

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 00057 -2016-CG/TSRA/STTS- Segunda Sala

EXPEDIENTE : 242-2015-CG/INS
DESTINATARIO : DIRECTOR EJECUTIVO DEL HOSPITAL SANTA MARÍA DEL SOCORRO DE ICA
DOMICILIO : Calle Castrovirreyna N° 759, Distrito De Ica, Provincia De Ica, Departamento De Ica
FECHA DE EMISIÓN: 14 de octubre de 2016

De conformidad con el artículo 18 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y con el literal a) del numeral 6.1.1 de la Directiva de Notificación en el Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional, la Secretaría Técnica cumple con notificar el(los) siguiente(s) documento(s):

1. RESOLUCIÓN N° 002-2016-CG/TSRA- Segunda Sala (30 folios)


FIRMA Y SELLO
[Handwritten signature]

Secretaría Técnica

DATOS DE LA PERSONA QUE RECIBE: [a ser completado por el notificador]

NOMBRE:

DNI:.....

VINCULACIÓN CON EL DESTINATARIO:

ADMINISTRADO FAMILIAR OTROS: _____

FECHA: ___ / ___ / ___ HORA: ___ : ___


[de la persona que recibe la cédula de notificación]
FIRMA: _____

[a ser completado por el notificador]

OBSERVACIONES:

CARACTERÍSTICAS DEL DOMICILIO:

Se adjunta foto

[Handwritten signature]
FIRMA

Nombre del notificador: *CE SAR M. FARIAS COSTA*

DNI: *41950248*

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

RESOLUCIÓN N° 002-2016-CG/TSRA- SEGUNDA SALA

EXPEDIENTE N° 242-2015-CG/INS
HOSPITAL SANTA MARÍA DEL SOCORRO DE ICA

ADMINISTRADO : ALEJANDRO JOSÉ ELESCANO SAMANIEGO

SUMILLA : Se declara infundado el Recurso de Apelación.

En Lima, a los 14 días del mes de octubre de 2016, en la Sesión N° 10-2016 de la Segunda Sala del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, con la asistencia de los Señores Vocales Gonzáles Hunt, Presidente, Montoya Vivanco, García-Corrochano Moyano, Aguilar Surichaqui y Rivera Ferreyros; se emite la siguiente Resolución:

I. VISTO

El Recurso de Apelación interpuesto por el administrado señor **Alejandro José Elescano Samaniego**, tramitado en el Expediente N° 242-2015-CG/INS.

II. ANTECEDENTES.

2.1 El presente procedimiento tiene como antecedente el Informe de Control N° 002-2015-2-4495 de 30 de enero de 2015, producto del Examen Especial al Hospital Santa María del Socorro de Ica denominado "Adquisición de Uniformes para el Personal Asistencial", correspondiente al periodo del 2 de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2012.

2.2 Mediante Resolución N° 002-2015-CG/INS de 16 de junio de 2015, obrante de Fojas 00310 a 00320 del Expediente PAS, el Órgano Instructor Sede Central de la CGR, instauró procedimiento administrativo sancionador (PAS) al administrado señor **Elescano Samaniego**, en su condición de Jefe de la Unidad de Logística del Hospital Santa María del Socorro de Ica, en adelante la Entidad, por la presunta comisión de la conducta infractora prevista en el Inc. b) del Art. 46° de la Ley N° 27785¹, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, modificada por la Ley N° 29622, descrita y especificada como infracción muy grave, en el Inc. h) del Art. 7° del Reglamento de la Ley N° 29622², como a continuación se detalla:

¹ Ley N° 27785, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República. "Art. 46°.- Conductas infractoras.

(...)

b) Incurrir en cualquier acción u omisión que suponga la transgresión grave de los principios, deberes y prohibiciones señalados en las normas de ética y probidad de la función pública.

(...)"

² Reglamento de la Ley N° 29622, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM.

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
"FUSITE EN SOPORTE PAPEL"
17 JULI. 2016
NIVARDO ENCISO OROZUEBA
C. N. 13754 - R. J. N. 144-2015-CG
EDIFICIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

| Administrado | Infracción | Calificación |
|-----------------------------------|-----------------|--------------|
| Alejandro José Elescano Samaniego | Art. 7° Inc. h) | Muy Grave |

2.3 Presentado el descargo del administrado señor **Elescano Samaniego** y sobre la base del Informe de Pronunciamiento N° 001-2015-CG/INS, mediante Resolución N° 001-242-2015-CG/SAN de 30 de noviembre de 2015, emitida por el Órgano Sancionador, se determinó lo siguiente:

A.
 B.
 C.
 D.
 E.
 F.

§ Irregular determinación del valor referencial utilizando una sola fuente en los procesos de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N°s 001-2011-HSMSI, 002-2011-HSMSI y 003-2011-HSMSI, beneficiando ilegalmente a postor ganador.

(i) La infracción se produjo cuando el administrado en su condición de Jefe de la Unidad de Logística, responsable del área encargada de las contrataciones de la Entidad, benefició ilegalmente al contratista Gregorio Abraham Pretel Chiclote, solicitando al Director Administrativo de la Entidad, la aprobación de los expedientes de contratación de las Adjudicaciones de Menor Cuantía, en adelante AMCs N°s 001-2011-HSMSI, 002-2011-HSMSI y 003-2011-HSMSI, mediante Informes N°s. 039-2011-HSMSI/U.LOG, 038-2011-HSMSI/U.LOG y 037-2011-HSMSI/U.LOG, respectivamente, todos de 30 de junio de 2011, considerando valores referenciales determinados en función a una sola fuente: cotizaciones, sin emplear como mínimo dos (2) fuentes para establecer el valor referencial, a lo que se encontraba obligado según el Art. 12° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el RLCE, habiendo señalado expresamente en cada uno de los tres (3) cuadros comparativos las adquisiciones mediante compra directa, imposibilitando que en las citadas AMCs, la Entidad evalúe las posibilidades que ofrecía el mercado para determinar el valor referencial y la existencia de pluralidad de postores, para obtener mejores precios y condiciones del mercado, *evidenciándose que solamente una de las tres cotizaciones con las cuales se calculó el valor referencial era verdadera y correspondía a Gregorio Abraham Pretel Chiclote, a quien finalmente se le adjudicó la buena pro en las referidas AMCs.*

"ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO FUENTE EN SOPORTE PAPEL"

17 JUL. 2015

NINGUNO ENCISO OCHO QUINTA
 C.P. 1851 - TEL. 011 424 2000 EXT.
 SECRETARÍA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

"Art. 7°.- Infracciones por trasgresión de los principios, deberes y prohibiciones establecidas en las normas de ética y probidad de la función pública.

(...)

h) Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero. Esta infracción es considerada como muy grave.

(...).

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

§ Suscripción del Contrato N° 004-2011-HSMSI/U.LOG, fuera del plazo establecido en las Bases Administrativas, beneficiando ilegalmente a postor ganador.

(ii) La infracción se produjo cuando el administrado en su condición de Jefe de la Unidad de Logística, permitió que el Consorcio Ica, integrado por Gregorio Abraham Pretel Chiclote y Analy Verbelinda Vera Caquiamarca, postor ganador de la buena pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 004-2011-HSMSI/CE, suscriba contrato con la Entidad fuera del plazo señalado en las Bases Administrativas, pues el referido Consorcio presentó en forma extemporánea la carta fianza requerida. A pesar de ello, el administrado tramitó la documentación presentada por el Consorcio Ica, procediendo a visar el Contrato N° 004-2011-HSMSI/U.LOG de 27 de setiembre de 2011, beneficiando ilegalmente al postor adjudicado con la buena pro, pues le permitió beneficiarse con la suscripción del contrato y con la no imposición de sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, infringiendo con dicho accionar el numeral 2.7 del Capítulo II, sección específica de las bases de la referida AMC, el Art. 148° del RLCE y el principio de legalidad previsto en el numeral 1.1 del Art. IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

§ Omisión de penalidad por mora por el incumplimiento de la prestación señalada en el Contrato N° 004-2011-HSMSI/U.LOG, beneficiando ilegalmente a postor ganador.

(iii) La infracción se produjo cuando el administrado en su condición de Jefe de la Unidad de Logística, benefició al Consorcio Ica, integrado por Gregorio Abraham Pretel Chiclote y Analy Verbelinda Vera Caquiamarca, al no aplicar la penalidad por mora por incumplimiento de sus obligaciones; por el contrario, emitió el Informe N° 86-2011-GORE-ICA-DRSA-HSMSI-U.LOG de 22 de diciembre de 2011 y Memorando N° 83-2012-HSMSI/U.LOG de 30 de enero de 2012, solicitando al Jefe de la Unidad Económica de la Entidad, el pago a favor del contratista del total de S/ 65 200,00, a pesar de los atrasos de hasta 75 días calendario en la entrega de los uniformes materia del contrato, generando un beneficio ilegal para el contratista a quien no le aplicó la penalidad, ocasionando consecuentemente un perjuicio para la Entidad y el Estado.

