ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas N° 01-2018-DSE-Osinergmin - Segunda Convocatoria

El Comité de Apelación designado con Resolución de Gerencia General N° 026-2018-OS/GG del 19 de abril de 2018, se reúne en la sede de Osinergmin el día de hoy 28 de febrero del 2019 a las 15:00 horas, convocados por su Presidente Titular, Celia Mariela Mercedes Candela Véliz, para desarrollar el tema considerado en la siguiente agenda:

1. Atención al Expediente SIGED N° 201800169053 mediante el cual el Comité de Selección remite, entre otros documentos, el Memorándum N° 001-2019-CSES/DSE de fecha 10 de enero de 2019, poniendo en conocimiento que en el Ítem 3 del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas N° 01-2018-DSE-Osinergmin – Segunda Convocatoria, el Consorcio integrado por la empresa Tecnología, Desarrollo y Medición S.C.R.L. y el señor Luis Alberto Arellán Yanac, se encontraría incurso en el impedimento descrito en el literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 de la "Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras" aprobada por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 037-2016-OS-CD (modificada por Resolución de Consejo Directivo Osinergmin N° 220-2016-OS-CD), en adelante la Directiva, en concordancia con en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley Nº 30225 (modificada por Decreto Legislativo N° 1341), en adelante la Ley; por lo que, al presentar como parte de su propuesta el Anexo Nº 03 – Declaración Jurada del o los Representantes Legales de la Empresa sobre Impedimentos, Incompatibilidades, Prohibiciones y Nepotismo, suscrita por el señor Luis Alberto Arellán Yanac, se habría vulnerado el principio de integridad al presentar información discordante o incongruente con la realidad (información inexacta).

Acto seguido se procedió a desarrollar la agenda con la presencia de los miembros del Comité de Apelación:

1. Presidente Titular: Celia Mariela Mercedes Candela Véliz, representante de la Gerencia General.
2. Miembro Titular: Daniel Andrés Del Carpio Arellano, representante de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
3. Miembro Titular: Violeta Mercedes Rodríguez Arce, representante de Logística.

DESARROLLO DE LA AGENDA:

I. Antecedentes

1. El 19 de agosto de 2018, se publicó la segunda convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras Técnicas N° 01-2018-DSE-Osinergmin (en adelante el proceso de selección), entre los cuales se encontraba el Ítem 3, que fuera declarado desierto en la primera convocatoria del citado proceso de selección.

	SUPERVISIÓN DE TRANSMISIÓN ELÉCTRICA				10
3	Supervisión de las Instalaciones de Transmisión de las empresas concesionarias	3,211,520.00	S1-A	Jefe proyecto	1
			S2		7
			S3-A		2

2. Con fecha 1 de octubre de 2018, se llevó a cabo la presentación de propuestas, entre la cuales se encuentra la propuesta del Consorcio integrado por la empresa Tecnología, Desarrollo y

Medición S.C.R.L. y el señor Luis Alberto Arellán Yanac (en adelante, el Consorcio). Como parte de su propuesta, el Consorcio presentó el Anexo 3, en el cual, el señor Luis Alberto Arellán Yanac declaró que no se encuentra incurso en ninguno de los impedimentos señalados en el artículo 9 de la Directiva.

3. Con fecha 9 de octubre de 2018, se designó al Consorcio en el ítem 3 del proceso de selección.

4. Mediante Memorándum N° 11-2018-CSES/DSE de fecha 11 de octubre de 2018, el Comité de Selección de Empresas Supervisoras 2018 de la División de Supervisión de Electricidad solicitó a la Gerencia de Administración y Finanzas, la fiscalización posterior de la documentación presentada por el Consorcio en el Ítem 3 del proceso de selección; toda vez que, existía duda razonable sobre las declaraciones juradas presentadas por dicho consorcio como parte de su propuesta (Anexo 3 - Declaración Jurada del o los Representantes Legales de la Empresa sobre Impedimentos, Incompatibilidades, Prohibiciones y Nepotismo, y Anexo 5 - Declaración Jurada de impedimentos, incompatibilidades, prohibiciones y nepotismo del personal propuesto por la empresa) dado que no se ajustaría a lo establecido en el literal b) del artículo 9.1 de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras y art. 11.1 e) de la Ley de Contrataciones del Estado (posible vínculo laboral del ing. Luis Arellán Yanac con el Ministerio de Energía y Minas).

