo precisado por el Contratista en sus descargos.
- Con relación a que dicha contratación no se habría efectuado en el sector del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, se advirtió que el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, establece que el impedimento para los Ministros se configura en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo (abarca a nivel nacional), y que, luego de dejar el mismo, el impedimento subsiste hasta doce (12) meses después y se circunscribe al ámbito de su sector; asimismo, los literales h) y k) del referido artículo, prevén que el impedimento se configura, entre otros, para sus parientes en primer grado que integren el órgano de administración de una persona jurídica, en el mismo ámbito y tiempo establecidos para el funcionario público, en ese caso, el impedimento se extiende de la ex Ministra a su pariente en primer grado de consanguinidad (madre) y de ésta última al Contratista, al integrar su órgano administrativo como miembro del Directorio.

Por tanto, los impedimentos materia de análisis, resultaban aplicables para el Contratista respecto de las Entidades a nivel nacional, mientras la ex Ministra



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

se encontraba ejerciendo el cargo, como aconteció en la contratación materia de análisis, no resultando relevante para la configuración de la infracción si la contratación se efectuó en el sector de Comercio Exterior y Turismo, pues ello resultaría analizable si la contratación se hubiese efectuado dentro de los doce (12) meses posteriores a la renuncia de la referida funcionaria al cargo de ministra, lo cual no acontece en el presente caso.

- En otro punto, el Contratista adjuntó copia del Asiento C00032 de la Partida Electrónica 12079433, de su representada, para acreditar que la señora María Eugenia Mohme Seminario, es una integrante de siete personas del directorio, por lo que no tendría facultades para decidir una contratación de manera individual.
- Sobre el particular, se anotó que las causales de impedimento establecidas para el Contratista no requieren para su configuración que la persona vinculada con el funcionario impedido, ostente algún poder de decisión para efectuar la contratación con la Entidad, por tanto, el hecho que la señora María Eugenia Mohme Seminario contase o no con facultades para determinar las contrataciones del Contratista, no resultó relevante para el caso bajo análisis.
- Finalmente, se señaló que con ocasión de la audiencia pública llevada a cabo el 10 de noviembre de 2022, la representante del Contratista señaló que la publicación de la Subasta Pública N° 002-2021 (objeto de contratación de la Orden de Servicio), se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el inciso b) del artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR. Al respecto, precisó que más allá de que para contratar con su representada se lleve a cabo un procedimiento de selección o exista una pluralidad de postores, ello no implica que resulte aplicable la normativa de contrataciones, sino que, la contratación, en el presente caso, se ha efectuado en cumplimiento de la norma antes citada, la cual indica que los avisos de convocatoria de la subasta pública se publican por dos (2) días en el diario oficial El Peruano o en uno de mayor circulación, siendo que, el Diario La República cumpliría esta última condición, en tanto cuenta con sedes en las tres regiones del Perú.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- Al respecto, este Tribunal consideró que, si bien la norma invocada por el Contratista establece que los avisos de convocatoria de la subasta pública se publican por dos (2) días calendario con una anticipación no menor de siete (7) días calendario a la fecha de realización de la subasta, lo cierto es que, la misma no solo considera un único medio a través del cual se pueda realizar dicha publicación, es decir, la Resolución antes citada establece ciertas condiciones que deben cumplir aquellos postores que deben efectuar la publicación de la convocatoria de la subasta pública (ser el diario oficial o uno de mayor circulación); sin embargo, ésta no elimina en su totalidad la competencia y pluralidad de postores con los que se pudiese contratar válidamente la publicación objeto de la Orden de Servicio.

A diferencia de lo que ocurre cuando una determinada norma establece que la publicación de cierta información debe efectuarse en el diario del distrito judicial, en cuyo supuesto, el diario judicial es único dentro de un distrito judicial durante el tiempo que este es designado para ostentar dicha condición, en atención a lo cual, las Entidades se ven obligadas a contratar de manera exclusiva y excluyente con el diario del distrito judicial, no teniendo la posibilidad de contratar con algún con otro, pues no sería posible que otro diario ostente dicha condición al mismo tiempo en la misma localidad.

