

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

Sumilla: “(...), el impedimento se aplica respecto del mismo ámbito y tiempo; es decir, en el caso de los viceministros, mientras estos se encuentren en el ejercicio de su cargo, los parientes se encuentran impedidos de contratar a nivel nacional; sin embargo, cuando los viceministros hayan dejado el cargo, los parientes se encuentran impedidos de contratar hasta 12 meses de dejado el cargo y solo con las entidades del sector al cual pertenecieron los viceministros” (...).”

Lima, 29 de diciembre de 2022.

VISTO en sesión de fecha 29 de diciembre de 2022 de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 4313/2021.TCE**, el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra la empresa **CONSERVACIÓN ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C.**, por su responsabilidad al haber contratado con el Estado estando impedido para ello; infracción tipificada en el literal c) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225; y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 17 de marzo de 2021, MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE DESAGUADERO, en adelante **la Entidad**, emitió la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 141-2021¹, a favor de la empresa CONSERVACIÓN ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C., en adelante **el Contratista**, con el monto de S/ 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 soles), para la adquisición de “Geomembrana HDPE de 1.00 MM – PQA”, en adelante **la Orden de Compra**; asimismo, dicha orden de compra fue recibida por el Contratista el **18 de marzo de 2021**.

Dicha orden de compra se emitió durante la vigencia del Texto Único 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**, y su Reglamento,

¹

Obrante a folio 87 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, modificado mediante los Decretos Supremos N° 377- 2019-EF y N° 168-2020-EF, en adelante **el Reglamento**.

2. Mediante Memorando N° D000355-2021-OSCE-DGR², presentado el 6 de julio de 2021, ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la Dirección de Gestión de Riesgos remitió el Dictamen N° 092-2021/DGR-SIRE³ del 21 de junio de 2021, a través del cual comunicó que el Contratista habría incurrido en infracción administrativa al contratar con el Estado encontrándose impedido para ello, señalando principalmente, lo siguiente:
- De la revisión de la Resolución Suprema N° 125-2020-IN se evidencia que el señor Nicolás Antonio Zevallos Trigos viene desempeñando el cargo de de Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, desde el 10 de diciembre de 2020⁴.
 - De la información obrante en el Buscador de Proveedores del Estado del OSCE- CONOSCE, se aprecia que el Contratista tendría como accionistas a la señora July Josefina Rodríguez Ubillus con una participación de 19% y al señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado del Viceministro) con el 81%; por lo que, este último tiene una participación individual superior al 30%. Asimismo, se advierte que, los señores María Angélica Malca Ramírez (suegra del Viceministro), July Josefina Rodríguez Ubillus y Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado del Viceministro) son integrantes del órgano de administración, siendo que este último -además- es el representante legal de la mencionada persona jurídica.
 - De la revisión de la Partida Registral del Contratista, en el Asiento C00001 se aprecia que, mediante Junta General del 20 de agosto de 2019, se acordó por unanimidad nombrar al nuevo Directorio, quedando como directores los señores María Angélica Malca Ramírez (suegra) y Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado), asimismo, se inscribió la aceptación de renuncia al

2

Obrante a folio 2 del expediente administrativo.

3

Obrante a folios 4 al 16 del expediente administrativo.

4

Cabe precisar que mediante Resolución Suprema N° 149-2021-IN del 18 de agosto de 2021, se aceptó la renuncia del señor Nicolás Antonio Zevallos Trigos al cargo de Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

cargo de Sub-gerente de la señora Carla Ximena Giraldo Malca (cónyuge).

- En atención a lo mencionado, mediante Oficio N° D001052-2021-OSCE-SIRE, se solicitó información al Contratista, respecto a la transferencia de acciones efectuada, por lo que mediante Carta 004-2021-CONECODES, el Contratista señaló que:

“(...) en la Junta General del 20 de agosto de 2019, en la cual se acordó por aceptar la renuncia al cargo de Sub-gerente de la señora Carla Ximena Giraldo Malca, también se recibe y acepta la solicitud de transferencia voluntaria de la totalidad de las acciones que mantenían en la empresa de los señores Carla Ximena Giraldo Malca (1100 acciones) y Manuel Rufino Giraldo Malca (1100 acciones), a favor de la señora July Josefina Rodriguez Ubillús, (...).

En ese sentido se informa a su despacho que la señora CARLA XIMENRA GIRALDO MALDA (...) y el señor MANUEL RUFINO GIRALDO MALCA (...) a la fecha no tienen ninguna vinculación ni participación con mi representada (...).”

- En ese sentido, considerando lo dispuesto en el artículo 11 del TUO de la Ley; y, en la medida que de acuerdo a la información obrante en el RNP – cuya actualización es de exclusiva responsabilidad de los proveedores - se aprecia que el Contratista tendría una participación superior al 30% por parte del señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) de Nicolás Antonio Zevallos Trigos (Viceministro), asimismo, la señora María Angélica Malca Ramírez (suegra) y el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) integrarían el Órgano de Administración; por lo tanto, el Contratista se encontraría impedido de contratar con el Estado a nivel nacional desde el 10 de diciembre de 2020 hasta doce (12) meses después que el señor Nicolás Antonio Zevallos Trigos, cese al cargo de Viceministro de Estado, y solo en el ámbito de su sector.
- Sin embargo, el 17 de marzo de 2021, la Entidad emitió la Orden de Compra a favor del Contratista.
- Concluye que, existen indicios de la comisión de una infracción a la

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

normativa de contrataciones del Estado, tal como lo señala el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

3. Con decreto del 9 de agosto de 2022⁵, de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se requirió a la Entidad para que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con: i) Informar sobre la causal de impedimento en el que hubiere incurrido el Contratista, ii) Remitir copia legible de la Orden de Compra y de la documentación que acredite que el Contratista incurrió en causal de impedimento, y, iii) Señalar de manera clara y precisa los documentos que contendrían información inexacta y copia de los documentos que acredite dicha inexactitud:

Dichos requerimientos fueron notificados a la Entidad y a su OCI a través de las Cédulas de Notificación N° 48662-2022.TCE⁶ y 48661-2022.TCE⁷, respectivamente, el 16 de agosto de 2022.

4. Con Decreto del 05 de setiembre de 2022⁸, se incorporó el Reporte del Buscador de Órdenes de Compra y Órdenes de Servicio del SEACE, donde se registró la Orden de Compra, emitida por la Entidad; la Resolución Suprema N° 125-2020-IN donde se aprecia que el señor NICOLÁS ANTONIO ZEVALLOS TRIGOSO, cuñado del señor ULISES FRANCISCO GIRALDO MALCA, tendría una participación mayor al 30% de acciones en la empresa Contratista.

Asimismo, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en los literales i) y k), en concordancia con los literales h) y b) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, infracción tipificada en los literales c) del numeral 50.1 del artículo 50 del citado cuerpo normativo.

De igual forma, se dispuso notificar al Contratista para que, en el plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver

⁵ Obrante a folios 21 al 25 del expediente administrativo.

⁶ Obrante a folios 30 al 33 del expediente administrativo.

⁷ Obrante a folios 26 al 29 del expediente administrativo.

⁸ Obrante a folios 36 al 47 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

con la documentación obrante en el expediente administrativo.