(iv) Lo alegado por el administrado en cuanto a que los uniformes no fueron entregados por la contratista porque un grupo reducido de trabajadores no concurrió a la toma de medidas; no enerva lo establecido en los términos contractuales que establecen el plazo máximo de entrega (9 de noviembre de 2011) y lo señalado en las bases, en cuyo Capítulo III, Sección Específica, estableció: "Si dentro del plazo programado para la toma de medida existiese



TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

personal que no se presentara el contratista queda autorizado a confeccionar el uniforme en talla LARGE (L) y de igual forma en la etapa de prueba personal que no se presente se dará por aceptado". Aspecto que el administrado debió observar en cumplimiento del contrato, infringiendo con dicho accionar el Art. 165° del RLCE.

2.4 Por lo señalado en el Fundamento 2.3, el Órgano Sancionador impuso al administrado señor **Elescano Samaniego**, cuatro (04) años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, al habersele determinado responsabilidad administrativa funcional.

2.5 Al no encontrarse de acuerdo con lo resuelto por el Órgano Sancionador, el administrado señor **Elescano Samaniego** interpuso Recurso de Apelación el 23 de diciembre de 2015, obrante de Fojas 01140 a 01166 del Expediente; habiéndose emitido el concesorio de apelación por el Órgano Sancionador.

El administrado señor **Elescano Samaniego** alegó lo siguiente:

- (i) Que, no ha incumplido sus deberes ya que realizó los procesos conforme a la necesidad de la entidad, menos aún se ha probado que haya realizado algún acto prohibido por Ley en favor del Contratista Ganador.
- (ii) Por lo que se ha debido tener presente que el error cometido por el administrado se ha debido a su inexperiencia y desconocimiento del contenido del Comunicado N° 002-2009-OSCE-PRE en dicha época (2011), año en el que había sido designado recientemente como Jefe de la Unidad de Logística.
- (iii) En ese sentido, consideró que al haber realizado el estudio de mercado para obtener el valor referencial de los bienes en base a tres cotizaciones, cumplía con lo requerido por la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la LCE, ya que la norma refiere que se deben emplear como mínimo dos fuentes; por lo que procedió *en fraccionar* [Sic.] el valor referencial en base a dichos documentos, lo que mereció que se publicara el cuadro obrante en las bases.
- (iv) Que, prueba que su actuar no ha sido de mala fe sino basado en su inexperiencia, es el hecho que obra en autos la resolución con la que se le designó, la misma que data del año 2011, actuar que no fue corregido o modificado por los integrantes de los Comités Especiales de cada uno de los procesos en mención, pues bien conocido es que los miembros del Comité Especial tienen derecho a recibir el Expediente de Contratación debidamente aprobado, pero también, pueden realizar consultas acerca del contenido del Expediente de Contrataciones, realizar observaciones y sugerir modificaciones, actos que no se realizaron en el caso de autos.



TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por lo señalado, no ostentaban conocimientos especializados en la materia, lo cual les indujo a error y les hizo concluir que el proceso se realizaba conforme a la normativa, tratándose de una normativa de escaso conocimiento en las entidades públicas pequeñas como es el Hospital de Apoyo.







(v) En tal extremo, reconoce su responsabilidad por el error incurrido, más no así, por transgredir sus deberes éticos o realizar actos prohibidos por ley. Que incluso se tiene que el valor referencial, las Fuentes, así como las Bases, fueron aprobadas por el Administrador de la Entidad quien no observó defecto alguno en las mismas.

(vi) El Contrato materia de análisis se firmó dentro del plazo a que se hace mención en el Art. 148° del RLCE, ya que es de verse que la citada norma señala textualmente en su numeral 1 que *"Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes: 1. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida"*, siendo que la suscripción se realizó en dicho plazo, es decir, el día octavo; por lo que se encontraría dentro del plazo de ley, en atención al margen de discrecionalidad que concede la norma en mención.

Indica que no se podía suscribir el Contrato dentro del plazo antes citado, porque transgredía no solo la Ley de Contrataciones del Estado pues la norma refiere expresamente que ello será dentro del término de 5 a 10 días, sino que vulneraría la Constitución ya que por un lado se transgrediría el Art. 51° que señala que las normas de mayor jerarquía se deben prevalecer sobre las normas de inferior jerarquía y así también, se transgrediría el numeral 24 del Art. 2° de nuestra Carta Magna, pues el mismo refiere que *"Toda persona tiene derecho: 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad"*, ya que de aplicar el criterio de la resolución apelada, se debería entender que las Bases de un Proceso, se encuentran por encima de lo establecido en su propia Ley y Reglamento, supuesto que incluso para el Órgano Sancionador lo hace culpable de haber beneficiado al postor ganador, ello sin haberse demostrado su responsabilidad judicialmente, ya que es de verse que ello se encuentra aún en trámite por ante el Primer Despacho de Investigación de la Segunda Fiscalía Provincial Penal, conforme al Caso N° 1308-2012, del cual adjunta copias.



TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

(vii) Se incurre en error al no valorar que si bien resultaba ser cierto que las entregas no se dieron en los plazos establecidos en el Contrato N° 004-2011-HSMSI, dicho incumplimiento no fue motivado por el Postor Ganador, sino por la Entidad, en tanto los trabajadores no habían acudido a tomarse las medidas, por lo que consultando directamente con el Postor, se le planteó la posibilidad de que se concediera un plazo adicional para que los trabajadores se tomaran las medidas, a fin de no perjudicar a los trabajadores otorgándoles uniformes talla L conforme lo estipulaban las bases, ya que ello les perjudicaría seriamente, por cuanto por ejemplo una persona talla M puede entallar su uniforme talla L y puede usarlo, sin embargo, no lo puede hacer de la misma forma una persona talla S, por cuanto se deformaría todo el modelo, menos aún lo podría hacer un trabajador talla XL o XXL, por cuanto no podría aumentarse más tela a la ropa, por lo que ante dicho pensamiento, totalmente lógico y ajustado a la realidad, peticionaron la ampliación del plazo, acción que de no haberse realizado, hubiera perjudicado no solo a los trabajadores, sino a la entidad pues como trabajadores deben demostrar una imagen impecable.

(viii) En tal sentido, mal hubieran hecho en aplicar penalidades al citado postor ganador, ya que de conformidad con lo dispuesto en el Art. 148° de la LCE, éstas se aplican al contratista por el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Siendo que en su caso si existía justificación para el incumplimiento del postor, y era la propia actitud de sus trabajadores, por lo que se consideró totalmente beneficioso para la entidad y trabajadores en especial permitir que la entrega se efectuara con posterioridad conforme los mismos se iban midiendo; decisión tomada en atención al Principio de Promoción del Desarrollo Humano, en el cual se señala que las Contrataciones con el Estado tienen por finalidad que no se deje de lado al hombre que es el beneficiario final de los procesos (en este caso, los trabajadores a quienes se les proveerían los uniformes); por lo que el proceso en mención y que ha sido materia de cuestionamiento, así como todo proceso, debe satisfacer las necesidades para las cuales ha sido convocado y en consecuencia, con ello cumplir las metas y los objetivos trazados; extremo que no se ha tenido en cuenta al momento de emitir resolución la recurrida.

Caso distinto hubiera sido que el administrado hubiera autorizado el pago de algún adelanto y no se hubiera realizado la entrega de los uniformes, o que hubiera realizado pagos por mayor cantidad de uniformes, sin embargo, es de verse que conforme los mismos les eran entregados, se autorizaban los pagos respectivos.

(ix) Que, observando que no existe dolo en su actuar, de conformidad con lo establecido en el Fundamento 20 del Expediente N° 2192-2004-AA/TC TUMBES solicita que no se le aplique sanción alguna, o caso contrario, de

[Handwritten signatures and initials on the left margin]



TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

considerar que tiene responsabilidad en los hechos imputados, como se ha manifestado únicamente por error o desconocimiento, solicita se realice un análisis minucioso del presente caso y de los expedientes de contratación en mención, ya que no se puede aplicar únicamente en forma rígida lo establecido en la ley, ya que es de verse que pese a nunca haber obtenido una sanción en procedimiento disciplinario alguno ni dentro de la entidad, se le sanciona con casi el máximo de la sanción y asimismo se haga sin previamente analizar todos los supuestos que nos ocupan. Es así que en el fundamento citado en la Sentencia del Tribunal Constitucional antes mencionada se ha establecido que "(...) en el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no trata solo de contemplar los hechos en abstracto, sino "en cada caso" y tomando en cuenta "los antecedentes del servidor". Por tanto, una decisión razonable en estos casos supone, cuando menos: a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto, b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la ley en este caso; c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso", actos que, señala, no se han realizado en el caso de autos.