- Bajo dicho contexto, siguiendo lo establecido en la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR, la Entidad bien podría haber contratado la publicación objeto de la Orden de Servicio, con el diario oficial El Peruano, o con otro diario que hubiese acreditado ser uno de los de mayor circulación en la localidad, tal es así, que la Entidad no solo solicitó la cotización del Contratista, sino también la del diario El Comercio, tal como lo expresó en los numerales 2 y 4 del Informe N° 013-2022-ALOG-OAJ-ZOFRATACNA⁸ del 8 de febrero de 2022.
- En ese sentido, este Colegiado consideró que la contratación no correspondió al cumplimiento de un mandato normativo, pues la Entidad tuvo la posibilidad de contratar con otro postor que cumpliera las condiciones establecidas en la



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

norma sin estar impedido para contratar con el Estado, por tanto, lo argumentado por el Contratista en dicho extremo no resultó amparable.

- Por lo expuesto, de la valoración conjunta de los medios de prueba obrantes en el presente expediente; el Colegiado se formó plena convicción de que el Contratista se encuentra inmerso en la causal de impedimento prevista en el literal k) en concordancia con los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley.
- Bajo tales consideraciones, el Colegiado decidió por mayoría, sancionar con cuatro (4) meses de inhabilitación temporal al Contratista, por haberse determinado su responsabilidad administrativa en la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225. Asimismo, se declaró no ha lugar a la imposición de sanción por la configuración de la infracción tipificada en el literal i) del numeral y artículo de la norma antes citada.
- Por otro lado, cabe mencionar que la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 contó con el voto en discordia del Vocal Christian Chocano Davis, quien consideró que el Tribunal carece de competencia para determinar la configuración de la infracción imputada al Contratista, debiendo archivarse el expediente administrativo sancionador. Al respecto, señaló que la Orden de Servicio cuestionada deriva de un mandato normativo específico previsto en el artículo 8 de la Resolución Ministerial citada, en concordancia con la normativa especial de la materia sobre el sistema nacional de bienes estatales, según el cual, la convocatoria a subasta se publica “en un diario de mayor circulación”. Este tipo de contratación reviste una naturaleza particular, que impide a la Entidad contratante, aplicar alguno de los métodos o procedimientos contemplados en la normativa de contratación pública (Ley N° 30225 y su Reglamento), toda vez que el objeto de la contratación es específico y condiciona la contratación a un tipo de proveedor en particular (diario de mayor circulación).
- Por tanto, concluyó que para que este Tribunal ejerza potestad sancionadora debe contarse con norma expresa con rango de ley que le atribuya tal competencia, toda vez que, conforme al principio de tipicidad, solo constituyen



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Así, la potestad sancionadora del Tribunal no puede extenderse a contrataciones tales como la orden de servicio cuestionada, que están fueran del ámbito de aplicación de la Ley.

3. Mediante Escrito s/n subsanado con Escrito N° 2, presentados el 25 y 29 de noviembre de 2022, respectivamente, a través de la Mesa de Partes Digital del OSCE, la empresa GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A. (con R.U.C. N° 20517374661), en adelante **el Recurrente**, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022, en lo sucesivo **la Resolución Recurrida**, manifestando, lo siguiente:

- Sostiene que el Tribunal carece de competencia para determinar la configuración de la infracción imputada a su representada toda vez que la publicación se realizó en cumplimiento de un mandato legal específico, siendo en este caso, en cumplimiento de lo establecido en el inciso b) del artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR, el cual indica que de acuerdo al procedimiento de subasta pública, los avisos de convocatoria deben ser publicados por dos (2) días calendario en el diario oficial El Peruano o en uno de mayor circulación de la localidad, ello en concordancia con lo establecido en el Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales. Agrega que dicha posición ha sido reconocida incluso por la Entidad a través del Informe N° 096-2022-ZOFRATACNA/OAJ que consta en el Expediente N° 977-2022-TCE.
- Indica que lo antes señalado ha sido consignado por la Cuarta Sala en el fundamento 32 de la Resolución N° 3712-2022-TCE-S4, en donde indica que el marco legal aplicable, además del Código Civil, lo constituye la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR y el Decreto Supremo N° 007-2018-VIVIEND, los cuales establecen el procedimiento para la contratación del proveedor para efectuar la publicación de los avisos de la convocatoria de subasta pública, siendo estos, el diario oficial El Peruano o uno de mayor circulación de la localidad.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