5. Con Oficio N° 113-MDD/GM⁹, presentado 12 de setiembre de 2022 ante el Tribunal, la Entidad remitió, entre otros, el Informe Técnico Legal N° 003-2022-MDD/AL/EQG¹⁰, mediante el cual indicó lo siguiente:
- Refiere que, el Contratista se encontraba impedido para la contratación con el Estado.
 - Precisa que, de la revisión de los legajos “(...) *no se encontró documentación de declaración jurada que indique que no tenía impedimento para declarar (...)*” (sic).
 - La orden de Compra no contiene constancia de recepción con el sello de mesa de partes de la Entidad.
6. Con Carta N° 002-2022-CONECODES¹¹ del 13 de setiembre de 2022, presentado el 14 del mismo mes y año ante el Tribunal, el Contratista se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló sus descargos, manifestando, principalmente, lo siguiente:
- La venta materia de la Orden de Compra fue realizada a una entidad pública de ámbito local, que, según el artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, el gobierno local goza de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.
 - Asimismo, señala que el espíritu de la Ley busca evitar el favorecimiento indebido que pueden lograr los funcionarios del Estado o sus familiares mediante contrataciones afectadas por su injerencia o influencia directa; sin embargo, en el presente caso, el Viceministro no tuvo ni podía tener capacidad de injerencia o influencia alguna sobre la Entidad, debido a que las municipalidades son entidades administrativamente autónomas e independientes de los otros niveles

⁹ Obrante a folio 52 del expediente administrativo.

¹⁰ Obrante a folio 53 del expediente administrativo.

¹¹ Obrante a folio 76 al 79 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

de gobierno.

- La señora Carla Ximena Giraldo Malca y el señor Manuel Rufino Giraldo Malca, desde el mes de agosto de 2019 no tienen ninguna vinculación ni participación con el Contratista, en atención a lo acordado por la Junta General del 20 de agosto de 2019; en ese sentido, la citada desvinculación es previa al nombramiento del señor Nicolas Antonio Zevallos Trigos como Viceministro y a la emisión de la Orden de Compra a favor del su representada.
 - Los señores María Angelica Malca Ramírez (suegra) y Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) socio de su representada, no se encuentran impedidos de contratar con el Estado a nivel nacional, desde el 10 de diciembre de 2020, ello debido a que la Ley N° 30225, no prohíbe explícitamente la contratación de los familiares del Viceministro con entidades de otros sectores y ámbito de gestión en el Estado; de igual forma, el literal b) del artículo 11 de la Ley N° 30225, constituye una limitación solo aplicable a la persona que ejerció el cargo, en este caso, solo aplica al señor Nicolas Antonio Zevallos Trigos; asimismo, el literal h) del citado artículo, señala que el impedimento se refiere a las instituciones públicas del ámbito del sector interior; en ese sentido, se debe tener en cuenta que la Municipalidad Distrital de Desaguadero no forma parte del ámbito del sector interior.
 - Solicita que se tenga en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1087/2020, emitida en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC.
 - Señala que, su representada no ha presentado información inexacta.
7. Con decreto del 29 de setiembre de 2022, la Secretaría del Tribunal dejó constancia sobre la notificación del decreto de inicio al Contratista, remitido a la "CASILLA ELECTRÓNICA DEL OSCE" con fecha 6 de setiembre de 2022¹².

¹² Debe tenerse presente que a partir del 27.07.2020 se ha implementado la CASILLA ELECTRONICA DEL OSCE, en virtud de la cual se notifica, entre otros, el inicio del procedimiento sancionador, acto

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

Así también, tuvo por apersonado al Contratista y por presentado sus descargos; asimismo, se dispuso remitir el expediente a la Quinta Sala para que resuelva, siendo recibido el 30 del mismo mes y año por el Vocal ponente.

8. Con decreto del 9 de noviembre de 2022, a fin de que la Sala cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver, se requirió a la Entidad lo siguiente:

“(…)

1. *Copia legible de la Orden de Compra N° 141 del 17 de marzo de 2021, emitida a favor de la empresa CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C., en la que se aprecie que fue debidamente recibida o documento que acredite la recepción del mismo.*

En caso la Orden de Compra N° 141 del 17 de marzo de 2021 haya sido remitida por correo electrónico, sírvase remitir los correos electrónicos mediante los cuales se notificó a la empresa CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C., así como su respectiva constancia de recepción.

2. *Copia de la documentación que acredite de la existencia de la relación contractual con la empresa CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C., perfeccionada mediante el Orden de Compra N° 141 del 17 de marzo de 2021, tales como la conformidad de la prestación, comprobante de pago, informes donde conste que la ejecución de la prestación, entre otros documentos.*
3. *Copia legible de la cotización presentada por la empresa CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C. y los documentos que haya presentado dicha empresa, para la emisión de la mencionada Orden de Compra N° 141 del 17 de marzo de 2021. Deberá apreciarse la recepción de la misma, a través del sello de recepción de la Entidad o correo electrónico correspondiente donde se pueda advertir la fecha de envío de la misma.*

(…).”

9. Con decreto del 11 de noviembre de 2022, se convocó a audiencia pública para el 17 de noviembre de 2022, la cual se declaró frustrada por inasistencia de las partes.

que emite el Tribunal durante el procedimiento sancionador y se notifica a través de dicho mecanismo electrónico.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

10. Con decreto del 25 de noviembre de 2022, se reiteró a la Entidad que remita la información requerida con decreto del 9 de noviembre de 2022.
11. Con Oficio N° 155-2022-MDD/GM del 2 de diciembre de 2022, presentado el 5 del mismo mes y año ante el Tribunal, la Entidad remitió la información solicitada.
12. Con decreto del 15 de diciembre de 2022, se solicitó a la Entidad que remita copia legible y clara de la Orden de Compra - Guía de Internamiento N° 141 del 17 de marzo de 2021.
13. Con decreto del 19 de diciembre de 2022, se dejó a consideración de la sala la información remitida por la Entidad con Oficio N° 155-2022-MDD/GM del 2 de diciembre de 2022.
14. Mediante decreto del 28 de diciembre de 2022, se incorporó al expediente administrativo, copia de la Partida Electrónica N° 12855253 de la Oficina Registral de Lima, correspondiente al Contratista, la Declaración Jurada de Intereses del señor Nicolás Antonio Zevallos Trigoso y la ficha RENIEC de los señores Carla Ximena Giraldo Malca, Ulises Francisco Giraldo Malca y María Angélica Malca Ramírez.

II. FUNDAMENTACIÓN:

Normativa aplicable.

1. Es materia del presente procedimiento determinar la supuesta responsabilidad administrativa del Contratista, por haber contratado con el Estado estando impedido para ello, hecho que se habría producido el **18 de marzo de 2021**, fecha en la cual se encontraba vigente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en lo sucesivo **el TUO de la Ley**, y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y sus modificatorias, en lo sucesivo **el Reglamento**, normativa que será aplicada para resolver el presente caso, en lo referente al tipo infractor, la sanción y el plazo prescriptorio.

Naturaleza de la infracción

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

2. Sobre el particular, el numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos que se refiere el literal a) del artículo 5, entre otros, cuando contraten con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 del TUO de la Ley.

En la misma línea, el referido artículo 11 del TUO de la Ley establece que **cualquiera que sea el régimen legal de contratación aplicable**, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluyendo las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5.

Cabe precisar que, el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 del TUO de la Ley establece como un supuesto excluido del ámbito de aplicación de la Ley, pero sujeto a supervisión del OSCE lo siguiente: *“Las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias, vigentes al momento de la transacción. Lo señalado en el presente literal no es aplicable a las contrataciones de bienes y servicios incluidos en el Catálogo Electrónico de Acuerdo Marco”*.