5. Mediante Oficio Nº 780-2018-OS-GAF/ALOG de fecha 17 de octubre de 2018, reiterado mediante Oficio Nº 816-2018-OS-GAF/ALOG de fecha 29 de octubre de 2018, la Unidad de Logística de Osinergmin, en el marco del procedimiento de fiscalización posterior, solicitó al Ministerio de Energía y Minas su pronunciamiento sobre si existe o ha existido algún tipo de relación contractual civil o laboral con el señor Luis Alberto Arellán Yanac (miembro integrante del Consorcio).

6. Con fecha 7 de noviembre de 2018, mediante Oficio Nº 291-2018-MEN-OGA/RH, la Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas, la señora Miriam Parker Chávez, comunicó que el señor Luis Alberto Arellán Yanac prestó servicios en la Dirección General de Electricidad de dicho Ministerio, desde el 24 de octubre de 2014 al 12 de octubre de 2018 (fecha en que fue aceptada su renuncia), bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios – CAS. Al respecto, adjuntó copia del Contrato de Administración de Servicios Nº 0129-2014-MEM/DGE con sus renovaciones y prórrogas.

7. Mediante el Oficio Nº 945-2018-OS-GAF/ALOG de fecha 10 de diciembre de 2018, se solicitó al Consorcio que presente sus descargos respecto de lo informado por la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas, -en un plazo de tres (3) días hábiles. Asimismo, mediante Oficio N° 971-2018-OS-GAF/ALOG de fecha 18 de diciembre de 2018, la Unidad de Logística de Osinergmin, comunicó al Consorcio el otorgamiento del plazo adicional solicitado hasta el 21 de diciembre de 2018, para la presentación de argumentos adicionales de descargos.

8. A través de las Cartas S/N recibidas el 14 y 20 de diciembre de 2018, el Consorcio presentó sus descargos, señalando lo siguiente:

   - El 17 de septiembre de 2018, se aprobó y publicó el Decreto Legislativo N° 1444, que modifica la Ley N° 30225, "Ley de Contrataciones del Estado", incorporando precisiones respecto de los supuestos de impedimento, dentro de los cuales señala que se encontrarán impedidos para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista *"e) Los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza, servidores públicos con poder de dirección o decisión, según la ley*

especial de la materia, y los gerentes de las empresas del Estado. El impedimento se aplica para todo proceso de contratación durante el ejercicio del cargo; luego de culminado el mismo, hasta doce (12) meses después sólo en la entidad a la que pertenecieron. Los directores de empresas del Estado y los miembros de los Consejos Directivos de los organismos públicos del Poder Ejecutivo, se encuentran impedidos en el ámbito de la Entidad a la que pertenecen, mientras ejercen el cargo y hasta doce (12) meses después de haber culminado el mismo".

- El impedimento que se encontraba establecido en la Ley N° 30225, se consideró controversial al establecer una prohibición de participar en los procesos de selección a trabajadores considerados "servidores públicos".

- La ley especial de la materia, en este caso, es la Ley N° 30057 – Ley del Servicio Civil y/o Régimen Laboral Público 276, que rigen para todo empleado público o dígase "servidor público".

- Debe tenerse en consideración que el libre acceso a participar en las contrataciones públicas tiene su fundamento en los principios de libre concurrencia, competencia, transparencia, publicidad, trato justo e igualitario, imparcialidad, entre otros, que se sustentan en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú. Por lo que, los impedimentos para ser participantes, postor o contratista solo pueden ser establecidos por ley e interpretados en forma restrictiva.