- Por tanto indica, que tanto la Entidad así como el Tribunal han reconocido que la publicación fue realizada en mérito a un mandato legal específico, siendo en este caso la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR.
- Señala que, ello ha sido reconocido por este Tribunal a través de la Resolución N° 4049-2022-TCE-S3, donde indica que en el Decreto Legislativo 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y que rigió previamente a la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, estableció en el literal I) de su numeral 3.3. del artículo 3, que la citada norma no era aplicable a las contrataciones que debían realizarse con determinado proveedor por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional.
- Asimismo, indica que al revisar la exposición de motivos de la Ley de Contrataciones del Estado actual, en la misma se indicó que para la definición de los listados de contrataciones o relaciones jurídicas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, se tomó en cuenta evitar el exceso de regulación, por lo que la nueva ley no consideró a algunos supuestos que se encontraban excluidos en el Decreto Legislativo 1017, lo que no significa que dicho supuesto ahora se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.
- En ese contexto, indica que el hecho de que para la contratación de su representada, se haya llevado a cabo un procedimiento de selección en donde haya participado otro postor y la elección de su empresa responda a la mejor oferta, ello no conlleva a que la contratación del Grupo La República se encuentren enmarcada en la Ley de Contrataciones del Estado. En efecto, la realización de un procedimiento de selección (al que, por cierto, tampoco se le aplicó la normativa de contrataciones), no puede soslayar el hecho de que la contratación de Grupo La República se haya realizado en cumplimiento de una norma especial, como lo es el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR.
- Indica que dicho criterio ha sido reconocido en diversas resoluciones del Tribunal, como es el caso de las Resoluciones N° 3683-2022-TCE-S5 y N° 3690-2022-TCE-S5, en donde la Quinta Sala resolvió que carece de competencia



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

para determinar la responsabilidad administrativa de su representada, en la medida que en esos casos, la orden de servicio emitida por la Entidad se realizó en cumplimiento de una normativa especial que las regula, teniendo en cuenta la condición de diario de mayor circulación nacional de Grupo la República Publicaciones.

- En consecuencia, en estricta aplicación del principio de legalidad, establecido en el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, y considerando el principio de predictibilidad o de confianza legítima, corresponderá que el Tribunal declare que carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno sobre la supuesta responsabilidad de su representada.
 - Solicita el uso de la palabra y acredita a sus representantes para tal efecto.
4. Mediante Decreto del 29 de noviembre de 2022, se puso en conocimiento de la Segunda Sala del Tribunal el recurso de reconsideración interpuesto por el Recurrente, y se programó audiencia pública para el 13 de diciembre de 2022.
 5. Con Escrito s/n presentado el 30 de noviembre de 2022 a través de la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Recurrente advirtió sobre un error material referido al número de expediente consignado en el Decreto de convocatoria de audiencia, solicitando se tenga a bien considerar la información correcta.
 6. Por medio del Decreto del 1 de diciembre de 2022 se dispuso rectificar el error materia contenido en el Decreto del 29 de noviembre de 2022 que dispuso programar audiencia pública en el Expediente N° 633-2022-TCE, siendo lo correcto, en el Expediente N° 366-2022-TCE-S2.
 7. Con Escrito s/n presentado el 12 de diciembre de 2022 a través de la Mesa de Partes Digital del OSCE, el Recurrente acreditó a sus representantes para hacer uso de la palabra en audiencia pública.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Superior de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

8. El 13 de diciembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de la abogada del Recurrente, dejándose constancia de la inasistencia por parte del representante de la Entidad.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022, mediante la cual se dispuso sancionar al Recurrente por un periodo de cuatro (4) 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 contratado con el Estado, estando impedido conforme a Ley; infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225.

Sobre la procedencia del recurso de reconsideración

2. Al respecto, el recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal se encuentra regulado en el artículo 269 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado por los Decretos Supremos N°s 377-2019-EF, 168-2020-EF, 250-2020-EF y 162-2021-EF. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de notificada la resolución que impone la sanción y resuelto dentro del plazo de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.
3. En relación a la norma antes glosada, corresponde a este Colegiado determinar si el recurso materia de análisis fue interpuesto oportunamente, es decir, dentro del plazo otorgado expresamente por la normativa para dicho fin.
4. Así, de la revisión realizada a la documentación obrante en autos y en el sistema del Tribunal, se aprecia que la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022, fue notificada al Recurrente en la misma fecha, a través del Toma Razón Electrónico del Sistema Informático del Tribunal; por lo que, éste podía interponer



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 4477-2022-TCE-S2

válidamente su recurso de reconsideración dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, es decir, hasta el **25 de noviembre de 2022**.