En ese orden de ideas, cabe advertir que el numeral 50.2 del artículo 50 del TUO de la Ley, señala que para los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley, sólo son aplicables las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k) del mismo artículo.

De acuerdo a lo expuesto, se tiene que la norma ha previsto que constituirá una conducta administrativa sancionable la comisión de las infracciones previstas en los literales c), i), j) y k) del numeral 50.1 del referido artículo, aun cuando el monto de la contratación sea menor o igual a ocho (8) UIT.

3. A partir de lo anterior, se tiene que la Ley contempla como supuesto de hecho necesario e indispensable para la configuración de la infracción: i) el perfeccionamiento del contrato o de la orden de compra o de servicio; y, ii) que, al momento del perfeccionamiento de la relación contractual, el contratista esté

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la misma Ley.

4. Ahora bien, cabe indicar que los impedimentos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en las contrataciones que lleven a cabo las entidades, deben ser interpretados en forma restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a supuestos que no estén expresamente contemplados en la normativa de contrataciones del Estado; razón por la cual, deberá verificarse, en cada caso en particular, si existen elementos suficientes para determinar que alguno de los impedimentos taxativamente establecidos en el artículo 11 del TUO de la Ley, le sea de alcance a aquél proveedor que desee participar en procedimientos de selección o contratar con el Estado; o, de haberse materializado el perfeccionamiento contractual, si en dicha fecha aquél se encontraba con impedimento vigente para tal efecto.

En este contexto, conforme a lo expuesto, corresponde verificar si, a la fecha, que se perfeccionó la relación contractual, el Contratista estaba inmerso en impedimento.

Configuración de la infracción.

5. Conforme se indicó anteriormente, para que se configure la comisión de la infracción imputada al Contratista, es necesario que se verifiquen dos requisitos:
 - i) Que se haya perfeccionado una relación contractual con una entidad del Estado; y,
 - ii) Que el contratista esté incurso en alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 11 de la Ley al momento del perfeccionamiento de la relación contractual.
6. Cabe precisar que, para las contrataciones por montos menores a 8 UIT, por estar excluidas de su ámbito de aplicación, no son aplicables las disposiciones previstas en la Ley y el Reglamento respecto del procedimiento de perfeccionamiento del contrato. Por consiguiente, considerando la naturaleza de este tipo de contratación, para acreditar el perfeccionamiento de aquel, es necesario verificar la existencia de documentación suficiente que acredite la realización de la contratación y, además, que permita identificar sí, al momento de dicho

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

perfeccionamiento, el Contratista se encontraba incurso en alguna de las causales de impedimento.

7. Al respecto, mediante el Acuerdo de Sala Plena N° 008-2021/TCE publicado el 10 de noviembre de 2021 en el Diario Oficial “El Peruano”, se dispuso que *“la existencia del contrato en contrataciones a las que se refiere el literal a) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, puede acreditarse mediante **la recepción de la orden de compra o de servicio, o con otros documentos que evidencien la realización de otras actuaciones**, siempre que estos medios probatorios permitan identificar de manera fehaciente que se trata de la contratación por la que se atribuye responsabilidad al proveedor”*. (el resaltado es agregado).

Debe recordarse que en la Administración Pública toda contratación transcurre por diversas etapas que comprende, entre otras: el requerimiento, las indagaciones en el mercado, el proceso de contratación, el perfeccionamiento del contrato, la recepción de la prestación y su conformidad, su trámite de pago, entre otros elementos, a partir de los cuales la Entidad puede acreditar no solo la contratación, sino además el momento en que se perfeccionó aquella.

En tal contexto, ante la ausencia de una orden de compra o de servicio debidamente recibida por el proveedor imputado como impedido para participar o contratar con el Estado, resulta posible verificar la relación contractual con otra documentación, emitida por cualquiera de dichos actores, como sería la relacionada al procedimiento de pago de la prestación contratada, desde las cotizaciones, facturas y recibos por honorarios emitidos por el proveedor, hasta la constancia de prestación que eventualmente emite la entidad para dar cuenta del cumplimiento de las obligaciones, incluyendo la conformidad del área usuaria y documentos de carácter financiero emitidos por las dependencias que intervienen en el flujo que finaliza con el pago al proveedor, entre otros; documentos que pueden ser valorados de manera individual o conjunta, según corresponda en cada caso.

En relación al perfeccionamiento de la relación contractual entre la Entidad y el Contratista:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

8. Teniendo en consideración lo anterior, en el presente caso, respecto del primer requisito, de la revisión del expediente administrativo¹³ se aprecia el registro de la **Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 141 del 17 de marzo de 2021**, emitida por la Entidad a favor del Contratista; conforme se reproduce a continuación:

SEACE Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado

OSCE Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

AÑO DEL FORTALECIMIENTO DE LA SOBERANÍA NACIONAL. -- Miércoles, 23 de Noviembre del 2022 14:25:36

Buscar de Procedimientos de Selección | Buscar por Expediente Tribunal | Buscar de Expresiones de Interés | Buscar de Difusión de Requerimientos - Ley N° 30225 | **Buscar Público de Órdenes de Compra y Órdenes de Servicio**

Nombre de la Entidad Contratante: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE DESAGUADERO Año: 2021

RUC del Contratista: 20548302979 Mes: Marzo

Código captcha:

* Campo obligatorio

Buscar Limpiar

N°	Entidad	Tipo de Orden	Número de Orden	Tipo de Contratación	Fecha de Emisión	Fecha de Compromiso	Monto	RUC	Denominación o Razón Social	Estado de Registro	Observaciones
1	MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE DESAGUADERO	O/C	141	Otras contrataciones sin proceso de selección previo	17/03/2021	17/03/2021	S/. 18,000.00	20548302979	CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C.	Registrado dentro de plazo	

[Mostrando de 1 a 1 del total 1 - Página: 1/1]

9. Asimismo, obra en el expediente la orden de compra cuestionada¹⁴, la cual fue presentada por la Entidad mediante el Oficio N° 113-MDD/GM¹⁵, presentado 12 de setiembre de 2022 ante el Tribunal, documento que se pasa a graficar:

¹³ Consulta página web: <https://prodapp2.seace.gob.pe/ocosbus-uiwd-pub/logrec/pages/public/buscadorPublicoOCuOS.xhtml>

¹⁴ Obrante a folio 58 del expediente administrativo.