- Un trabajador CAS no se rige por la Ley del Servidor Público sino por una Ley distinta, motivo por el cual no puede interpretarse de forma extensiva el supuesto de impedimento que establece una prohibición para los "servidores públicos" y no a los trabajadores CAS.

- Debe considerarse, además, que el Decreto Legislativo N° 1444, establece que el supuesto de impedimento solo alcanza a los servidores con poder de decisión y dirección.

- El señor Luis Arellán Yanac no tuvo la condición de servidor público, ni antes de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1444 ni después de su promulgación y publicación. Asimismo, no mantuvo puesto de dirección ni poseía poder de decisión, pues se desempeñó como especialista en normativa de distribución eléctrica.

- En caso se mantenga la duda de lo indicado anteriormente, debe considerarse que su propuesta fue presentada estando vigente el Decreto Legislativo N° 1444, por lo que se aplicaría la retroactividad benigna de la Ley por tratarse de una sanción administrativa el pretender quitarnos la buena pro, siendo que la retroactividad benigna se aplica en materia penal y sanciones administrativas.

- En la Sentencia recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señala que *"la legitimidad de una limitación al ejercicio de derechos fundamentales no sólo se examina en virtud al respecto del principio de legalidad, sino que la limitación en sí debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad"*, indicando además que la legitimidad constitucional de una limitación al ejercicio de los derechos fundamentales no se satisface con la simple observancia del principio de legalidad.

VPA.

9. Mediante el Memorándum N° GAF-772-2018 de fecha 28 de diciembre de 2018, la Gerencia de Administración y Finanzas comunicó al referido Comité de Selección que como resultado de la fiscalización efectuada, el citado Consorcio estaría incurso en el impedimento establecido en el literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 de la Directiva y en el literal e) del numeral 11.1 del

artículo 11 de la Ley, por el vínculo laboral del señor Luis Alberto Arellán Yanac con el Ministerio de Energía y Minas, en concordancia con la Opinión N° 140-2017-DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE de fecha 23 de junio de 2017.

10. Con fecha 10 de enero de 2019, mediante el Memorando N° 001-2019-CSES/DSE, el Comité de Selección de Empresas Supervisoras 2018 de la División de Supervisión de Electricidad, puso en conocimiento al Comité de Apelación sobre los hechos descritos en los numerales precedentes, para el trámite respectivo.

11. Mediante Oficio Nº 01-2019-CA de fecha 21 de enero de 2019, la Presidente del Comité de Apelación, solicitó al Consorcio para que en un plazo de 5 días hábiles de notificado el oficio, ejerza su derecho de defensa, dando cumplimiento a lo establecido en el numeral 211.2 del artículo 211 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en adelante el TUO de la LPAG.

12. A través de Carta S/N de fecha 29 de enero de 2019, el Consorcio presentó sus descargos, señalando de manera reiterada que no se encuentra impedido para contratar con el Estado; toda vez que, según refiere, el señor Luis Alberto Arellán Yanac prestó servicio para la DGE-MEM únicamente hasta el 30 de setiembre de 2018 y que, si bien la renuncia se formalizó en fecha posterior, ello obedeció a trámites y/o gestiones administrativas, lo cual habría inducido a error al Ministerio de Energía y Minas. Para acreditar su argumento adjunta copia del Memorando Nº 1421-2018/MEM-DGE.

13. Con Oficio Nº 03-2019-CA del 1 de febrero de 2019, la Presidente del Comité de Apelación, solicitó a la Oficina General de Administración del Ministerio de Energía y Minas que precise la fecha exacta de culminación del vínculo laboral con el señor Luis Alberto Arellán Yanac y el período que se incluyó en la liquidación del referido vínculo laboral, adjuntando documentación sustentatoria al respecto.

14. Mediante Oficio Nº 04-2019-CA del 11 de febrero de 2019, el Presidente del Comité de Apelación reiteró su pedido de información a la Oficina General de Administración del Ministerio de Energía y Minas.