- (x) Solicita se tenga presente que de conformidad con lo establecido en el Art. 139°, numeral 2 de la Constitución Política del Perú "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (...) 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimiento en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (...)", por lo que peticona se evalúe el apartarse de la presente investigación ya que la misma se encuentra siendo de conocimiento del Ministerio Público, conforme al Caso N° 1308-2012, en los seguidos contra el administrado y otros por Colusión Ilegal, ya que de aplicarse sanción en el presente procedimiento y en el proceso penal antes citado, nos encontraríamos ante un supuesto de dos sanciones por un mismo hecho, lo cual se encuentra prohibido por Ley.

COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL
17 OCT. 2016
NIMROD ENCISO GONZALEZ
C.P. 1981 - R.C. N° 144-2016-CG
JANABLA DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

V. CONSIDERANDO.

§ CONTROVERSIA

- 5.1 La controversia radica en determinar si se encuentra acreditado que el administrado señor **Elescano Samaniego** actuó parcializadamente en contra de los intereses del Estado, beneficiando ilegalmente al señor Gregorio Abraham Pretel Chiclote y al Consorcio Ica, integrado por este último y otra, (i) en la determinación del valor referencial en las Adjudicaciones de Menor Cuantía N°s. 001, 002 y 003-2011-HSMSI, (ii) en el procedimiento de suscripción del contrato derivado de la AMC N° 004-2011-HSMSI/CE, al permitir la suscripción del mismo fuera del plazo señalado en las bases; y, (iii) durante la ejecución del contrato derivado de la citada AMC N° 004-2011-HSMSI/CE al no haber efectuado el descuento por las penalidades incurridas por el monto de S/ 6 520,00.

§ De la determinación del valor referencial en base a una sola fuente

- 5.2 El Art. 5° del RLCE establece que "(...) Los funcionarios y servidores del órgano encargado de las contrataciones de la Entidad que, en razón de sus funciones intervienen directamente en alguna de las fases de contratación, deberán ser profesionales y/o técnicos debidamente certificados, debiendo reunir como mínimo los siguientes requisitos: 1. Capacitación técnica en contrataciones públicas o gestión logística en general, no menor a ochenta (80) horas lectivas; 2. Experiencia laboral en general, no menor a tres (3) años; 3. Experiencia laboral en materia de contrataciones públicas o en logística privada, no menor de un (1) año. (...)". (Subrayado nuestro).
- 5.3 El Art. 12° del RLCE señala que "Sobre la base de las especificaciones técnicas o términos de referencia definidos por el área usuaria, el órgano encargado de las contrataciones tiene la obligación de evaluar las posibilidades que ofrece el mercado para determinar lo siguiente: 1. El valor referencial; 2. La existencia de pluralidad de marcas y/o postores; (...). Para realizar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado, debe emplearse, como mínimo, dos (2) fuentes, pudiendo emplearse las siguientes: presupuestos y cotizaciones actualizados, los que deberán provenir de personas naturales o jurídicas que se dediquen a actividades materia de la convocatoria, incluyendo fabricantes, cuando corresponda; portales y/o páginas Web, catálogos, precios históricos, estructuras de costos, la información de procesos con buena pro consentida publicada en el SEACE, entre otros, según corresponda al objeto de la contratación y sus características particulares debiendo verificarse que la información obtenida en cada fuente corresponda a contrataciones iguales o similares a la requerida. En caso exista la imposibilidad de

"ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL"

17 OCT 2015

NIMICU ENRIQUE ORDÓÑEZ
C.P. 1804 - R. CNP 144-2013-CC
DIRECCIÓN DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

emplear más de una fuente, en el estudio deberá sustentarse dicha situación. (...)
(Subrayado nuestro).

5.4 El Estudio de Posibilidades que Ofrece el Mercado, en adelante EPOMS, es una obligación que le corresponde al órgano encargado de las contrataciones, en adelante OEC, sobre la base de las características definidas en el requerimiento elaborado por el área usuaria; por cuanto la finalidad de dicho estudio es que la Entidad determine las condiciones de mercado y tome conocimiento del monto calculado requerido para convocar el proceso de selección que le permita satisfacer la necesidad del área requerida.

5.5 El valor referencial es el monto determinado por el OEC sobre la base de un estudio de las posibilidades de precios y condiciones que ofrece el mercado, con el fin de establecer el tipo de proceso de selección correspondiente y gestionar la asignación de los recursos presupuestales necesarios, conforme a lo dispuesto en el Art. 27° de la LCE, en concordancia con el Art. 13° del RLCE.

Sobre la determinación del valor referencial, se debe tener en cuenta que éste es uno de los fines y resultados del EPOMS, que contribuye a cumplir las metas y objetivos de la Entidad cuando se apliquen los principios de eficacia, eficiencia y celeridad, lo que conllevará a conseguir el abastecimiento oportuno de las necesidades de la Entidad, maximizando el valor del dinero.

5.6 El valor referencial se debe determinar sobre dos fuentes como mínimo, pudiendo ser una de estas, las "Cotizaciones", las cuales son consultas y/o solicitudes de información que las Entidades públicas formulan a los diferentes proveedores del Estado. Las cotizaciones tienen como finalidad que los proveedores puedan indicar cuál es el monto al cual ascendería la contratación que la Entidad desea llevar a cabo³.

"El valor referencial cumple con varias funciones dentro de la contratación administrativa. En primer lugar, permite determinar los recursos necesarios para contratar, a través de la determinación de la disponibilidad presupuestal. En segundo lugar, sirve de base para la determinación y realización de proceso de selección para la entidad. Por otro lado, es un parámetro para determinar la validez de las propuestas (...)"⁴.

5.7 El Comunicado N° 002-2009-OSCE-PRE de marzo de 2009, publicado en el portal institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, señala que "(...) El resumen ejecutivo debe contener lo siguiente: a) Las fuentes empleadas a fin de determinar el valor referencial del procesos de selección,

"ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL"
17 OCT. 2013
NIVELADO
C.P. 18396-00001
PORTAL INSTITUCIONAL DEL OSE

³ http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/cap1_m3_prov.pdf

⁴ GUZMÁN NAPURÍ, Christian (2015) *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Primera Edición. Lima, Editorial Gaceta Jurídica. p. 241

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

debiéndose tener en cuenta que debe existir como mínimo dos (2) fuentes distintas. (...) Cabe señalar, que las cotizaciones, sin importar su número, constituyen una sola fuente. (...) (Subrayado nuestro).

5.8 De la revisión del Expediente PAS se advierte que en el Cuadro Comparativo de 27 de junio de 2011, obrante de Fojas 156 a 157, para determinar los valores referenciales en las AMC N° 001-2011-HSMSI "Contratación de zapatos para el personal asistencial" por el monto de S/ 38 265,00 (Caballeros S/ 18 705,00 y Damas S/ 19 560,00), N° 002-2011-HSMSI "Contratación de Abrigos de paño para damas" por el monto de S/ 34 230,00 y N° 003-2011-HSMSI "Contratación de terno de invierno para varones para el personal asistencial", por el monto de S/ 36 540,00, se utilizó como única fuente, "Cotizaciones", sobre la base de tres proformas presentadas por Comercial D'Pretell de Gregorio A. Pretel Chicote, Rubén Huamaní Cabrera y Analy Vera Caquiamarca; por lo que incumplió la normativa aplicable citada en el Fundamento 5.3.

5.9 No obstante incumplir con la normativa aplicable, el Cuadro Comparativo fue aprobado por el administrado **Elescano Samaniego** a quien mediante Resolución Directoral N° 019-2011-HSMSI/UPER de 1 de febrero de 2011, emitida por la Dirección Regional de Salud- Ica del Gobierno Regional de Ica, obrante de Fojas 0077 a 0078, se asignaron "las Funciones en la Jefatura de la Unidad de Logística, a partir de 01 de Febrero del 2011, al TAP Alejandro José, ELESCANO SAMANIEGO Cargo: Asistente Administrativo I Nivel: SPF: del Hospital Santa María del Socorro de Ica, (...)".

5.10 Conforme a lo establecido en el Reglamento de Organización y Funciones de la Entidad, aprobado por Resolución Ejecutiva Regional N° 0501-2004-GORE-ICA/PR de 26 de julio de 2004, obrante de Fojas 0246 a 0251, en adelante el ROF, son funciones de la Unidad de Logística de la cual el administrado **Elescano Samaniego** era Jefe: "**Inc. a) Lograr el abastecimiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras en la calidad, cantidad, oportunidad y lugar requerido por los usuarios internos y externos, para el funcionamiento del Hospital y el logro de los objetivos y metas establecidas. Inc. b) Establecer los mecanismos de supervisión del cumplimiento de los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. (...) Inc. g) Cumplir con la normatividad técnica y legal en el abastecimiento de bienes, prestación de servicios, equipamiento e infraestructura (...)**".