5. En ese sentido, teniendo en cuenta que el Recurrente interpuso su recurso de reconsideración el 25 de noviembre de 2022, el mismo resulta procedente; por lo que, corresponde evaluar si los argumentos planteados y medios probatorios presentados constituyen sustento suficiente para revertir lo resuelto por este Colegiado.

Sobre los argumentos del recurso de reconsideración

6. En principio, los recursos administrativos son mecanismos de revisión de actos administrativos. En el caso específico del recurso de reconsideración, lo que el administrado requiere es la revisión de la decisión ya adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de esa autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada.

De esta manera, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido.

Recordemos que, si la administración “(...) *adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se le aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales resuelva rectificar lo decidido (...)*”⁹. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen, lo que supone algo más que una reiteración de los

⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Tomo 4. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016, p. 443.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

misimos argumentos que esencialmente fueron expuestos y evaluados durante el trámite que dio origen a la resolución recurrida.

7. Bajo dicha premisa, corresponde evaluar los elementos aportados y argumentos expuestos por el Recurrente en su recurso, a efectos de determinar si existe sustento suficiente para revertir el sentido de la decisión adoptada, la cual obedeció al hecho de haber contratado con el Estado, encontrándose impedido para ello conforme a Ley.
8. Al respecto, de la revisión efectuada al recurso de reconsideración, se advierte que el Recurrente sostiene que el Tribunal carece de competencia para determinar la configuración de la infracción imputada a su representada toda vez que la publicación se realizó en cumplimiento de un mandato legal específico, siendo en este caso, en cumplimiento de lo establecido en el inciso b) del artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR, el cual indica que de acuerdo al procedimiento de subasta pública, los avisos de convocatoria deben ser publicados por dos (2) días calendario en el diario oficial El Peruano o en uno de mayor circulación de la localidad, ello en concordancia con lo establecido en el Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales.

Sostiene que lo antes señalado ha sido consignado por la Cuarta Sala en el fundamento 32 de la Resolución N° 3712-2022-TCE-S4, en donde indica que el marco legal aplicable, además del Código Civil, lo constituye la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR y el Decreto Supremo N° 007-2018-VIVIEND, los cuales establecen el procedimiento para la contratación del proveedor para efectuar la publicación de los avisos de la convocatoria de subasta pública, siendo estos, el diario oficial El Peruano o uno de mayor circulación de la localidad.

Siendo así, manifiesta que tanto la Entidad así como el Tribunal han reconocido que la publicación fue realizada en mérito a un mandato legal específico, siendo en este caso la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR. Al respecto, cita la Resolución N° 4049-2022-TCE-S3, donde se indica que en el Decreto Legislativo 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado y que rigió previamente a la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley 30225, se estableció en el literal I) de su numeral 3.3. del artículo 3, que la citada norma no era aplicable a las contrataciones que debían



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

realizarse con determinado proveedor por mandato expreso de la ley o de la autoridad jurisdiccional.

Agrega que, al revisar la exposición de motivos de la Ley de Contrataciones del Estado actual, en la misma se indicó que para la definición de los listados de contrataciones o relaciones jurídicas excluidas del ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado, se tomó en cuenta evitar el exceso de regulación, por lo que la nueva ley no consideró a algunos supuestos que se encontraban excluidos en el Decreto Legislativo 1017, lo que no significa que dicho supuesto ahora se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ese contexto, indica que el hecho de que para la contratación de su representada, se haya llevado a cabo un procedimiento de selección en donde haya participado otro postor y la elección de su empresa responda a la mejor oferta, no conlleva a que la contratación del Grupo La República se encuentra enmarcada en la Ley de Contrataciones del Estado. En efecto, la realización de un procedimiento de selección (al que, por cierto, tampoco se le aplicó la normativa de contrataciones), no puede soslayar el hecho de que la contratación de Grupo La República se haya realizado en cumplimiento de una norma especial, como lo es el artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR.

A efectos de sustentar sus argumentos, trajo a colación las Resoluciones N° 3683-2022-TCE-S5 y N° 3690-2022-TCE-S5, en donde la Quinta Sala resolvió que el Tribunal carece de competencia para determinar la responsabilidad administrativa de su representada, en la medida que en esos casos, la orden de servicio emitida por la Entidad se realizó en cumplimiento de una normativa especial que las regula, teniendo en cuenta la condición de diario de mayor circulación nacional de Grupo La República Publicaciones.