15. Por Oficio N° 031-2019-MEM-OGA/ORH recibido el 21 de febrero de 2019, la Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas, la señora Miriam Parker Chávez, indicó que el señor Luis Alberto Arellán Yanac prestó servicios en la Dirección General de Electricidad de dicho Ministerio desde el 24 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2018, fecha hasta la cual tuvo vínculo laboral y se efectuó la respectiva liquidación de pago por extinción de contrato.

II. Competencia del Comité de Apelación

1. El Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 01-2018-DSE-Osinergmin – Segunda Convocatoria, se llevó a cabo bajo los alcances de la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 037-2016-OS/CD y sus modificatorias (en adelante la Directiva), por lo que tal disposición legal resulta aplicable.

2. De acuerdo a lo establecido en el numeral 8.1 del artículo 8 de la Directiva, el Comité de Apelación tiene a su cargo la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra los

actos del Comité de Selección; así como declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección según lo establecido en la presente Directiva.

3. Al respecto, cabe señalar que el artículo 10 de Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante el TUO de la LPAG, norma aplicable de manera supletoria al presente caso[1], establece las siguientes causales de nulidad:

> *"Artículo 10.- Causales de nulidad*
> *Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*
> *1.* ***La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.***
> *2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*
> *3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.*
> *4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma".* (El resaltado es agregado nuestro).

4. De lo anterior, se advierte que el Comité de Apelación cuenta con facultades para declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección, cuando se advierta que los mismos fueron emitidos en contravención de lo dispuesto en la Directiva.

5. En tal sentido, de corroborarse un vicio que acarrea la nulidad del proceso de selección, al haberse realizado en contravención de las disposiciones de la Directiva, el Comité de Apelación se encuentra facultado para declarar la nulidad de oficio del mismo, ello en atención de lo dispuesto en el numeral 8.1 del artículo 8 de la Directiva y en el numeral 1 del artículo 10 del TUO de la LPAG.

III. Análisis

1. El artículo 2 de la Directiva establece que las disposiciones de la misma son de obligatorio cumplimiento para los interesados en participar en los procesos de selección de Empresas Supervisoras que Osinergmin convoca, para las Empresas Supervisoras que contraten con Osinergmin; así como para el personal de Osinergmin que, en ejercicio de sus labores, participa en la selección y contratación de empresas supervisoras o en la supervisión de la ejecución contractual.

2. Asimismo, el literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 de la Directiva, establece lo siguiente:

> *"Artículo 9.- Impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones de los postores*

VRA.

---

[1] Cabe indicar que el artículo 4 de la Directiva establece lo siguiente:
Artículo 4.- Principios
Los principios de acción establecidos en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo Nº 054-2001-PCM, los principios recogidos en la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en la Ley Nº 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (actualmente el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444), inspiran el desarrollo de los procesos de selección de empresas supervisoras y la ejecución de prestaciones derivadas de los contratos de supervisión, en lo que resulten de aplicación.

9.1 No pueden participar ni ser postores en los procesos de selección que Osinergmin convoca para la contratación de empresas supervisoras, las personas jurídicas o personas naturales que incurran en alguno de los siguientes supuestos:
(...)
b) Se encuentren entre las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas".

3. Al respecto, cabe indicar que el artículo 11 de la Ley, establece lo siguiente:

"Artículo 11. Impedimentos
11.1 Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, se encuentran 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:
(...)
e) Durante el ejercicio del cargo los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado a dedicación exclusiva, y respecto a la Entidad a la que pertenecen, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo".

4. De acuerdo a lo establecido en los dispositivos detallados precedentemente, se encuentra impedido de ser participante o postor, en los procesos de selección de Empresas Supervisoras, todo servidor público durante el ejercicio de su cargo.

5. Asimismo, cabe indicar que, lo establecido en el acotado dispositivo, fue materia de opinión por parte de la Dirección Técnica Normativa del OSCE, quien en su Opinión N° 140-2017/DTN concluyó lo siguiente:

"3. CONCLUSIONES

*3.1 **Un servidor público, durante el ejercicio del cargo, se encuentra impedido de ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en cualquier contratación pública que se realice dentro del territorio nacional**; mientras que, desde el momento en el que deja el cargo y hasta doce (12) meses después de producido dicho evento, está impedido de participar únicamente en las contrataciones de la Entidad de la que formó parte siempre que por la función desempeñada hubiera tenido o tenga influencia, poder de decisión, o información privilegiada sobre el proceso de contratación, o cuando su participación le genere un conflicto de intereses."*
(el resaltado es agregado).