5.11 En consecuencia, este Colegiado aprecia que el administrado en su condición de Jefe de la Unidad de Logística aprobó el Cuadro Comparativo de 27 de junio de 2011, mediante el cual se aprobaron los valores referenciales de las AMCs N°s. 001-2011-HSMSI "Contratación de zapatos para el personal asistencial" por el monto de S/ 38 265,00 (Caballeros S/ 18 705,00 y Damas S/ 19 560,00), 002-2011-HSMSI "Contratación de Abrigos de paño para damas" por el monto de S/ 34

ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO FUENTE EN SOPORTE PAPEL
17 OCT. 2015
NIMROD ENCISO GONZALEZ
C.P. 15034 - P. C.M. 15034
ID: 10000101000000000000000000000000

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

230,00 y 003-2011-HSMSI "Contratación de terno de invierno para varones para el personal asistencial", por el monto de S/ 36 540,00, incumpliendo realizar el estudio de posibilidades que ofrece el mercado de acuerdo a la normativa aplicable; imposibilitando evaluar las posibilidades que ofrecía el mercado para determinar el valor referencial y la existencia de pluralidad de postores, conforme a lo establecido en el Art. 12° del RLCE, impidiendo a la Entidad obtener mejores precios y condiciones del mercado, debido a que la única cotización válida que sirvió para la determinación de los valores referenciales fue la presentada por Gregorio Abraham Pretel Chiclote, que constituye una sola fuente.

§ De la suscripción del contrato derivado de la AMC N° 004-2011-HSMSI/CE fuera del plazo señalado en las bases.

5.12 Al respecto, se aprecia del expediente que el administrado remite al Consorcio Ica, integrado por Gregorio Abraham Pretel Chiclote y Analy Verbelinda Vera Caquiamarca, el Documento S/N de 14 de setiembre de 2011, recibido en la misma fecha, por el que se le solicita se apersona a la "Unidad de Logística para la suscripción del Contrato el miércoles 21 de los corrientes (...)", indicándose que se debía presentar seis documentos, tales como: copia del D.N.I. del representante legal, ficha RUC, constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, Carta fianza de Garantía de fiel cumplimiento equivalente al 10%, esto es, S/ 6 520,00 nuevos soles, Contrato de Consorcio con firmas legalizadas de los consorciados, Código de cuenta interbancaria.

5.13 Con fecha 21 de setiembre de 2011, el citado Consorcio Ica presentó cinco de los seis documentos requeridos, toda vez que no presentó la carta fianza solicitada, presentando en su lugar la Carta N° 01-2011-CON-ICA de 20 de setiembre de 2011, obrante de Fojas 00112, por la que peticona la retención del 10% por el monto total adjudicado como garantía de fiel cumplimiento por encontrarse los postores consorciados registrados como Micro y Pequeñas Empresas.

Ante ello, el administrado mediante Carta S/N de 22 de setiembre de 2011, obrante de Fojas 0121, es decir, un día después de vencido el plazo para la suscripción del contrato, señaló al Consorcio que "se ha observado que los documentos presentados para la suscripción del contrato (...), no presentaba la carta fianza de garantía de seriedad de oferta", presenta una carta N° 2 donde pide retención del 10% REMYPE [Registro Nacional de Micro y Pequeña Empresa] de acuerdo al art.39° Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no procede dicha petición, está contemplada para bienes y suministros de entrega periódica, en este caso los uniformes de una sola entrega de acuerdo de [Sic] términos de referencia establecidas en las bases administrativas por que se le comunica que se hará efectivo el art. 148° del RLCE Plazos y Procedimientos para suscribir el contrato cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado perderá.

ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL

17 OCT. 2013

NIQUEL SANCINO GARDONZA
FOLIO 112 DE 112

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Automáticamente [Sic] la Buena Pro', sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable". (Subrayado nuestro)

5.14 En ese sentido, el Consorcio Ica mediante Carta N° 002-2011-CON-ICA de 26 de setiembre de 2011, obrante de Fojas 0122, remite al administrado (recibido el 27 de setiembre de 2011) la carta fianza de fiel cumplimiento, esto es, con fecha posterior a la fecha en que vencía el plazo para la suscripción del Contrato; no obstante lo cual, es aceptada por el administrado, visando a favor de dicho Consorcio, el Contrato N° 004-2011-HSMSI que fue suscrito el 27 de setiembre de 2011, obrante de Fojas 128 a 131, en el proceso de selección de AMC N° 004-2011-HSMSI "Adquisición de uniforme para damas para el personal asistencial", por el monto de S/ 65 200,00.

5.15 Al respecto, cabe indicar que si bien el Consorcio Ica se apersonó en el plazo de cinco días estipulado en las Bases, aquél no lo hizo con toda la documentación requerida, lo que imposibilitó que el Contrato sea suscrito en el plazo establecido en las Bases Integradas.

5.16 Las Bases del Proceso, en su numeral 2.7 del Capítulo II: Del proceso de selección, Sección Específica: Condiciones Especiales del Proceso de Selección, obrante a Fojas 00993 establece que *"El postor ganador de la buena pro deberá presentar toda la documentación requerida para la suscripción del contrato en el plazo de 05 días hábiles (...)".* (Resaltado nuestro)

5.17 El Art. 148° numeral 1) del RLCE establecía lo siguiente, vigente al momento que se produjeron los hechos: "Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes: 1. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida. 2. Cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. (...) (Subrayado y resaltado nuestro)

5.18 De acuerdo a lo señalado en los Fundamentos 5.12 a 5.17, se tiene que el administrado solicitó al postor ganador presentarse a la Entidad para la suscripción del contrato con toda la documentación requerida, el 21 de setiembre de 2011; y, no obstante que en el segundo párrafo de su Carta S/N de 22 de setiembre de 2011, señaló al Consorcio Ica que *correspondía aplicar lo*

[Handwritten signatures and initials on the left margin]

ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO FUENTE EN SOPORTE PAPEL
17 JUL. 2013
INFORMACIÓN: 011 426 2012-13
MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS
LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

dispuesto en el Art. 148° del RLCE, en el extremo que perdería automáticamente la Buena Pro, al no haberse presentado en el plazo otorgado, con los documentos requeridos para la suscripción del contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable; sin embargo, viabilizó que el contrató se suscriba con posterioridad a la fecha estipulada en las Bases Administrativas. Evidenciándose así la actuación parcializada del administrado a favor del postor adjudicado a quien se le favoreció indebida e ilegalmente no obstante incumplir con lo dispuesto por el citado artículo del RLCE en hacer efectiva la pérdida automática de la Buena Pro y por ende, la correspondiente sanción administrativa.

- 5.19 Por los fundamentos expuestos, este Colegiado concluye que el administrado viabilizó la suscripción del Contrato N° 004-2011-HSMSI de 27 de setiembre de 2011, en el proceso de selección de AMC 004-2011-HSMSI "Adquisición de uniforme para damas para el personal asistencial", derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2011-HSMSI/CE, por el monto de S/ 65 200,00, a favor del Consorcio Ica, integrado por el proveedor Gregorio Abraham Pretel Chiclote y otra, el mismo que visó después de cuatro (4) días de haberse vencido el plazo pactado para la suscripción, beneficiando indebida e ilegalmente al postor adjudicado con la buena pro y con la no imposición de sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, por no presentarse con la documentación requerida a suscribir el contrato, incumpliendo las Bases Administrativas y el numeral 1) del Art. 148° del RLCE.

§ De la no aplicación de penalidad por mora por el incumplimiento de la prestación en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 004-2011-HSMSI

- 5.20 Respecto a este extremo, se aprecia de lo actuado que el Consorcio Ica, integrado por Gregorio Abraham Pretel Chiclote y Analy Verbelinda Vera Caquiamarca, mediante Carta N° 005-2011 de 07 de noviembre de 2011, obrante de Fojas 0141, solicita al Director Ejecutivo de la Entidad, recibida el 09 de setiembre de 2011, se le "conceda la prórroga de veinte (20) días calendarios a fin de dar cumplimiento al Contrato de Menor Cuantía N° 004-2011-HSMSI; que en vista que los trabajadores de su institución no sean apersonado a realizar la toma de medidas para la confección de sus uniformes y quedando un saldo de un quince por ciento (15%) para completar al 100% del contrato por la cual estaré entregando el 85% quedando el saldo hasta que los trabajadores pendientes se tomen las medidas para la confección de sus uniformes, ya que hasta la fecha no colaboran con apersonarse al local indicado (...)".

- 5.21 Asimismo, de la revisión del Expediente PAS, se tiene que la entrega de uniformes materia de la referida AMC N° 004-2011-HSMSI "Adquisición de uniforme de invierno para damas para el personal asistencial", derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2011-HSMSI/CE, por el monto de S/ 65 200,00, no se efectuó en la oportunidad citada en las Bases, no obstante, el Contratista realizó la

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De acuerdo a los términos contractuales, el contratista tenía hasta el 9 de noviembre de 2011, como plazo máximo para la entrega de los uniformes, sin embargo, ésta se efectuó de manera extemporánea y en tres (3) oportunidades.