¹⁵ Obrante a folio 52 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

1094

ORDEN DE COMPRA - GUIA DE INTERNAMIENTO

SIAF N° 4344 CERT. N° 124

SEÑOR (ES): CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C.
 Dirección : AV. SERGIO BERNALES NRO. 536 DFTD, 1003 LIMA - UIMA - SURQUILLO
 REFERENCIA : REQUERIMIENTO N° 00288, COTIZACIÓN N° 00143 Y CUADRO COMPARATIVO N° 00124.
 FACTURAR A NOMBRE DE: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DESAGUADERO
 LE AGRADECEMOS ENVIAR A ALMACEN CENTRAL DE LA MUNICIPALIDAD

RUC: 20545202979
 Teléfono: 951134121
 RUC: 20161403054

BIENES					PRECIO	
CANT	UNID. MED.	DESCRIPCION - MARCA	Clasificador	SubCuenta	UNITARIO	TOTAL
1	1200.00	GEOMEMBRANA HOPE DE 1.00 MM - PQA SUB GERENCIA DE DESARROLLO ECONOMICO Y AMBIENTAL	2.3.1.99.1.00	1.001.0000	15.00	18,000.00
						18,000.00

META: 0005 - 2000848 - ALMACENAMIENTO, BARRIDO DE CALLES Y LIMPIEZA DE ESPACIOS PUBLICOS

GLOSAS:

ORDEN DE COMPRA QUE SE GENERA PARA LA ADQUISICION DE BIENES MATERIALES (GEOMEMBRANA HOPE DE 1 MM) DE CANTIDAD 1200, PARA LA INSTALACION EN CELDAS DE BOTADERO DE COLLANA PARA LA DISPOSICION FINAL DEL RESIDUO SOLIDO Y MITIGAR LA CONTAMINACION AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE DESAGUADERO, EN ATENCION A LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS DEL REQUERIMIENTO DE BIENES N° 00288 DEL AREA USUARIA Y ACUERDO DE CONVENIO N° 042-2020-CMMD.

- PENALIDAD: SE APLICARA EN CUMPLIMIENTO A LA DIRECTIVA N° 001-2022-MDAGM (=< A 2 UTT.)

SE ADJUNTA CONSULTA RUC RNP

FORMA DE PAGO: UNICO PAGO A LA ENTREGA DEL BIEN.

Plazo de Entrega: 5 DIAS CALENDARIO

RESUMEN PRESUPUESTAL:

RUBRO: 16 - CANON Y SOBRECANON, REGALIAS, T TIPO RECURSO: 13

2.3.1.99.1.99	84	18,000.00
0000		18,000.00
TOTAL:		18,000.00

Señ: DIECIOCHO MIL CON 00/100 Soles

TOTAL S/. 18,000.00

ORDENACION DE LA COMPRA

CONFORMIDAD DE INTERNAMIENTO

UNIDAD DE LOGISTICA Y PATRIMONIO

GERENCIA MUNICIPAL

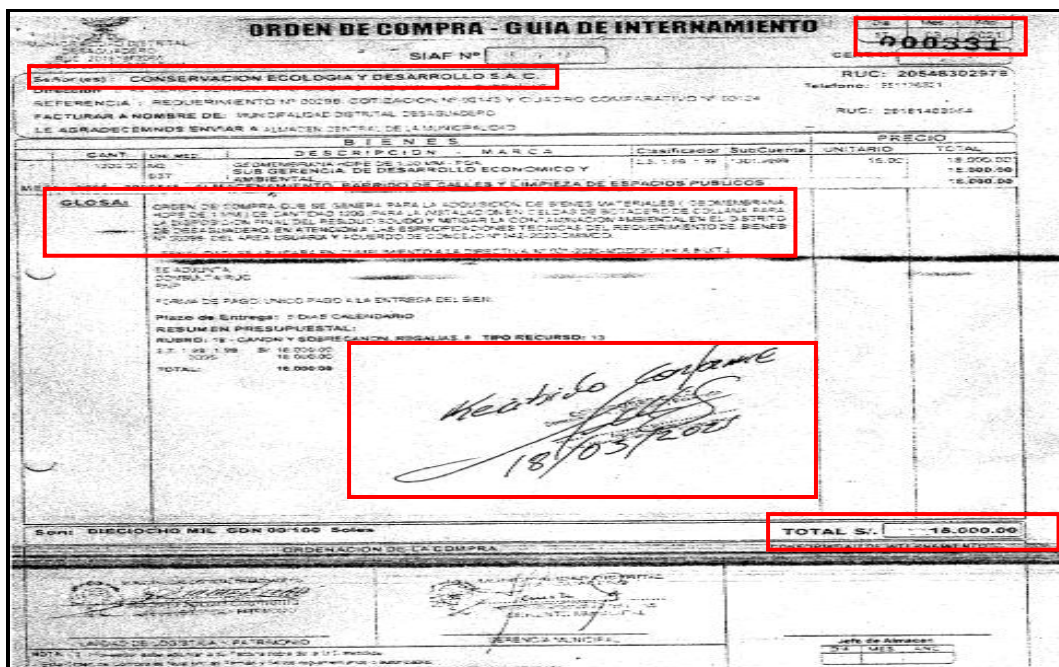
Jefe de Almacén

NOTA: El Proveedor debe adjuntar a su factura copia de la OCE firmada.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

10. Nótese que, conforme al contenido de la Orden de Compra, esta fue emitida a favor del Contratista, para la adquisición de “Geomembrana HDPE de 1.00 MM – PQA”, por el monto de S/ 18,000.00; asimismo, no obra en la citada orden el sello de haber sido recibida por parte del Contratista.
11. En ese sentido, a fin de que la Sala cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver, con decretos del 9 y 25 de noviembre de 2022, notificado a través del Toma Razón Electrónico del Tribunal¹⁶, este Colegiado requirió a la Entidad la remisión de la copia legible de la Orden de Compra en el que obre el sello de recepción por parte del Contratista, entre otros documentos que acrediten la relación contractual.
12. Ante lo solicitado, con Oficio N° 155-2022-MDD/GM del 2 de diciembre de 2022, la Entidad remitió copia de la Orden de Compra, en la cual se aprecia recibida por el Contratista, documento que se grafica a continuación:



ORDEN DE COMPRA - GUIA DE INTERNAMIENTO

SIAF N° 16773

RUC: 20548302578

REFERENCIA: REQUERIMIENTO N° 00296 COTIZACION N° 0043 Y CUADRO COMPARATIVO N° 0024

FACTURAR A NOMBRE DE: MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SAN JUAN DE LOS RIOS

LE AGRADECEMOS ENVIAR A ALMACEN CENTRAL DE LA MUNICIPALIDAD

CANT.	UN. MED.	DESCRIPCION	MARCA	CANTIDAD	SUBCANT.	UNITARIO	TOTAL
1200.00	M2	GEOMEMBRANA HDPE DE 1.00 MM PARA LA INSTALACION DE CELDAS DE BOTADEROS COLANA PARA LA RECOLECCION DE RESIDUOS SOLIDOS Y METALAS LA CONTAMINACION AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE SAN JUAN DE LOS RIOS		1200.00		15.00	18,000.00
GLOSA:							
ORDEN DE COMPRA QUE SE GENERA PARA LA ADQUISICION DE BIENES MATERIALES Y GEOMEMBRANA HDPE DE 1.00 MM PARA LA INSTALACION DE CELDAS DE BOTADEROS COLANA PARA LA RECOLECCION DE RESIDUOS SOLIDOS Y METALAS LA CONTAMINACION AMBIENTAL EN EL DISTRITO DE SAN JUAN DE LOS RIOS EN ATENCION A LAS ESPECIFICACIONES TECNICAS DEL REQUERIMIENTO DE BIENES N° 00296 DEL AREA OSARU Y CUADRO DE COMPARATIVO N° 0024							
FORMA DE PAGO: UNICO PAGO A LA ENTREGA DEL BIEN							
PRECIO DE ENTREGA: 7 DIAS CALENDARIO							
RESUMEN PRESUPUESTAL:							
RUBRO: 16 - OBRAS Y SERVICIOS DE CONSTRUCCION Y REPARACIONES							
SUB TOTAL: 18,000.00							
TOTAL: 18,000.00							
Son: DIECIOCHO MIL CON 00/100 Soles							TOTAL S/: 18,000.00

ORDENACION DE LA COMPRA

VALOR DE LA COMPRA: PATRONARIO

REFERENCIA: N° 00296

¹⁶

Cabe precisar que la clave de acceso al Toma Razón se brindó con la cédula de notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, conforme se dejó constancia en la respectiva cédula.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

13. Nótese que, en la copia remitida, no se puede apreciar el número de orden; asimismo, el contenido de la misma no se encuentra claro; razón por la cual, con decreto del 15 de diciembre de 2022, se requirió nuevamente a la Entidad que remita copia legible de la citada orden; sin embargo, hasta la fecha dicho requerimiento no fue atendido, hecho que deberá ser puesto en conocimiento del Titular de la Entidad para las acciones que correspondan.