6. Ahora bien, teniendo en cuenta lo anterior, corresponde determinar si el Consorcio se encontraba impedido de ser participante o postor en el proceso de selección; para lo cual, deberá verificarse si, el señor Luis Alberto Arellán Yanac (integrante del Consorcio) se encontraba o no inmerso dentro de los supuestos de impedimentos establecidos en la Directiva o en la Ley de Contrataciones del Estado.

7. Sobre el particular, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- De acuerdo al cronograma del proceso de selección, la presentación de propuestas se realizó el 1 de octubre de 2018 y la designación el 9 de octubre de 2018.

- Como parte de la fiscalización posterior, realizada por la Gerencia de Administración y Finanzas de Osinergmin, mediante Oficio Nº 291-2018-MEN-OGA/RH, recibido el 7 de noviembre de 2018, la Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas, la señora Miriam Parker Chávez, indicó lo siguiente:

  > *"(...) el señor Luis Alberto Arellán Yanac, según Contrato Administrativo de Servicios N° 0129-2014-MEM (sus renovaciones y prórrogas), ha prestado servicios de Ingeniero para la Elaboración de Normativa en Electricidad en el ámbito de la Distribución y la Utilización Eléctrica, en la Dirección General de Electricidad de este Ministerio, bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, desde el 24 de octubre de 2014 al 12 de octubre de 2018, fecha en que fue aceptada su renuncia".*

- Como complemento de esta información, se cuenta con un correo electrónico institucional del citado Ministerio, a través del cual el señor Luis Alberto Arellán Yanac (mediante cuenta electrónica: larellan@minem.gob.pe) realizaba coordinaciones como servidor público de dicha institución.

Arellan Yanac Luis Alberto <LARELLAN@minem.gob.pe>
REUNION 11 DE OCTUBRE DEL 2018

- Tomado conocimiento de los hechos expuestos el Presidente del Comité de Apelación mediante Oficio Nº 01-2019-CA, de fecha 21 de enero de 2019, solicita al Consorcio ejerza su derecho de defensa.

- Como parte de sus descargos, el Consorcio señala que no se encuentra impedido para contratar con el Estado debido a que el señor Luis Alberto Arellán Yanac prestó servicio para la DGE-MEM únicamente hasta el 30 de setiembre de 2018. Señala además que, si bien la formalización de la renuncia se realizó en fecha posterior, ello se debió a trámites y/o gestiones administrativas del propio Ministerio, lo cual habría inducido a error al Ministerio de Energía y Minas.

- A través de Oficio Nº 03-2019-CA del 1 de febrero de 2019, el Comité de Apelación solicitó a la Oficina General de Administración del Ministerio de Energía y Minas que precise la fecha exacta de culminación del vínculo laboral con el señor Luis Alberto Arellán Yanac y el período que se incluyó en la liquidación del referido vínculo laboral..

- Con fecha 21 de febrero de 2019, la Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas, la señora Miriam Parker Chávez, informa que *"el señor Luis Alberto Arellán Yanac prestó servicios en la Dirección General de Electricidad de este Ministerio, bajo la modalidad de Contratación Administrativa de Servicios – CAS, desde el 24 de octubre de 2014 al 12 de octubre de 2018, fecha hasta la cual tuvo vínculo laboral y se efectuó la respectiva Liquidación de Pago por Extinción de Contrato".*

8. Conforme se advierte de lo anterior, el señor Luis Alberto Arellán Yanac (integrante del Consorcio designado), en las fechas 1 y 9 de octubre de 2018, correspondientes a la presentación de propuestas y designación de empresa supervisada, ostentó el cargo de servidor público en una Entidad del Estado, al mantener un vínculo laboral con el Ministerio de Energía y Minas (desde el 24 de octubre de 2014 al 12 de octubre de 2018), a través de la

modalidad del Contrato Administrativo de Servicio, configurándose el impedimento establecido en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