5.26 El Art. 165° del RLCE establece que *"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. (...)"*.

5.27 Al respecto, cabe señalar que el plazo de ejecución de la prestación, según el contrato, se extendía del 28 de setiembre al 09 de noviembre de 2011, que incluía la toma de medidas y prueba del uniforme; sin embargo, el administrado autorizó el pago de la entrega extemporánea de los uniformes, la cual fue además en tres (3) oportunidades, esto es, el 19 de noviembre de 2011 (primera entrega: 78 ternos, saco y pantalón, y 112 blusas), 9 de diciembre de 2011 (segunda entrega: 65 ternos y 31 blusas) y el 23 de enero de 2012 (tercera entrega: 20 uniformes), conforme a lo indicado en el Fundamento 5.21.

Asimismo, se tiene que mediante Carta N° 01-2011-CONSORCIO ICA de 15 de diciembre de 2011, obrante de fojas 0142 a 0143, solo ocho (8) trabajadores no acudieron a la toma de medidas hasta ese entonces, siendo que solo se entregó 143 ternos hasta dicha fecha.

5.28 De lo antes señalado se advierte, que fue solo un grupo reducido de trabajadores, ocho (8), el que no acudió a la toma de medidas en el plazo estipulado en el Contrato, no justificaba conceder un plazo adicional, más aún cuando en las Bases, aludido en el Fundamento 5.24, se estipulaba que el contratista quedaba autorizado a confeccionar el uniforme en talla Large (L) en caso el personal no se presentara a la toma de medidas dentro del plazo programado.

5.29 De otro lado, el administrado alega que su actuación fue concordante con el principio de Promoción del Desarrollo Humano, siendo el caso que la LCE preceptúa que la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, de conformidad con los estándares universalmente aceptados sobre la materia⁵.

Por desarrollo humano debemos entender el fenómeno por el cual los estándares de vida de la población se elevan a fin de alcanzar un nivel adecuado de bienestar económico y social⁶. Desde un punto de vista económico, al Estado le corresponde promover dicho desarrollo humano a través del fomento de la actividad privada, la



⁵ Art° 4°, inciso a) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

⁶ Pronunciamiento N° 039-2010/DTN.

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

inversión pública subsidiaria y la protección a los derechos fundamentales de las personas, en el marco de una economía social de mercado, conforme lo establecido por la norma constitucional⁷.

Sobre el particular, el PNUD define al desarrollo humano como "un proceso de expansión de las libertades reales de que disfrutaban los individuos y que se traduce en la libertad general que deberán tener los individuos para vivir como les gustaría"⁸. El proceso en mención implica la búsqueda de la ampliación de "las oportunidades para las personas, aumentando sus derechos y capacidades. Este proceso incluye varios aspectos de la interacción humana como la participación, la equidad de género, la seguridad, la sostenibilidad, las garantías de los derechos humanos y otros que son reconocidos por la gente como necesarias para ser creativos y vivir en paz"⁹.

"Desde la perspectiva del PNUD se entiende que el desarrollo humano "significa mucho más que el crecimiento del ingreso nacional per cápita, el cual constituye solamente uno de sus medios para ampliar las opciones de las personas". En principio, las oportunidades del ser humano pueden ser infinitas y cambiar con el tiempo. Sin embargo, las tres más esenciales y comunes a efectos del desarrollo humano, y medidas por el índice de Desarrollo Humano (IDH), son: i) una vida longeva y sana; ii) el conocimiento; y iii) un nivel de vida decente".¹⁰

En opinión de *Retamozo Linares*¹¹, la atención eficiente del interés general se asocia a la calidad, lo que supone que en la evaluación se debe privilegiar este factor.

Por lo expuesto, se entiende que toda contratación administrativa realizada de manera deficiente perjudica dicho desarrollo humano.

- 5.30 En tal sentido, respaldar la conducta negligente de ocho (8) trabajadores para la toma de medidas de los uniformes, aunado a que el Consorcio Ica entregó los mismos fuera del plazo señalado en el Contrato y en tres oportunidades, no está relacionado con el principio de Promoción del Desarrollo Humano, alegado por el administrado en el Fundamento 2.5, literal (viii), de la presente Resolución, por cuanto dicho principio está enfocado a establecer que la contratación pública debe coadyuvar al desarrollo humano en el ámbito nacional, inclusive al interés general¹².

⁷ Citado por GUZMAN NAPURÍ, Christian. Ob. Cit. p. 60. "Constitución de 1993: Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura".

⁸ RETAMOZO LINARES, Alberto (2014) *Manual de Preguntas y Respuestas de la Ley de Contrataciones del Estado*. Primera Edición. Lima. Editorial Gaceta Jurídica. p. 41.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*., p. 41

¹¹ *Ibidem*., p. 43

¹² *Ibidem*., p. 42

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

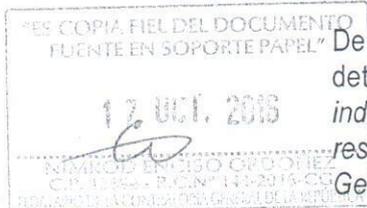
5.31 Por las consideraciones expuestas, este Colegiado concluye que el administrado a través de su Informe N° 86-2011-GORE-ICA-DRSA-HSMSI-U.LOG de 22 de diciembre de 2011 y Memorando N° 83-2012-HSMSI/U.LOG de 30 de enero de 2012, dirigidos al Jefe de la Unidad Económica de la Entidad, dispuso el pago total de S/ 65 200,00, correspondiente a la AMC N° 004-2011-HSMSI/CE, sin aplicar al Contratista la penalidad por mora por incumplimiento de sus obligaciones, ascendente al 10%, esto es el importe de S/ 6 520,00, incumpliendo lo establecido en el Art. 165° del RLCE, al haber entregado los uniformes materia del contrato de manera extemporánea, con atrasos de hasta 75 días calendario, perjudicando económicamente a la Entidad y por ende al Estado, por la suma de S/ 6 520,00.

Por ello se evidencia actuación parcializada al viabilizar la cancelación total del monto contratado, sin hacerse cobro de la penalidad que correspondía, tal como se evidencia de los comprobantes de pago Nos. 2489 y 2490 de 28 de diciembre de 2011, respectivamente, y 145 de 30 de enero de 2012, perjudicando económicamente a la Entidad y por ende al Estado.

§ **El principio de tipicidad como garantía del debido procedimiento.**

5.32 Conforme ha señalado este Tribunal, en los Fundamentos 5.6 y 5.7 de la Resolución N° 022-2016-CG/TSRA de 8 de febrero de 2016, acorde al principio de tipicidad, entre otros, se debe cumplir con: "(ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; (iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de supuestos descritos como ilícitos"¹³. Asimismo, en el Fundamento 6.28 de la Resolución N° 023-2014-CG/TSRA este Tribunal precisó que "el mandato de tipificación (...) no sólo se impone al legislador cuando redacta el ilícito, sino también a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes"¹⁴, concretándose el margen discrecional en asuntos sancionadores de la Administración a los supuestos previamente descritos en la norma que prevé la sanción".

De otro lado, el Tribunal se ha pronunciado en resoluciones anteriores, determinando que "el perjuicio a los intereses del Estado constituye un factor indispensable para determinar que la conducta atribuida al administrado configura responsabilidad administrativa funcional pasible de sanción por parte la Contraloría General de la República"¹⁵; siendo incluso que la ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado constituye un supuesto eximente de



¹³ MORÓN URBINA, Juan Carlos (2014) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima Edición. Lima, Gaceta Jurídica. p. 766.

¹⁴ *Ibidem*. p. 767.

¹⁵ Fundamento 6.4 de la Resolución N° 006-2013-CG/TSRA y Fundamento 6.4 de la Resolución N° 023-2014-CG/TSRA, publicadas en el Portal de la Contraloría General de la República: www.contraloria.gob.pe

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

responsabilidad administrativa funcional contemplado por literal d) del Art. 18° del Reglamento de la Ley N° 29622¹⁶.

En ese sentido, el efecto del perjuicio al Estado *“queda incorporado como elemento necesario para establecer la responsabilidad administrativa funcional en todas las infracciones previstas en el Art. 46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, y en los Arts. 6° al 9° de su Reglamento y no solo en aquellas en las que aparece explícitamente como elemento constitutivo o agravante de sanción, [por lo cual] debe ser cuantificado o descrito en su dimensión y debidamente acreditado en cada caso para la determinación de responsabilidad administrativa funcional y consiguiente imposición de sanción”*¹⁷.

5.33 En el caso materia de análisis, la infracción imputada al administrado se encuentra tipificada en el Inc. h) del Art. 7° del Reglamento de la Ley N° 29622, con el siguiente tenor: *“Actuar parcializadamente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero”*.

5.34 En tal sentido, corresponde a este Colegiado determinar si en este caso concreto se ha respetado el Principio de Tipicidad y si se ha configurado la infracción prevista en el Inc. h) del Art. 7° del Reglamento de la Ley N° 29622, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM, por la cual fue sancionado el administrado señor **Elescano Samaniego** en el presente procedimiento administrativo sancionador, al haber actuado parcializadamente en contra de los intereses del Estado, beneficiando ilegalmente al señor Gregorio Abraham Pretel Chicote, en la determinación del valor referencial en las AMC N°s 001, 002 y 003-2011-HSMSI, así como al Consorcio Ica, en el procedimiento de suscripción del contrato derivado de la AMC N° 004-2011-HSMSI/CE, al permitir la suscripción del mismo fuera del plazo señalado en las bases y durante la ejecución del contrato al no haber efectuado el descuento por las penalidades incurridas en el monto de S/ 6 520,00.