Sin embargo, si se hace una comparación entre las órdenes de compra que fueron plasmadas en los numerales precedentes (la que no tiene firma y la que tiene firma de recibido), se puede advertir que, la copia que no tiene número de orden es la Orden de Compra – Guía de Internamiento N° 141 del 17 de marzo de 2021, ello debido a que dicho documento fue emitido a favor del Contratista, se consigna el mismo objeto contractual y por el mismo monto (S/ 18,000.00).

14. En ese sentido, considerando lo señalado y en estricta aplicación del mencionado Acuerdo de Sala Plena, este Colegiado considera que se ha acreditado el perfeccionamiento de la relación contractual entre la Entidad y el Contratista, en el marco de la Orden de Compra, la cual fue recibida por el Contratista el 18 de marzo de 2021; por tanto, en los párrafos posteriores corresponderá determinar si, a dicha fecha este último estaba incurso en alguna causal de impedimento.

En relación al impedimento en el que habría incurrido el Contratista al momento de perfeccionar el contrato.

15. En cuanto al segundo requisito, debe tenerse presente que la imputación efectuada contra el Contratista en el caso concreto radica en haber perfeccionado la Orden de Compra pese a encontrarse inmerso en el supuesto de impedimento establecido en los literales i) y k) en concordancia con el literal h) y b) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley, según el cual:

“Artículo 11. Impedimentos

11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en las contrataciones a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, las siguientes personas:

(...)

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

b) Los Ministros y **Viceministros de Estado en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo**; luego de dejar el cargo, el impedimento establecido para estos subsiste hasta (12) meses después y solo en el ámbito de su sector.

(...)

h) El cónyuge, conviviente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de las personas señaladas en los literales precedentes, de acuerdo a los siguientes criterios:

(i) **Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales a) y b), el impedimento se configura respecto del mismo ámbito y por igual tiempo que los establecidos para cada una de estas;**

(ii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales c) y d), el impedimento se configura en el ámbito de competencia territorial mientras estas personas ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iii) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en el literal e), el impedimento se configura en la Entidad a la que pertenecen estas personas mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de concluido;

(iv) Cuando la relación existe con las personas comprendidas en los literales f) y g), el impedimento tiene el mismo alcance al referido en los citados literales.

i) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, **las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.**

k) En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, **las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las citadas personas.**

(...)." [el subrayado y resaltado es nuestro]

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

- 16.** Como se advierte, en los literales b), h), i) y k) del artículo 11 de la Ley se establece que:
- i. Los viceministros no pueden ser participantes, postores, contratistas ni subcontratistas, durante el ejercicio del cargo, en todo proceso de contratación pública que se convoque a nivel nacional; y al dejar el cargo, hasta los doce (12) meses después, el impedimento se circunscribe sólo en el ámbito de su sector.
 - ii. Los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de los alcaldes, no pueden ser participantes, postores, contratistas ni subcontratistas a nivel nacional mientras estas personas ejercen el cargo. Asimismo, luego de que se deje el cargo, dicho impedimento se extiende hasta doce (12) meses solo para el ámbito de su sector.
 - iii. En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social. Asimismo, las personas que hubiesen tenido una participación de dicho porcentaje, se considera ello dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria del respectivo procedimiento de selección.
 - iv. En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas.
- 17.** Ahora bien, de acuerdo con los términos de la denuncia contenida en el Dictamen N° 92-2021/DGR-SIRE¹⁷ del 21 de junio de 2021, el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) de Nicolás Antonio Zevallos Trigos (Viceministro), tendría una participación superior al 30% de las acciones del Contratista; asimismo, la señora María Angélica Malca Ramírez (suegra) y el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) integrarían el órgano de administración, pese a que el mencionado señor Zevallos Trigos ejercía el cargo de Viceministro a la fecha de emisión de la Orden

¹⁷

Obrante a folios 4 al 11 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

de Compra (17 de marzo de 2021); en ese sentido, el Contratista se encontraría impedido de contratar con el Estado.

Sobre el impedimento establecido en el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225.

18. Conforme a lo anterior, a folio 35 del expediente administrativo, obra la Resolución Suprema N° 125-2020-IN del 10 de diciembre de 2020, mediante el cual se designó al señor Nicolás Antonio Zevallos Trigoso en el cargo de Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior.

Asimismo, con Resolución Suprema N° 149-2021-IN del 18 de agosto de 2021, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 del mismo mes y año, se aceptó la renuncia del señor Nicolás Antonio Zevallos Trigoso al cargo público de confianza de Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior.

19. Es así que, del 10 de diciembre de 2020 al 18 de agosto de 2021 el señor Nicolás Antonio Zevallos Trigoso ocupó el cargo de Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior, periodo en el que se emitió la orden de compra cuestionada.

Cabe recalcar que la Orden de Compra objeto de análisis fue perfeccionada el 18 de marzo de 2021.

Sobre el impedimento establecido en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225.

20. Por otra parte, con relación al impedimento establecido en el numeral i) del literal h) del artículo 11 del TUO de la Ley, se aprecia que están impedidos para contratar con el Estado, los parientes del Viceministro hasta el segundo grado de consanguinidad, en todo proceso de contratación pública a nivel nacional durante el ejercicio del cargo; y en el ámbito de su sector hasta 12 meses después que este haya dejado el cargo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

21. En ese sentido, considerando los términos de la denuncia y de la consulta en línea de la declaración jurada de intereses del Viceministro¹⁸, la cual se grafica a continuación:

58-1111-679197-1022153207

7 Relación de personas con las que tiene vínculo de consanguinidad y vínculo de afinidad. La información respecto de los hijos menores de edad es protegida y excluida para efectos de la publicación. **Sí [X] No []**

D.N.I./C.E./PAS	APELLIDOS Y NOMBRES COMPLETOS	PARENTESCO	ACTIVIDADES, OCUPACIONES O PROFESIÓN ACTUAL	LUGAR DE TRABAJO
29656654	FELIX ULISES GIRALDO ALAYZA	PADRE DEL CÓNYUGE (CONVIVIENTE)	COMERCIANTE	INDEPENDIENTE
3831948	CARLA XIMENA GIRALDO MALCA	CONYUGE	GERENTA	MUNICIPALIDAD METROPOLITANA DE LIMA
42756554	MANUEL RUFINO GIRALDO MALCA	CUÑADO(A)	PROFESIONAL	BBVA BANCO CONTINENTAL
41272168	ULISES FRANCISCO GIRALDO MALCA	CUÑADO(A)	DOCENTE	UPN Y UCSUR
29656653	MARIA ANGELICA MALCA RAMIREZ	MADRE DEL CÓNYUGE (CONVIVIENTE)	NUTRICIONISTA	HOSPITAL SANTA ROSA

58-1111-679197-1022153207

58-1111-679197-1022153207

07806057	CARMEN ESPERANZA TRIGOSO SANCHEZ	MADRE DEL DECLARANTE	CONSULTORA	UNIVERSIDAD CESAR VALLEJO
07806058	ANDRES ROBERTO ZEVALLOS ECHEVERRIA	PADRE DEL DECLARANTE	DOCENTE	UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
43157465	CARLOS ANDRES ZEVALLOS TRIGOSO	HERMANO(A) DEL DECLARANTE	DOCENTE	PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL PERU

58-1111-679197-1022153207

22. Considerando la declaración jurada antes graficada, así como los descargos presentados, se advierte que la señora María Angélica Malca Ramírez es suegra del Viceministro y el señor Ulises Francisco Giraldo Malca es cuñado del Viceministro; por tanto, queda acreditado el parentesco de afinidad en primer y segundo grado de las citadas personas con respecto al señor Nicolás Antonio Zevallos Trigoso, Viceministro del Despacho Viceministerial de Seguridad Pública del Ministerio del Interior.