En consecuencia, solicita que en estricta aplicación del principio de legalidad, establecido en el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, y considerando el principio de predictibilidad o de confianza legítima, corresponderá que el Tribunal declare que carece de competencia para emitir pronunciamiento alguno sobre la supuesta responsabilidad de su representada.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

9. En este punto, a efectos de atender los argumentos alegados por el Recurrente, corresponde traer a colación los siguientes fundamentos:

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

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

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

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” (el subrayado es nuestro).

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.

3. *En virtud de lo establecido en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, constituye infracción administrativa que los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas contraten con el Estado, estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de la Ley.*

Como complemento de ello, el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, señala que las infracciones previstas en los literales c), h), i), j) y k) del citado artículo, son aplicables a los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley, es decir, a “las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción”.

De acuerdo con lo expuesto, la infracción recogida en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, también puede ser cometida al efectuarse una contratación por un monto menor o igual a ocho (8) UIT.

4. *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.*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

“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.** 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/4,400.00 (Cuatro mil cuatrocientos con 00/100 soles), según fue aprobado mediante el Decreto Supremo N° 392-2020-EF; 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/ 35,200.00 (treinta y cinco mil doscientos 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/ 665.00 (Seiscientos sesenta y cinco 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.*

5. 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:*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 4477-2022-TCE-S2

(...)

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.”

[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), h), i), j) y k) del citado numeral.*

6. *Estando a lo señalado, y considerando que las infracciones imputadas al Contratista, consistentes en contratar con el Estado estando impedido para ello, y presentar información inexacta ante la Entidad, las cuales se encuentran tipificadas en los literales c) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, sí resultan aplicables aún en aquellos 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.*

7. *En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto, el contratar con el Estado estando impedido para ello y presentar información inexacta, en el marco de una contratación por monto menor a (8) UIT, según la normativa vigente al momento de la ocurrencia del hecho, 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 corresponde analizar la configuración de las infracciones que han sido imputadas.*

(...)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

Configuración de la infracción consistente en contratar con el Estado estando impedido para ello.

(...)

51. Finalmente, cabe señalar que con ocasión de la audiencia pública llevada a cabo el 10 de noviembre de 2022, la representante del Contratista señaló que, la publicación de la Subasta Pública N° 002-2021 (objeto de contratación de la Orden de Servicio), se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el inciso b) del artículo 8 de la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR19, el cual indica lo siguiente:

Artículo 8.- Procedimiento de la Subasta Pública

La subasta pública se lleva a cabo en un solo acto, en presencia de Notario Público. Para la realización del acto de subasta se sigue el siguiente procedimiento, el cual debe constituir parte de las bases:

- a) El plazo para el desarrollo de actividades en la ZOFRATACNA, es el mismo que se otorga para la cesión en uso de lotes de terreno con o sin edificaciones; la vigencia de la cesión en uso se mantiene siempre que el usuario realice la actividad autorizada, pudiendo ésta ser variada previa autorización que se otorgue en cada caso mediante Resolución de la Gerencia General del Comité de Administración de la ZOFRATACNA.
- b) Los avisos de convocatoria de la subasta pública se publican por dos (02) días calendario, con una anticipación no menor de siete (07) días calendario a la fecha de la realización de la subasta, en el diario oficial El Peruano o en uno de mayor circulación de la localidad, de acuerdo con el artículo 93 del Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA, que aprueba el Reglamento de la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y en la página web de la entidad.

Al respecto, precisó que más allá de que para contratar con su representada se lleve a cabo un procedimiento de selección o exista una pluralidad de postores, ello no implica que resulte aplicable la normativa de contrataciones, sino que, la contratación, en el presente caso, se ha efectuado en cumplimiento de la norma antes citada, la cual indica que los avisos de convocatoria de la subasta pública se publican por dos (2) días en el diario oficial El Peruano o en uno de mayor circulación, siendo que, el Diario La República cumpliría esta última condición, en tanto cuenta con sedes en las tres regiones del Perú.

52. Sobre el particular, este Colegiado considera que, si bien la norma invocada por el Contratista establece que los avisos de convocatoria de la subasta pública se publican por dos (2) días calendario con una anticipación no menor de siete (7)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

días calendario a la fecha de realización de la subasta, lo cierto es que, la misma no solo considera un único medio a través del cual se pueda realizar dicha publicación, es decir, la Resolución antes citada establece ciertas condiciones que deben cumplir aquellos postores que deben efectuar la publicación de la convocatoria de la subasta pública (ser el diario oficial o uno de mayor circulación); sin embargo, ésta no elimina en su totalidad la competencia y pluralidad de postores con los que se pudiese contratar válidamente la publicación objeto de la Orden de Servicio.