5.35 En cuanto a la **actuación parcializada** en las contrataciones del Estado, corresponde señalar de manera previa que el Art. 76° de la Constitución Política del Perú¹⁸ establece la obligatoriedad de contrata o licitación pública para la ejecución

¹⁶ Reglamento de la Ley N° 29622, aprobado por Decreto Supremo N° 023-2011-PCM
“Art. 18°.- Eximentes de responsabilidad

Son supuestos eximentes de responsabilidad administrativa funcional, los siguientes:

(...)

a) La ausencia de una consecuencia perjudicial para los intereses del Estado.

(...)”.

¹⁷ Fundamento 6.5 de la Resolución N° 023-2014-CG/TSRA publicada en el portal institucional de la Contraloría: www.contraloria.gob.pe.

¹⁸ Constitución Política del Perú
Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

de obras, la adquisición de suministros así como la adquisición o enajenación de bienes con utilización de fondos o recursos públicos, como principio rector en materia de contrataciones del Estado.

Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC¹⁹, el Tribunal Constitucional, en adelante el TC, interpreta el citado artículo y precisa que su función constitucional es “[...] *garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos*”. (Subrayado nuestro)

Sobre esto último, el TC precisa que: “*resulta claro que la finalidad de eficiencia y transparencia en las adquisiciones puede conseguirse de mejor modo mediante procesos de selección como los establecidos por el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues la serie de etapas que presenta (convocatoria, apertura de propuestas técnicas y económicas, y adjudicación de la buena pro, las cuales son supervisadas por un comité especial encargado de llevar a cabo el proceso y sobre el cual descansa la responsabilidad del mismo), garantizan, en cierto modo, la imparcialidad frente a los postores y la mejor decisión a favor del uso de recursos públicos*”.²⁰ (Subrayado nuestro)

Por su parte, el Principio de Imparcialidad en las Contrataciones del Estado es recogido en el Inc. d) del Art. 4° de la LCE:

“Artículo 4°.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

d) *Principio de Imparcialidad: Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas.*

“Art. 76°.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.

¹⁹ Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27635.

²⁰ Sentencia recaída en el Expediente N° 020-2003-AI/TC, Fundamento 14.

“ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO FUENTE EN SOPORTE PAPEL”
17 JUL. 2013
DIPARTAMENTO DE ARCHIVO Y COMUNICACIÓN
CALLE ALFONSO OCHOA 144 - PUNTO VERDE
LIMA - PERÚ

[Handwritten signatures and initials]

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

(...)" (Subrayado nuestro)

A partir de estas consideraciones, se desprende que las decisiones adoptadas en los procesos de selección que se aparten de criterios técnicos y objetivos, en clara inaplicación de las normas previstas en la LCE y en el RLCE, constituyen *a priori* una vulneración al Principio de Imparcialidad, pues contravienen las finalidades constitucionales de eficiencia y transparencia en las contrataciones del Estado, en los términos acogidos en la interpretación del TC antes reseñada. La imparcialidad es una cualidad de la autoridad para actuar objetivamente frente a la parte de un procedimiento. Este concepto no depende de la existencia de una pluralidad de partes, sino que basta que exista una parte para su configuración, donde la autoridad pierde objetividad y vincula el interés del proceso con el interés de esa parte, incumpliendo los deberes legales de la imparcialidad. La imparcialidad puede subdividirse en la *imparcialidad* propiamente dicha (ser ajeno a la parte o partes del proceso) y la *imparcialidad* (ser ajeno al objeto u objetos pretendidos en el proceso).

Bajo ese contexto, para establecer si una conducta está inmersa en la infracción contenida en el **Inc. h) del Art. 7 del Reglamento de la Ley N° 29622**, se debe identificar si la actuación del administrado contraviene los intereses del Estado y si esta actuación generó un beneficio ilegal; toda vez que estos representan los elementos constitutivos de la infracción objeto de imputación en el presente procedimiento; por lo que es de vital importancia verificar su concurrencia para determinar si la conducta atribuida es pasible de responsabilidad administrativa funcional, bajo la potestad sancionadora de la CGR.

Sobre el particular, como se ha mencionado en anterior oportunidad en el Fundamento 5.9 de la Resolución N° 011-2014-CG/TSRA²¹, el Tribunal señaló que para establecer si una conducta corresponde a la infracción contenida en el Inc. h) del Art. 7° del Reglamento de la Ley N° 29622 "*se debe partir por identificar una **actuación parcializada**, entendida como aquella que infringe el Principio de Imparcialidad, regulado en la LCE (...) al favorecer en forma indebida las pretensiones o intereses de una persona natural o jurídica involucrada en la operación, en contravención a las normas jurídicas y criterios técnicos aplicables al proceso de selección de que se trate. No interesa, para tal tipificación, la presencia singular o plural del o los postores o partícipes*".

En el caso del administrado **Elescano Samaniego**, en su condición de Jefe de la Unidad de Logística, se tiene que aprobó los expedientes de contratación de las AMC N° 001-2011-HSMSI "Contratación de zapatos para el personal asistencial" por el monto de S/ 38 265,00 (Caballeros S/ 18 705,00 y Damas S/ 19 560,00), N° 002-2011-HSMSI "Contratación de Abrigos de paño para damas" por el monto de S/

²¹ Resolución publicada en el Portal Institucional de la Contraloría General de la República (www.contraloria.gob.pe).

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

34 230,00 y N° 003-2011-HSMSI "Contratación de terno de invierno para varones para el personal asistencial", por el monto de S/ 36 540,00, determinándose los valores referenciales sobre el Cuadro Comparativo a que se hizo mención en Fundamento 5.8, siendo que se consignó como única fuente, a las "Cotizaciones", en lugar de emplear como mínimo dos fuentes, vulnerándose lo dispuesto en el Art. 12° del RLCE aludido en el Fundamento 5.3 y en el Art. 148° del RLCE citado en el Fundamento 5.17.

Asimismo, el administrado viabilizó la suscripción del Contrato N° 004-2011-HSMSI de 27 de setiembre de 2011, en el proceso de selección de AMC N° 004-2011-HSMSI "Adquisición de uniforme para damas para el personal asistencial", por el monto de S/ 65 200,00, derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 001-2011-HSMSI/CE, a favor del Consorcio Ica, integrado por el proveedor Gregorio Abraham Pretel Chiclote, no obstante, haberse vencido el plazo pactado para la suscripción, beneficiando indebida e ilegalmente al postor adjudicado con la buena pro y con la no imposición de sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, por no presentarse con la documentación requerida a suscribir el contrato, incumpliendo las Bases Administrativas y el numeral 1) del Art. 148° del RLCE.

También, el administrado a través de su Informe N° 86-2011-GORE-ICA-DRSA-HSMSI-U.LOG de 22 de diciembre de 2011 y Memorando N° 83-2012-HSMSI/U.LOG de 30 de enero de 2012, dirigidos al Jefe de la Unidad Económica de la Entidad, dispuso el pago total de S/ 65 200,00, correspondiente a la mencionada AMC N° 004-2011-HSMSI/CE, sin aplicar al Contratista la penalidad por mora por incumplimiento de sus obligaciones, ascendente al 10%, esto es el importe de S/ 6 520,00, vulnerándose lo establecido en las Bases Administrativas y en el Art. 165° del RLCE, mencionado en el Fundamento 5.26, al haber entregado los uniformes materia del contrato de manera extemporánea.

Entonces, la actuación del administrado **Elescano Samaniego** vulneró el Principio de Imparcialidad, las disposiciones del Art. 27° de la LCE, los Arts. 12°, 148° y 165° del RLCE, lo establecido en las bases administrativas del Proceso de Selección, sección específica "Condiciones Especiales del Proceso de Selección", Capítulo II, numeral 2.7 y Capítulo III, numeral 2, y en consecuencia el deber de neutralidad establecido en el Art. 6°, numerales 2, 3 y 4, Art. 7° numerales 1 y 6, Art. 8°, numeral 2, de la Ley N° 27815, Ley del Código de Ética de la Función Pública, que regulan los principios de Probidad, Eficiencia e Idoneidad de la función pública, así como el deber de neutralidad y responsabilidad, y la prohibición de todo funcionario de obtener ventajas indebidas; el Art. IV, numerales 1 y 6, Art. 2, literal d), el Art. 16, literales a) y c) de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, que regulan los principios que rigen el empleo público, como son el de legalidad así como el de probidad y ética pública, los deberes generales del empleado público y las obligaciones de todo empleado; asimismo, se transgredió los principios que rigen la contratación pública como

"ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL"

17 OCT. 2016

NIMROD ESCOBAR OCHOA
C.P. 18093 - T.C.N. 144-2016-05
DIRECCIÓN DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Moralidad²², Libre Concurrencia y Competencia²³, Imparcialidad²⁴, Eficiencia²⁵ y Trato Justo e Igualitario²⁶.