Sobre los impedimentos establecidos en los literales i) y k) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

23. Expuesto ello, de la revisión de la información declarada por el Contratista ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) el 17 de junio de 2021 [registro de bienes], se aprecia que, el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) es accionista del Contratista con el 80.87% de acciones, asimismo, es director y gerente general del Contratista; por su parte, la señora María Angélica Malca Ramírez (suegra), es miembro del directorio del Contratista, conforme se puede verificar de la siguiente gráfica:

Órganos de Administración						
TIPO DE ÓRGANO	NOMBRE	DOC. IDENT.	FECHA	CARGO		
DIRECTORIO	ULISES FRANCISCO GIRALDO MALCA	DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD/41272168	20/08/2019	Director		
DIRECTORIO	Malca Ramirez Maria aNGELICA	DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD/LE29656653	04/06/2012	Director		
DIRECTORIO	Rodriguez Ubillus July Josefina	DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD/LE07503750	04/06/2012	Presidente		
GERENCIA	Giraldo Malca Ulises Francisco	DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD/LE41272168	04/06/2012	Gerente General		

Socios						
NOMBRE	DOC. IDENT.	RUC	FEC. INGRESO	NRO. ACC.	% ACC.	
RODRIGUEZ UBILLUS JULY JOSEFINA	D.N.I.07503750		20/08/2019	2200.00	19.13	
Giraldo Malca Ulises Francisco	L.E.41272168		07/06/2012	9300.00	80.87	

Sobre lo anterior, resulta pertinente traer a colación que, conforme a reiterados pronunciamientos, es criterio uniforme del Tribunal, considerar con carácter de declaración jurada la información presentada ante el RNP, toda vez que la información y documentación presentada por los proveedores se sujeta al principio de presunción de veracidad, por ende, estos son responsables por el contenido de la información que declaran. En virtud de ello, resulta relevante atender a la información registrada en el RNP.

24. Cabe precisar que, posteriormente a dicha inscripción, el Contratista no ha declarado modificación alguna respecto de las participaciones de sus socios, así como, a la conformación de los miembros de su directorio o al cargo de gerente general.
25. Por otro lado, Asimismo, en el Asiento A00001 de la Partida Electrónica N° 12855253 de la Oficina Registral de Lima, correspondiente al Contratista, obra

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

inscrito el nombramiento del señor Ulises Francisco Giraldo Malca como gerente general del Contratista; cabe precisar que, dicho título fue inscrito el 7 de junio de 2012

26. Asimismo, en el Asiento C00001 de la Partida Electrónica N° 12855253 de la Oficina Registral de Lima, correspondiente al Contratista, obra inscrito el nombramiento del señor Ulises Francisco Giraldo Malca y de la señora María Angélica Malca Ramírez como miembros del directorio del Contratista, nombramiento efectuado mediante Junta General del 20 de agosto de 2019, tal como se aprecia a continuación; cabe precisar que, dicho título fue inscrito el 8 de noviembre de 2019.

 Superintendencia Nacional de los Registros Públicos	ZONA REGISTRAL N° IX - SEDE LIMA OFICINA REGISTRAL LIMA N° Partida: 12855253
INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS CONSERVACION ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C.	
REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS C00001	
NOMBRAMIENTO DE DIRECTORIO:	
Por Junta General de fecha 20.08.2019 , se acordó por unanimidad nombrar al nuevo Directorio, quedando conformado por:	
PRESIDENTE: JULY JOSEFINA RODRIGUEZ UBILLUS , con D.N.I N° 07503750.	
DIRECTOR: MARIA ANGELICA MALCA RAMIREZ , con D.N.I N° 29656653.	
DIRECTOR: ULISES FRANCISCO GIRALDO MALCA , con D.N.I N° 41272168.	
El acta consta a fojas 5-6 del Libro de Actas N° 01, legalizado el 11.05.2013 por el Notario de Lima Luis Gonzáles Loli, bajo el n° 40939-13. Así consta por Copia Certificada el 22.08.2019 expedida por el Notario de Lima Edgardo Hopkins Torres.	
El título fue presentado el 22/08/2019 a las 01:10:09 PM horas, bajo el N° 2019-01988865 del Tomo Diario 0492. Derechos cobrados S/ 50.00 soles con Recibo(s) Número(s) 00023740-238 00032952-869.-LIMA, 08 de Noviembre de 2019.	
 JOHNY ALBERTO DE LA CRUZ GAMARRA Registrador Público (e) Zona Registral N° IX - Sede Lima	

27. En ese sentido, en atención información obrante en el RNP y en la Partida Electrónica N° 12855253 de la Oficina Registral de Lima, correspondiente al Contratista, se genera convicción que, a la fecha de perfeccionamiento de la Orden de Compra, el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) era accionista, miembro del directorio y generante general del Contratista;

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

asimismo, **la señora María Angélica Malca Ramírez (suegra) era miembro del directorio del Contratista.**

28. Siendo así, es importante tener en cuenta que, de acuerdo con el impedimento establecido en el literal i) del artículo 11 del TUO de la Ley, se encuentran impedidos para contratar con el Estado, las personas jurídicas en las que tanto el viceministro como sus parientes hasta el segundo grado de afinidad tengan una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30 %) del capital o patrimonio social.

Asimismo, el de acuerdo con el impedimento establecido en el literal k) del artículo 11 del TUO de la Ley, se encuentran impedidos para contratar con el Estado, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las referidas personas.

29. En esa medida, habiéndose determinado que el señor Ulises Francisco Giraldo Malca tenía la condición de accionista del Contratista [hecho que no ha variado hasta la actualidad], con un total del 80.87% de acciones, a la fecha del perfeccionamiento de la Orden de Compra; se aprecia que ello superaba el 30 % del capital social que la normativa de contratación pública establece como límite.

Asimismo, se aprecia que el señor Ulises Francisco Giraldo Malca tenía la condición de miembro del directorio y gerente general del Contratista; así como, la señora María Angélica Malca Ramírez tenía la condición de miembro del directorio del Contratista, situación que no ha variado hasta la fecha.