9. Al respecto, como parte de sus descargos, el Consorcio indicó que el supuesto de impedimento señalado al señor Luis Alberto Arellán Yanac, resultaba controversial, motivo por el cual con el Decreto Legislativo N° 1444 se efectuaron precisiones sobre su aplicación, indicándose que solo correspondía el impedimento a aquellos servidores públicos con poder de dirección y de decisión, situación que no corresponde al mencionado integrante del Consorcio.

   Asimismo, indica que, debe considerarse que su propuesta fue presentada cuando el Decreto Legislativo N° 1444 ya se encontraba promulgado y publicado; por lo que, corresponde la retroactividad benigna que se aplica en materia penal y sanciones administrativas (aduciendo que la pérdida de una buena pro se trata de una sanción). Señala, además, que debe tenerse en cuenta los principios que rigen la Ley.

10. Al respecto, cabe indicar que, en nuestro ordenamiento jurídico, por regla general, rige el **principio de aplicación inmediata de las normas**, en virtud del cual toda norma debe regir a partir del momento en que empieza su vigencia hasta su derogación. Esta disposición se encuentra prevista en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú en los términos siguientes:

    > *"La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley".*

11. Como se observa, esta norma establece el principio de irretroactividad de las normas jurídicas; sin embargo, reconoce la retroactividad penal como un principio universal que consiste en que al reo (aún después de sentenciado) se le aplica la norma más favorable que haya existido para su delito desde que la acción delictiva fue cometida. Este principio de retroactividad benigna solo es aplicable en los procesos penales, así como también para el derecho administrativo respecto de los "procedimientos sancionadores"; más no en un proceso de selección (como lo es el caso que nos asiste) que tiene otra naturaleza jurídica, objeto y finalidad.

12. A partir de estas disposiciones se entiende que, en materia de aplicación de las normas en el tiempo, en nuestro ordenamiento rige la denominada teoría de los hechos cumplidos, es decir que la ley es obligatoria desde su entrada en vigencia, esto es, desde el día siguiente a su publicación en el diario oficial, y se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.

    Al respecto, el Decreto Legislativo N° 1444, en su Décima Disposición Complementaria Final establece:

    > *"La Primera, Tercera, Cuarta, Quinta, Sexta, Octava y Novena Disposición Complementaria Final entran en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente norma en el Diario Oficial El Peruano. La Séptima Disposición Complementaria Final entra en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de la adecuación del reglamento de PETROPERU S.A. en su portal institucional.*

> *El resto de disposiciones* ***entran en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de las modificaciones al reglamento*** *a que hace referencia la Primera Disposición Complementaria Final".*
> (el resaltado es agregado).

Ahora bien, el Reglamento de la Ley N° 30225 fue publicado el 31 de diciembre de 2018; por lo que, a la fecha de presentación de propuestas y designación de empresa supervisora (1 y 9 de octubre de 2018), las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1444 a las que hace alusión el Consorcio, aún no se encontraban vigentes, por lo que no corresponde aplicarlas al presente caso.

Cabe indicar que las modificaciones a la Ley, así como su nuevo Reglamento entraron en vigencia el 30 de enero de 2019 y regirán para los procedimientos de selección convocados a partir de dicha fecha no siendo su aplicación retroactiva.

13. De otro lado, debe tenerse en cuenta que el principio de legalidad incapacita a este Comité de Apelación (que forma parte de la administración pública) de aplicar el control difuso[2] a efectos de no acatar las disposiciones normativas de obligatorio cumplimiento; toda vez que, la competencia de aplicar dicho sistema de control es exclusiva de un órgano jurisdiccional[3], puesto que esta actúa en ejercicio de una atribución regulada o predeterminada por Ley, por lo que solo puede realizar aquello para lo que está expresamente facultada. Consecuente a lo expresado y a diferencia de los particulares quienes no están obligados a hacer lo que la Ley no manda ni impedido de hacer lo que ella prohíbe, la administración pública solo puede hacer lo que la Ley de faculta hacer.