5.36 Estando a lo señalado en el Fundamento 5.35, se verifica que el administrado con su actuación parcializada ha **beneficiado** de manera **ilegal** al postor Gregorio Abraham Pretel Chiclote y al Consorcio Ica, integrado por este último y otra, en la determinación del valor referencial sobre una sola fuente, en las Adjudicaciones de Menor Cuantía N°s. 001, 002 y 003-2011-HSMSI, así como por viabilizar las suscripción extemporánea del contrato derivado de la AMC N° 004-2011-HSMSI/CE con el Consorcio Ica y por la no aplicación de penalidad por mora por el incumplimiento de la obligación del postor ganador, respecto de la citada AMC N° 004-2011-HSMSI/CE.

5.37 En ese orden de ideas, el administrado **Elescano Samaniego** incumplió sus obligaciones funcionales, contenidas en los literales a), b) y g) del Art. 20° del ROF de la Entidad, esto es, "**Inc. a) Lograr el abastecimiento de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras en la calidad, cantidad, oportunidad y lugar requerido por los usuarios internos y externos, para el funcionamiento del Hospital y el logro de los objetivos y metas establecidas. Inc. b) Establecer los mecanismos de supervisión del cumplimiento de los contratos de adquisición de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras. (...) Inc. g) Cumplir con la normatividad técnica y legal en el abastecimiento de bienes, prestación de servicios, equipamiento e infraestructura**".

Asimismo, conforme a lo establecido en las Bases Administrativas del Proceso de Selección, contenido en el numeral 2.7 del Capítulo II: Del proceso de selección y en el numeral 2) del Capítulo III: Requerimientos Técnicos Mínimos, ambos de la Sección Específica: Condiciones Especiales del Proceso de Selección, referidos en los Fundamentos 5.16 y 5.24.

²² *Principio de Moralidad:* Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad. (Art. 4°, inciso b, del D. Leg. 1017)

²³ *Principio de Libre Concurrencia y Competencia:* En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores. (Art. 4°, inciso c, del D. Leg. 1017)

²⁴ *Principio de Imparcialidad:* Los acuerdos y resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas. (Art. 4°, inciso d, del D. Leg. 1017)

²⁵ *Principio de Eficiencia:* Las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y plazos de ejecución y entrega y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles. Las contrataciones deben observar criterios de celeridad, economía y eficacia. (Art. 4°, inciso f, del D. Leg. 1017)

²⁶ *Principio de Trato Justo e Igualitario:* Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas. (Art. 4°, inciso k, del D. Leg. 1017)

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Dicha conducta del administrado **Elescano Samaniego** resulta manifiestamente contraria a la normativa de contrataciones.

- 5.38 En consecuencia, se verifica que la conducta desplegada por el administrado señor **Alejandro José Elescano Samaniego** se encuadra en la infracción descrita y especificada como "muy grave" en el Inc. h) del Art. 7° del Reglamento de la Ley N° 29622, resultando acorde al principio de tipicidad

§ **De la presunta vulneración al Principio *Non Bis In Idem***

- 5.39 El administrado alega que los hechos materia del presente PAS se encuentran en etapa de investigación ante el Primer Despacho de la Segunda Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Ica, por haberse evidenciado indicios razonables de la presunta comisión del delito de Colusión Ilegal, sustentando su dicho en el documento obrante de Fojas 01156 a 01159, al favorecer a ganador de la buena pro, en diversos procesos de selección, entre los cuales figuran las AMC 001, 002 y 003-2011-HSMSI y de la AMC 004-2011-HSMSI/CE derivada de la ADS 001-2011-HSMSI/CE, por lo que solicita el apartamiento de la investigación en el procedimiento administrativo sancionador, al amparo de lo dispuesto en el Art. 139°, numeral 2) de la Constitución Política del Perú. En tal sentido, corresponde a este Colegiado establecer si el Principio *Non Bis In Idem* en materia penal se vulneró por la instauración y desarrollo de un PAS a cargo de los órganos competentes de la CGR.

- 5.40 El principio *Non Bis In Idem*, recogido por el Inc.10) del Art. 230° de la Ley N° 27444²⁷ y conforme ha sido desarrollado por este Colegiado en el Fundamento 4.3 de la Resolución N° 007-2013-CG/TSRA²⁸, se define como el "**principio general del Derecho que, en base a los principios de proporcionalidad y cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procedimientos, sea en uno o más órdenes sancionadores, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamentos y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración**".

- 5.41 En cuanto a los supuestos de procedencia del citado principio, se han identificado los siguientes:

(27) Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
"Art. 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
(...)

10. *Non bis in idem*.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.
(...)"

(28) Resolución N° 007-2013-CG/TSRA publicada en el Portal Institucional de la Contraloría General de la República.

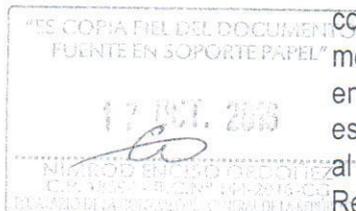
TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

- (i) La identidad subjetiva o de persona (*aedem personae*), consiste en que ambas pretensiones punitivas sean ejercidas contra el mismo administrado, independientemente de cómo cada una de ellas valore su participación o forma de culpabilidad imputable.
- (ii) La identidad de hecho u objetiva (*aedem rea*) consistente en que el hecho o conducta incurridas por el administrado debe ser la misma en ambas pretensiones punitivas, sin importar la calificación jurídica que las normas les asignen o el presupuesto de hecho de las normas que las contengan.
- (iii) La identidad causal o de fundamento (*aedem causa petendi*) consiste en la identidad en ambas imputaciones, esto es, que exista superposición exacta entre los bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persigue resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición²⁹.

5.42 Con relación a la identidad subjetiva y objetiva en el presente PAS, este Tribunal señala que existe identidad de hechos entre aquellos que son objeto del acto de investigación ante el Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria de Ica en el Expediente N° 02526-2013-32-1401-JR-PE-04 y los hechos imputados en el presente PAS.

5.43 Estando a lo expuesto, este Tribunal debe determinar si en el presente caso existe identidad de fundamento con respecto al extremo de la imputación sobre la cual se determinó la identidad de hechos señalados en la presente Resolución.

5.44 Sin perjuicio de lo dispuesto por el Art. 243.2° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y de lo establecido en el Art. 11° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, sobre la autonomía de las responsabilidades penal y administrativa, este Colegiado advierte que las investigación penal seguida contra el administrado **Alejandro José Elescano Samaniego**, está referida a la presunta comisión de los delitos de Colusión Ilegal y Malversación de Fondos, los cuales denotan un contenido de injusto diferente a la conducta infractora tipificada en el Inc. b) del Art. 46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, descrita y especificada como infracción muy grave en el Inc. h) del Art. 7° de su Reglamento. Así, mientras la colusión denota una estructura bilateral (acuerdo colusorio) y la malversación de fondos una afectación al principio de legalidad presupuestal, la falta descrita en el Inc. h) del Art. 7 del Reglamento de la Ley N°29622 denota un comportamiento unilateral y afecta principios como la transparencia, eficiencia e imparcialidad en un proceso de contratación estatal.



(29) MORÓN URBINA. Ob. Cit. pp. 788-789.

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por tanto, este Colegiado considera que el inicio del PAS por parte del Órgano Instructor Sede Central para el administrado no vulneró el Principio *Non Bis In Idem* al existir distinto fundamento en comparación con la investigación penal que se les sigue.

§ **De la graduación de las sanciones**

 5.45 Sobre esta materia, como se precisó en el Fundamento 5.32 de la Resolución N° 005-2014-CG/TSRA, *“los criterios para la graduación de las sanciones están claramente establecidos entre las normas comunes del procedimiento sancionador, determinadas en el Art. 48° de la Ley N° 27785 y desarrollados en la Directiva N° 008-2011-CG-GDES, las cuales establecen reglas que respetan los límites dispuestos para la sanción de cada infracción, según sea el caso, las mismas que serán aplicadas al caso concreto por el órgano competente en cuanto corresponda y su oportunidad. En ese sentido, un principio básico inserto en ello, como una garantía constitucional de la administración de justicia, en este caso de la justicia administrativa, es que el derecho sancionador debe ser siempre razonable y proporcional en sus consecuencias”.*



 5.46 Como ha sido desarrollado por este Colegiado en los Fundamentos 4.24 al 4.28 de la Resolución N° 004-2013-CG/TSRA, el Principio de Proporcionalidad, previsto en el Art. 200° de la Constitución como criterio que debe examinar el juzgador al momento de pronunciarse, constituye una exigencia extensiva a toda intervención estatal que pudiera tener efectos sobre los derechos fundamentales que, a su vez, requiere la satisfacción de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

5.47 Los criterios para la graduación de las sanciones están claramente establecidos entre las normas comunes del procedimiento sancionador, determinadas en el Art. 48° de la Ley N° 27785 y desarrollados en la Directiva N° 008-2011-CG-GDES “Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional”, aprobada mediante Resolución de Contraloría N° 333-2011-CG, con que se inició el presente PAS y en la Directiva N° 010-2016-CG/GPROD “Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional”, aprobada por Resolución de Contraloría N° 129-2016-CG, actualmente vigente, las cuales establecen reglas que respetan los límites dispuestos para la sanción de cada infracción, según sea el caso, las mismas que serán aplicadas al caso concreto por el órgano competente en cuanto corresponda y en su oportunidad. En ese sentido, un principio básico inserto en ello, como una garantía constitucional de la administración de justicia, en este caso de la justicia administrativa, es que el derecho sancionador debe ser siempre razonable y proporcional en sus consecuencias.