A diferencia de lo que ocurre cuando una determinada norma establece que la publicación de cierta información debe efectuarse en el diario del distrito judicial, en cuyo supuesto, el diario judicial es único dentro de un distrito judicial durante el tiempo que este es designado para ostentar dicha condición, en atención a lo cual, las Entidades se ven obligadas a contratar de manera exclusiva y excluyente con el diario del distrito judicial, no teniendo la posibilidad de contratar con algún con otro, pues no sería posible que otro diario ostente dicha condición al mismo tiempo en la misma localidad.

Bajo dicho contexto, siguiendo lo establecido en la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR, la Entidad bien podría haber contratado la publicación objeto de la Orden de Servicio, con el diario oficial El Peruano, o con otro diario que hubiese acreditado ser uno de los de mayor circulación en la localidad, tal es así, que la Entidad no solo solicitó la cotización del Contratista, sino también la del diario El Comercio, tal como lo expresó en los numerales 2 y 4 del Informe N° 013-2022-ALOG-OAJ-ZOFRATACNA del 8 de febrero de 2022, el cual se muestra a continuación:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

I. Antecedentes de Hecho 1. Con fecha 05 de julio del 2021, mediante el Memorando N°094-1021-GPD-ZOFRATACNA, la Gerencia de Promoción y Desarrollo del Comité de Administración de la ZOFRATACNA, con motivo de encontrarse programada como una de las actividades del Plan Operativo Institucional (POI) la realización de la Subasta Pública de Lotes N°002-2021-ZOFRATACNA-CESIÓN EN USO, solicitó a la Oficina de Administración y Finanzas el servicio de publicación del Aviso de Convocatoria de dicho proceso público. 2. La referida solicitud derivada con la misma fecha al Área de Logística de la Oficina de Administración y Finanzas, la cual con fecha 06 de julio de 2021, solicitó cotizaciones al GRUPO LA REPÚBLICA PUBLICACIONES S.A. y a la empresa EDITORA EL COMERCIO S.A. Cabe precisar que ambas solicitudes de cotización se les requirió entre otros aspectos que llenaran y enviaran los FORMATOS DE PAGO Y DE NEPOTISMO que se adjuntaban. 4. Considerando que la oferta del Grupo La República Publicaciones S.A. era más económica que la correspondiente a la empresa Editora El Comercio, que ascendía a S/795.00 soles; fue elegida entre las dos.
--

En ese sentido, este Colegiado considera que la publicación materia de la Orden de Servicio no corresponde al cumplimiento de un mandato normativo, pues la Entidad tuvo la posibilidad de contratar con otro postor que cumpliera las condiciones establecidas en la norma sin estar impedido para contratar con el Estado, por tanto, lo argumentado por el Contratista en dicho extremo no resulta amparable.”

Como puede notarse, en la Resolución Recurrida se determinó que si bien la Resolución Ministerial N° 038-2019-MINCETUR establece la forma y tiempo en que deben efectuarse los avisos de convocatoria de la subasta pública, lo cierto es que se advirtió que dicha norma no limitaba a la Entidad a contratar con un proveedor en específico, pues no considera un único medio a través del cual se podía realizar la publicación materia de contratación, toda vez que, se estableció que la publicación de la convocatoria de la subasta pública podía efectuarse en el diario oficial o en uno de mayor circulación, por lo que, no existe específicamente un mandato que limite a la Entidad a solo contratar con el Recurrente, es decir, no se elimina en su totalidad la competencia y pluralidad de postores con los que hubiese sido posible contratar válidamente la publicación objeto de la orden de servicio.

10. De este modo, la Entidad pudo contratar con el diario oficial El Peruano o un diario de mayor circulación de la localidad para la publicación del aviso de la convocatoria de la subasta pública, siendo que en este último supuesto, la norma no limita la contratación con un determinado proveedor que tenga la condición de mayor



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

circulación en la localidad, sino que, prevé la posibilidad que se pueda contratar con uno de los de mayor circulación, es decir, entre las opciones que cumplan con dicha condición.