14. Con relación a lo señalado por el Consorcio, referido a que el señor Luis Alberto Arellán Yanac no ostentaría la condición de servidor público, en la medida que su vínculo con el Ministerio de Energía y Minas sería con un Contrato Administrativo de Servicios y no bajo la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, o el Régimen Laboral Público 276; debe tenerse en cuenta que mediante Informe Técnico Nº 1057-2017-SERVIR/GPGSC, la Autoridad Nacional del Servicio Civil – SERVIR[4], en su calidad de Ente Rector del Sistema Administrativo de Recursos Humanos del Estado, ha precisado el alcance del término "servidor público" según se detalla a continuación:

> *"(...) el servidor público, abarca a todo funcionario o servidor, que ejerza función pública en alguna entidad estatal, independientemente del régimen laboral o contractual de cualquier naturaleza que pueda mantener con entidades u organismos de la administración pública."* (El subrayado es agregado nuestro)

Cabe destacar que dicho criterio interpretativo, se encuentra vigente y sigue aplicándose a la fecha en los diversos informes técnicos que emite SERVIR.

---

[2] Es un sistema de control que consiste en la posibilidad de que un órgano jurisdiccional decida, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, aplicar un dispositivo constitucional en lugar de una ley secundaria (...)". César Carlos Garza García. Derecho Constitucional Mexicano. Editorial McGraw-Hill, México, 1997, p. 181.

[3] **Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso**
La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.
En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

[4] Para ello se basa en el Artículo 39 de la Constitución Política del Perú, y la definición de servidor público dada por el Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM, y la mencionada en la Ley N° 27815 (Ley del Código de Ética de la Función Pública).

15. Ahora bien, en el presente caso, la Directora de Recursos Humanos del Ministerio de Energía y Minas, señaló que el señor Luis Alberto Arellán Yanac mantenía un vínculo contractual (Contrato de Administración de Servicios Nº 0129-2014-MEM) vigente desde el 24 de octubre de 2014 hasta el 12 de octubre de 2018; motivo por el cual se advierte que, a la fecha de la presentación de propuestas y designación de empresa supervisora, el señor Luis Alberto Arellán Yanac ostentaba la condición de servidor público, y por lo tanto se encontraba impedido de ser participante o postor en el proceso de selección.

16. Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, respecto de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2235-2004-AA/TC que es señalada por el referido Consorcio dentro de sus argumentos del segundo descargo, debemos indicar que el mismo Tribunal ha señalado la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos fundamentales cuando dicha limitación se justifica en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Ello se desprende cuando el Tribunal señala lo siguiente:

> *"6. (...)*
> *Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. (...) la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional".*

En tal sentido, cuando en el artículo 9 de la Directiva y en el artículo 11 de la Ley se han establecido impedimentos para ser participante, postor y contratar con el Estado, se busca un bien superior como es el de contratar con un proveedor que cumpla con los requisitos del proceso de selección como es el de no estar impedido y se respete el principio de integridad.

17. De otro lado, es necesario precisar que *"la libertad de contratación constituye un derecho fundamental consagrado en los artículos 2 numeral 14[5] y 62[6] de la Carta Política. No obstante, este atributo adquiere un especial matiz al circunscribirlo en la contratación pública. Ello se comprueba en el artículo 76[7] de nuestra Constitución"[8]*, el cual establece un marco general que es desarrollado a través de la Ley de Contrataciones del Estado.

18. Es por ello que la referida Ley ha establecido *"supuestos que impidan establecer un vínculo contractual con el Estado. Ello se debe a que tal actividad resulta especialmente sensible, considerando las diversas implicancias prácticas que su realización conlleva y las noticias que suelen ser divulgadas en torno a presuntas irregularidades en torno a su realización. Tales límites responden a la necesidad de resguardar el interés general"[9]*.