“ES COPIA FIEL DEL DOCUMENTO
FUENTE EN SOPORTE PAPEL”
17 OCT. 2016
NIVARDO ENCISO ORDOÑEZ
C.P. 78291 - R.E. N° 144-2016-CG
FEDATARIO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

5.48 El Tribunal se ha pronunciado en los Fundamentos 4.23 al 4.36 de la Resolución N° 004-2013-CG/TSRA de 2 de julio del 2013, emitida en el Expediente N° 002-2012-CG/INSN y publicada en el portal de la CGR, manifestando que el principio de proporcionalidad tiene como finalidad medir la calidad o la cantidad de dos elementos jurídicos o de relevancia jurídica en forma comparativa entre sí, de modo que no haya un exceso de volumen, de significación o de cuantía entre uno y otro elemento sometido a comparación, a partir de las consideraciones que se hacen en relación con cada tiempo y lugar³⁰.

5.49 Desde esta perspectiva, como ha sido desarrollado por el Tribunal en el numeral 4.25 de la Resolución N° 004-2013-CG/TSRA antes referida, se constituye en una exigencia extensiva a toda intervención estatal que pudiera tener efectos sobre los derechos fundamentales que, a su vez, requiere la satisfacción de los siguientes sub principios:

- El **sub principio de idoneidad**, según el cual la intervención debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo.
- El **sub principio de necesidad**, de acuerdo con el cual la intervención debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto.
- El **sub principio de proporcionalidad** en sentido estricto, para el cual la importancia de los objetivos perseguidos por la intervención debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido³¹.

5.50 Estos mismos criterios han sido reiteradamente adoptados por el Tribunal Constitucional, al aplicar el denominado test de proporcionalidad en casos de conflicto entre intervenciones estatales y derechos fundamentales³².

El principio de proporcionalidad, al igual que el principio de razonabilidad, se encuentra previsto en el Art. 200° de la Constitución como criterio que debe examinar el juzgador al momento de pronunciarse sobre las demandas de amparo y de hábeas corpus³³.

³⁰ RUBIO CORREA, Marcial (2008) *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. p. 170.

³¹ BERNAL PULIDO, Carlos (2005) *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Segunda Edición. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 38.

³² Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el proceso de inconstitucionalidad promovido por los Colegios de Abogados del Cusco y del Callao y más de cinco mil ciudadanos contra las Leyes Nos 28389 y 28449, entre otras.

³³ **Constitución Política del Perú**

"Art. 200°.- Son garantías constitucionales:

(...)

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

En el caso del principio de proporcionalidad, el TC ha señalado que es “un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho”. Desde esta perspectiva, “no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no”³⁴.

5.51 El principio de proporcionalidad guarda con respecto al principio de razonabilidad una relación de género a especie, entendida esta última como la exigencia de que los actos que los sujetos realizan frente a los hechos y circunstancias se sustenten en argumentos objetivos de razonamiento basados en valores y principios y, por tanto, cumplan el requisito de ser generalmente aceptados por la colectividad como una respuesta adecuada a los retos que presenta la realidad frente al actuar humano jurídicamente relevante³⁵. Desde esta perspectiva, la razonabilidad abarca la proporcionalidad, siendo esta una consecuencia o manifestación de aquella, mediante la cual se puede llegar a determinar si una actuación estatal es o no jurídicamente la más adecuada para perseguir un determinado fin³⁶.

5.52 La razonabilidad se encuentra expresamente prevista como principio fundamental que rige la legítima potestad sancionadora de las entidades públicas, conforme a lo dispuesto por el Inc. 3 del Art. 230° de la Ley N° 27444³⁷. Por un lado, busca que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que incumplir con las normas infringidas o asumir la sanción. Por el otro, persigue que

Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”.

³⁴ Sentencia recaída en el Expediente N° 010-2002-AI-TC, Fundamento Centésimo Nonagésimo Quinto.

³⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. pp. 167 – 168.

³⁶ IGNACIO, José y ZUÑIGA, Francisco. *El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. En: Estudios Constitucionales, Año 9, N° 1, 2011. p. 201.

³⁷ **Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**
“Art. 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes (...)

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- b) El perjuicio económico causado;
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)”.

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

las sanciones sean proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo tener como criterios: la gravedad del daño, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias en la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente obtenido y la existencia de intencionalidad en la conducta del infractor.

- 5.53 En ese mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC TUMBES, a que hace alusión el administrado en el Fundamento 2.5, numeral (ix), de la presente Resolución, sobre los criterios a tener en cuenta para la determinación de la sanción administrativa.
- 5.54 Que conforme lo expuesto en los Fundamentos 5.2 al 5.38 de la presente Resolución, se encuentra acreditada la responsabilidad del administrado señor **Alejandro José Elescano Samaniego**, la comisión de la conducta infractora tipificada en el Inc. b) del Art. 46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, descrita y especificada como infracción muy grave descrita y especificada en el Inc. h) del Art. 7° del acotado Reglamento de la Ley N° 29622.
- 5.55 En tal sentido, en atención a los parámetros exigidos por el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, y en atención los criterios de graduación correspondientes a las circunstancias en que fue cometida la infracción, el grado de participación en los hechos imputados, los efectos que produce la infracción y la gravedad de la misma, previstas en el Inc. b) del Art. 46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley N° 29622, conforme ha sido desarrollado en la Resolución impugnada, este Colegiado considera que debe confirmarse la sanción impuesta al administrado señor **Alejandro José Elescano Samaniego**, en la Resolución apelada, correspondiente a cuatro (4) años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública.

RESOLUCIÓN.

Por los Fundamentos pertinentes contenidos en la Resolución apelada expedida por el Órgano Sancionador de la CGR y por los Fundamentos antes expuestos, en aplicación de los Arts. 51° y 56° de la Ley N° 27785, Art. 33° del Reglamento de la Ley N° 29622 y los Arts. 3° y 8° del Reglamento del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas de la CGR; en uso de las atribuciones que le están conferidas, por unanimidad, este Colegiado:

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por el señor **ALEJANDRO JOSÉ ELES CANO SAMANIEGO**, contra la Resolución N° 001-242-2015-CG/SAN de 30 de noviembre de 2015, emitida por el Órgano Sancionador de la Contraloría General de la República, **CONFIRMANDO** la sanción de primera instancia que resuelve imponer cuatro (4) años de inhabilitación para el ejercicio de la función pública, por la comisión de la conducta infractora tipificada en el Inc. b) del Art. 46° de la Ley N° 27785, modificada por la Ley

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS
PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

N° 29622, descrita y especificada como infracción muy grave en el Inc. h) del Art. 7° de su Reglamento; por los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTICULO SEGUNDO: DECLARAR AGOTADA la vía administrativa con la presente Resolución.

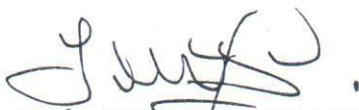
ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR, con arreglo a ley, la presente Resolución al administrado señor **ALEJANDRO JOSÉ ELESCANO SAMANIEGO** y al **HOSPITAL SANTA MARÍA DEL SOCORRO DE ICA**.

ARTÍCULO CUARTO: DISPONER LA PUBLICACIÓN de la presente Resolución en el Portal Institucional (www.contraloria.gob.pe).

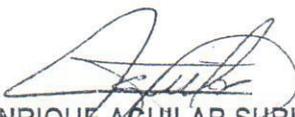
ARTÍCULO QUINTO: DISPONER la devolución del expediente N° 242-2015-CG/INS al Órgano Sancionador de la Contraloría General de la República para el debido cumplimiento de lo dispuesto por este Colegiado.




CÉSAR JOSÉ GONZÁLES
HUNT
PRESIDENTE


YVÁN FIDEL MONTOYA VIVANCO
VOCAL


LUIS ALFONSO GARCÍA-CORROCHANO
VOCAL


CÉSAR ENRIQUE AGUILAR SURICHAQUI
VOCAL


GUSTAVO NIÑO RIVERA FERREYROS
VOCAL