30. Por lo expuesto, al haberse determinado que el Contratista perfeccionó la relación contractual a través de la emisión de la Orden de Compra con una entidad del Estado, pese a que el señor Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado del Viceministro) tenía el 80.87% de acciones, era miembro del directorio y gerente general; así como, la señora María Angélica Malca Ramírez (suegra del Viceministro) tenía la condición de miembro del directorio; este Colegiado, considera que el Contratista estaba impedido para contratar con el Estado, de conformidad con lo establecido en los literales i) y k) en concordancia con los literales d) y h) del artículo 11 del TUO de la Ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

- 31.** Llegado a este punto, corresponde traer a colación los descargos formulados por el Contratista, quien manifiesta que la venta materia de la Orden de Compra fue realizada a una entidad pública de ámbito local, que, según el artículo II de la Ley Orgánica de Municipalidades N° 27972, define el gobierno local goza de autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia.

Asimismo, señala que el espíritu de la Ley busca evitar el favorecimiento indebido que pueden lograr los funcionarios del Estado o sus familiares mediante contrataciones afectadas por su injerencia o influencia directa; sin embargo, en el presente caso, el Viceministro no tuvo ni podía tener capacidad de injerencia o influencia alguna sobre la Entidad, debido a que las municipalidades son entidades administrativamente autónomas e independientes de los otros niveles de gobierno.

- 32.** Con respecto a ello, para la configuración del impedimento en cuestión, no se requiere que el funcionario vinculado (Viceministro) o su pariente (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad), deban ejercer algún tipo de dirección, influencia y/o control en la contratación respectiva; por lo que, analizar un supuesto como el descrito implicaría ir más allá de lo contemplado en la Ley, transgrediendo el principio de legalidad.

Así pues, si bien existen otros supuestos de impedimento donde sí se requiere para su configuración la acreditación de dirección, influencia o injerencia en la contratación, lo cierto es que, para el presente caso no se requiere de ello. De esta manera, se determinó que, a la fecha en que se perfeccionó la relación contractual, el contratista se encontraba inmerso en la causal de impedimento prevista en los literales i) y k) concordante con los literales b) y h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

- 33.** De otro lado, el Contratista señala que, la señora Carla Ximena Giraldo Malca y el señor Manuel Rufino Giraldo Malca, desde el mes de agosto de 2019 no tienen ninguna vinculación ni participación con el Contratista, en atención a lo acordado por la Junta General del 20 de agosto de 2019; en ese sentido, la citada desvinculación es previa al nombramiento del señor Nicolas Antonio Zevallos Trigo como Viceministro y a la emisión de la Orden de Compra a favor del su representada.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

34. Al respecto, cabe señalar que, el impedimento imputado al Contratista, se encuentra referido a la participación de los señores María Angelica Malca Ramírez y Ulises Francisco Giraldo Malca como parte del Contratista y a su relación con el Viceministro; por lo que, la participación de la señora señora Carla Ximena Giraldo Malca y el señor Manuel Rufino Giraldo Malca o su vinculación con el Contratista, no resulta relevante para el presente caso.
35. De igual forma, el Contratista señala que, los señores María Angelica Malca Ramírez (suegra) y Ulises Francisco Giraldo Malca (cuñado) socio de su representada, no se encuentran impedidos de contratar con el Estado a nivel nacional, desde el 10 de diciembre de 2020, ello debido a que la Ley N° 30225, no prohíbe explícitamente la contratación de los familiares del Viceministro con entidades de otros sectores y ámbito de gestión en el Estado; de igual forma, el literal b) del artículo 11 de la Ley N° 30225, constituye una limitación solo aplicable a la persona que ejerció el cargo, en este caso, solo aplica al señor Nicolas Antonio Zevallos Trigoso; asimismo, el literal h) del citado artículo, señala que el impedimento se refiere a las instituciones públicas del ámbito del sector interior; en ese sentido, se debe tener en cuenta que la Municipalidad Distrital de Desaguadero no forma parte del ámbito del sector interior.

Solicita que se tenga en consideración lo señalado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 1087/2020, emitida en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC.

36. Sobre el particular, el literal b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley establece dos ámbitos de prohibición para contratar con el Estado, aplicables a los viceministros de Estado: i) uno total (en todo proceso de contratación), aplicable durante el ejercicio del cargo, y; ii) otro parcial (en el sector), dentro de los 12 meses posteriores luego de dejar el cargo.

De otro lado, el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, en su numeral (i), establece que, cuando la relación de familiaridad (cónyuge, conviviente, o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) sea con las personas indicadas en el literal b), **el impedimento se aplica respecto del mismo ámbito y tiempo**; es decir, **en el caso de los viceministros, mientras estos se encuentren en el ejercicio de su cargo, los parientes se encuentran impedidos de contratar a nivel nacional**; sin embargo, cuando los viceministros hayan dejado el cargos, los parientes se encuentran impedidos de contratar hasta 12 meses de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

dejado el cargo y solo con las entidades del sector al cual pertenecieron los viceministros.

Asimismo, el impedimento establecido en los literales i) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se aplica en el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación individual o conjunta superior al treinta por ciento (30%) del capital o patrimonio social. Es decir, si el viceministro o sus parientes en hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad hayan tenido una participación individual o conjunta superior al (30%) durante el ejercicio de su cargo como viceministro.

De igual modo, el impedimento establecido en los literales k) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, que comprende a las personas jurídicas con fines de lucro (como es el caso del Contratista), se aplica en el ámbito y tiempo establecido para las personas señaladas en los literales precedentes. Es decir, si la vinculación de la persona jurídica se genera con un viceministro de Estado, el impedimento se aplica en su mismo ámbito de prohibición y por el mismo tiempo.

A partir de dichas normas, no se aprecia en qué medida pueda interpretarse que el impedimento imputado al Contratista se circunscribe solo al sector del viceministro, en tanto que, cuando ocurrieron los hechos, el viceministro se encontraba en funciones y, por tanto, el impedimento era aplicable a todo procedimiento de contratación a nivel nacional, al igual que a sus parientes dentro del segundo grado de afinidad, entre otros.

La claridad de las normas no permite al Colegiado advertir en qué medida imputarle la infracción de contratar con el Estado estando impedido para ello, podría afectar los principios de presunción de inocencia (del cual refiere que la autoridad tiene el deber de probar más allá de la duda razonable), debido procedimiento, y tipicidad e igualdad ante la Ley, dado que tanto la infracción como el impedimento que se le atribuye se encuentran expresamente recogidos en la ley y cumpliendo con todos los requisitos o supuestos para determinar la configuración de la infracción, sin que, para su aplicación, este Colegiado haya acudido a una interpretación extensiva o analógica.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

Con respecto a la sentencia recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, invocada por el Contratista, se advierte que se trató de un proceso de amparo, por lo que, se pronuncia sobre un caso específico (Domingo García Belaúnde) y que no está relacionado al caso materia de análisis en el presente procedimiento (impedimento de un Viceministro de Estado y sus parientes hasta el segundo grado consanguinidad); y, por otro lado, no se desprende ni se señala que el artículo 11 de la Ley haya sido declarado inconstitucional; razón por la cual, las causales de impedimentos previstos en el artículo 11 del citado cuerpo normativo, se mantienen vigentes y son aplicables a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas que participen en un procedimiento de selección o contraten con el Estado.

Debe tenerse en cuenta que la referida sentencia se pronunció sobre el caso particular de un recurso de agravio constitucional interpuesto por un ciudadano en contra de la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente su demanda de amparo contra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Sobre el particular, es importante recordar que el numeral 2) del artículo 200 de la Constitución Política del Perú establece que *“el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza derechos reconocidos en la Constitución”*, precisando, además, que el mismo no procede *“contra normas legales ni contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular”*, considerando que, ante esas situaciones, la propia Constitución en los numerales 4 y 5 del referido artículo, ha establecido las garantías constitucionales de inconstitucionalidad y acción popular.