11. En esa línea de ideas, la norma materia de análisis no contempla una obligación legal en cuanto a la contratación de difusión de la subasta pública con un determinado proveedor, menos aún supedita la eficacia de la misma al cumplimiento de esa obligación, como si sucede, por ejemplo, en los casos de la publicación de ordenanzas municipales. Por lo tanto, no se cumple el supuesto invocado por el Recurrente al citar la Resolución N° 4049-2022-TCE-S3, pues de la revisión de la misma, se aprecia que esta estuvo referida a la contratación del Recurrente para efectuar la publicación de una ordenanza municipal, la cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 44 de la Ley Orgánica de Municipalidades - Ley N° 27972 debía efectuarse en el diario encargado de los avisos judiciales, condición que, en ese caso específico ostentaba el Recurrente.
12. Finalmente, se aprecia que el Recurrente ha solicitado aplicar el criterio expuesto en las Resoluciones N° 3683-2022-TCE-S5 y N° 3690-2022-TCE-S5, en las cuales la Quinta Sala del Tribunal resolvió que carece de competencia para determinar la responsabilidad administrativa de su representada, al respecto, debe precisarse que en dichas resoluciones se analizó la configuración de la infracción referida a contratar con el Estado estando impedido para ello, en el marco de la Orden de Servicio N° 20210573 del 19 de julio de 2021 y la Orden de Servicio N° 2110389-2021-División de Logística y Servicios Generales, emitidas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL y el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Cajamarca S.A., respectivamente.

Mientras que, en la resolución recurrida se analizó la configuración de la infracción referida a contratar con el Estado estando impedido para ello, en el marco de la Orden de Servicio N° 207, emitida por el Gobierno Regional de Tacna Zona Franca y Zona Comercial de Tacna – ZOFRATACNA [la Entidad]; en la cual se determinó que esta contratación no deriva de una norma específica, sino que la misma se encuentra sujeta a supervisión del OSCE por ser una contratación por montos menores o iguales a 8 UIT, y por ende, aplicable las infracciones imputadas.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

En ese sentido, en la medida que las entidades contratantes de las Resoluciones N° 3683-2022-TCE-S5 y N° 3690-2022-TCE-S5 con relación al presente caso, no son las mismas, esto implica que el criterio expuesto en dichas resoluciones no resulte aplicable al caso en concreto, dado que el análisis para determinar la competencia del Tribunal depende de la normativa de cada entidad.

13. Por lo expuesto, no corresponde amparar la solicitud del Recurrente, en el sentido que se revierta la sanción impuesta en su contra al carecer este Tribunal de competencia para pronunciarse sobre la infracción imputada en el marco de la Orden de Servicio, por los fundamentos precedentes, debiendo precisarse que este criterio de ninguna manera vulnera el principio de predictibilidad o de confianza legítima alegado.
14. En consecuencia, atendiendo a que, en el recurso de reconsideración, el Recurrente no ha aportado elementos de juicio en cuya virtud deba modificarse la decisión que se adoptó en la resolución recurrida, ni se han desvirtuado los argumentos expuestos por los cuales fue sancionado, corresponde declarar infundado el recurso interpuesto, confirmándose en todos sus extremos la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022; en ese sentido, deberá ejecutarse la garantía presentada para la interposición del respectivo recurso de reconsideración, debiendo disponerse que la Secretaría del Tribunal registre la sanción en el módulo informático correspondiente.

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



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4477-2022-TCE-S2

1. Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa **GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A. (con R.U.C. N° 20517374661)**, contra la Resolución N° 3978-2022-TCE-S2 del 18 de noviembre de 2022, en consecuencia, se confirma la sanción de inhabilitación temporal por el periodo de **cuatro (4) meses**, en sus derechos de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por su responsabilidad al haber contratado con el Estado estando impedida para ello, en el marco de la Orden de Servicio N° 207 emitida por la Zona Franca y Zona Comercial de Tacna – ZOFRATACNA para la contratación del “*Servicio de publicidad en prensa escrita de acuerdo a los términos de referencia según detalle: para difundir la convocatoria de la Subasta Pública N° 002-2021-ZOFRATACNA*”.
2. Ejecutar la garantía presentada por la empresa **GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A. (con R.U.C. N° 20517374661)**, por la interposición de su recurso de reconsideración.
3. Disponer que la Secretaría del Tribunal registre la sanción a través del Sistema Informático del Tribunal.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

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.