No obstante, también resulta necesario precisar que a través de la recaída en el Expediente N° 2308-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional también ha interpretado que el inciso 2) del artículo 200 de la Constitución no contiene una prohibición de cuestionarse mediante el amparo leyes que puedan ser lesivas en sí mismas de derechos fundamentales, sino una simple limitación, que pretende impedir que a través de un proceso cuyo objeto de protección son los derechos constitucionales se pretenda impugnar en abstracto la validez constitucional de las normas con rango de ley.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

De otro lado, también se ha establecido que una interpretación sistemática de los alcances de la restricción contenida en el segundo párrafo del artículo 200, inciso 2) de la Constitución, debe entenderse en el sentido de que no cabe, efectivamente, que mediante una demanda de amparo se cuestione una ley cuando el propósito de esta sea cuestionar su validez en abstracto, habida cuenta de que en el ordenamiento existen otros procesos, como el de inconstitucionalidad o el popular, cuyo objeto precisamente es preservar la condición de la Constitución como Ley Suprema del Estado.

En tal sentido, en el entendido que la aplicación inmediata y efectiva de una norma podría afectar directamente derechos subjetivos constitucionales, el ciudadano está facultado a acudir al proceso de amparo a solicitar protección constitucional frente al efectivo, inminente o potencial afectación de un derecho constitucional, lo cual no implica, faculta o atribución para cuestionar la validez en abstracto de una Ley, para lo cual existen otros mecanismos que la propia Constitución ha previsto.

Ahora bien, en el marco de estas consideraciones, en cuanto a la Sentencia N° 1087/2020 (Expediente N° 03150-2017-PA/TC), el Tribunal Constitucional concluye que el impedimento que ha sido materia de análisis configura una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, pero hace la precisión que la declaración respecto de su aplicación, corresponde al caso en concreto (fundamento 33) —es decir, respecto a los hechos alegados por el ciudadano que formula las demandas 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.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el numeral 59.1 del artículo 59 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225 y sus modificatorias, establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), teniendo entre sus funciones, aplicar sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas y residentes y supervisores de obra, según corresponda a cada caso; para la cual, la normativa de contrataciones del Estado también ha tipificado un conjunto de supuestos de hechos que son considerados infracción administrativa, comprendiendo, entre otros, la contratación con el Estado estando

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

impedido o las declaraciones inexacta que afirman no estar incurso en dicha situación, cuyos supuestos de impedimento también se encuentran debidamente tipificados.

En consecuencia, si consideramos que la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC, resulta aplicable al caso en concreto, en el marco del cual se determinó la existencia de una afectación al derecho fundamental del ciudadano que recurrió a la jurisdicción constitucional, y que, a la vez, dicha decisión no ha determinado la inconstitucionalidad o inaplicación general de la norma en cuestión, sumado a que las autoridades administrativas están prohibidas de aplicar el control difuso de las normas; este Colegiado concluye que el Tribunal no puede inaplicar las disposiciones sobre impedimentos que expresamente están tipificadas en la normativa especial de contrataciones del Estado.

Asimismo, cabe precisar que hoy (29 de diciembre de 2022), se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano, el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2022/TCE (Acuerdo de Sala Plena que precisa los alcances del impedimento del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley N° 30225), el cual, si bien entra en vigencia el 30 de diciembre de 2022, permite evidenciar la aplicación normativa que ha venido siguiendo el Tribunal de Contrataciones del Estado, conforme se ha expresado anteriormente.

Por lo expuesto, este colegiado considera que no resulta amparable el argumento del Contratista de aplicar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03150-2017-PA/TC.

37. En ese sentido, en el presente caso, se ha verificado que, a la fecha de perfeccionamiento de la relación contractual, el Contratista se encontraba inmerso en causal de impedimento para contratar con el Estado; razón por la cual incurrió en la infracción consistente en contratar con el Estado estando impedido para ello, prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley.

Graduación de la sanción

38. El literal b) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la Ley prevé, como sanción para la infracción analizada, la aplicación de una sanción de inhabilitación

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 4570-2022 -TCE-S5

temporal no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses, salvo que el mismo se encuentre en el supuesto de inhabilitación definitiva, regulada en el literal c) del mismo numeral y artículo.

39. Bajo esa premisa, corresponde imponer la sanción de inhabilitación prevista en el TUO de la Ley, para lo cual deben considerarse los criterios de graduación previstos en el artículo 264 del Reglamento.

Sobre el tema, cabe traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, respecto al principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, criterio que también debe tomarse en cuenta al momento de fijar la sanción.

40. En tal sentido, se deben considerar los siguientes criterios de graduación:

- a) **Naturaleza de la infracción:** la infracción referida a contratar con el Estado estando impedido para ello, materializa el incumplimiento del Contratista de una disposición legal de orden público que persigue dotar al sistema de compras públicas de transparencia y garantizar el trato justo e igualitario de postores, sobre la base de la restricción y/o eliminación de todos aquellos factores que puedan afectar la imparcialidad y objetividad en la elección del proveedor de la Entidad.
- b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** de los elementos obrantes en el expediente, no es posible determinar si hubo intencionalidad del Contratista para cometer la infracción determinada.
- c) **La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad:** de los elementos obrantes en el expediente, no es posible determinar si hubo un daño causado a la Entidad.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

- 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 que el Contratista haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes de que fuera detectadas.
 - e) **Antecedentes de sanción impuesta por el Tribunal:** de la revisión de la base de datos del RNP, se aprecia que el Contratista no cuenta con antecedentes de haber sido sancionado con inhabilitación en sus derechos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.
 - f) **Conducta procesal:** el Contratista se apersonó al procedimiento sancionador y presentó descargos.
 - g) **La adopción e implementación del modelo de prevención debidamente certificado:** de la documentación obrante en el expediente administrativo, no se advierte la adopción de ningún modelo de prevención que se encuentre certificado, por parte del Contratista, conforme al numeral 50.7 del artículo 50 de la Ley.
 - h) **La afectación de las actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitarias:** de la revisión de la documentación obrante en el expediente, no se advierte información del Contratista que acredite el supuesto que recoge el presente criterio de graduación.
41. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley, por parte del Proveedor, tuvo lugar el **18 de marzo de 2021**, fecha en la que el Contratista recibió la Orden de Copra, habiéndose perfeccionado con ello la relación contractual.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Danny William Ramos Cabezudo y la intervención de los Vocales Steven Aníbal Flores Olivera y Christian César Chocano Davis, atendiendo a la conformación de la Quinta 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,

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 4570-2022 -TCE-S5

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 **CONSERVACIÓN ECOLOGIA Y DESARROLLO S.A.C. (con R.U.C. N° 20548302979)**, por el periodo de **tres (3) meses** de inhabilitación temporal en su derecho 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 para ello; infracción tipificada en el literal c) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225. Dicha sanción entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución
2. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado registre la sanción en el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado – SITCE.
3. Remitir copia de la presente Resolución al Titular de la Entidad.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

STEVEN ANIBAL FLORES OLIVERA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

DANNY RAMOS CABEZUDO
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

SS.

Ramos Cabezudo.

Flores Olivera.

Chocano Davis.