---

[5] **"Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona.** Toda persona tiene derecho:
(...)
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público."

[6] **"Artículo 62.- Libertad de contratar.** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.
Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente."

[7] **"Artículo 76.- Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública.** 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."

[8] En Revista Derecho & Sociedad Nº 44 (2015). "El Impedimento Para la Contratación Estatal de la Persona Jurídica Vinculada". Silvana Lorena Armas Diéguez. 139-144p.

[9] Ídem., p. 141.

19. Con ello afirmamos, que los Derechos Fundamentales no son *absolutos*[10], en el sentido de ilimitados, sino que se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias. Reconocer, por tanto, que referidos derechos están sujetos a limitaciones no significa restar a estas facultades del máximo valor y relevancia en el ordenamiento jurídico.

20. *Por lo expuesto, podemos colegir que "el artículo 76 de la Constitución Política no puede ser comprendido como uno satisfecho con su simple desarrollo en la Ley de Contrataciones del Estado. Por el contrario, amerita que las materias incorporadas en la mencionada norma se alineen a los contenidos consagrados en nuestra Carta Política, con el propósito de sustentar su validez"* [11]. En esta línea de ideas, resulta comprensible que el artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado – Ley Nº 30225, modificado por Decreto Legislativo N° 1341, establezcan diversos supuestos de impedimento para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el marco de proteger el interés general.

21. Conforme se advierte de lo anterior, el señor Luis Alberto Arellán Yanac, en las fechas de presentación de propuestas y designación de empresas supervisoras, se encontraba impedido de ser participante o postor en el proceso de selección, y sea que participe de forma individual o en consorcio; toda vez que se enmarcaba en el impedimento descrito en el literal b) del numeral 9.1 del artículo 9 de la Directiva y en el literal e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley.

22. Asimismo, cabe indicar que, como parte de la propuesta del Consorcio, se encuentra el Anexo N° 3 – Declaración Jurada del o de los representantes legales de la empresa, en la cual el señor Luis Alberto Arellán Yanac indicó lo siguiente:

ANEXO N° 3

DECLARACIÓN JURADA DEL O DE LOS REPRESENTANTES LEGALES DE LA EMPRESA[3]:

a. **IMPEDIMENTOS, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES.,**
b. **NEPOTISMO.**

Por la presente, yo, **LUIS ALBERTO ARELLAN YANAC**, identificado con DNI Nº 08526063, representante legal de **LUIS ALBERTO ARELLAN YANAC** con RUC N°10085260630, declaro, bajo juramento, que he tomado conocimiento de los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones señalados en el **artículo 9° de La Directiva** y no me encuentro incurso en ninguno de ellos; asimismo, he tomado conocimiento de la relación de los miembros del Consejo Directivo y trabajadores de Osinergmin, (publicado en http://www.osinerg.gob.pe/newweb/pages/newTransparencia/341.htm, Portal de Osinergmin), o del personal tercero que tiene injerencia directa o indirecta en el presente proceso de selección, de acuerdo a lo señalado en la **Ley Nº 26771** y el **inciso "a", numeral 9.1 Art. 9 de La Directiva** y declaro NO tener vínculo como cónyuge o conviviente, ni de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad ni segundo de afinidad con ninguno de ellos.

23. Conforme se advierte de lo anterior, el Consorcio presentó información inexacta, como parte de su propuesta; toda vez que, el señor Luis Alberto Arellán Yanac declaró que no se encontraba inmerso en ningún supuesto de impedimento, situación que no corresponde a la realidad de los hechos conforme se ha advertido anteriormente.

24. Es necesario señalar que la nulidad de oficio es una figura jurídica que tiene por objeto proporcionar una herramienta lícita para sanear el procedimiento de selección de cualquier

---

[10] Extraído de la Opinión Consultiva OC-18/03 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 17 de septiembre de 2003. Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos.
[11] Armas Diéguez. Ibídem., p. 144.

irregularidad que pudiera dificultar la contratación, de modo que se logre un proceso transparente y con todas las garantías previstas en la normativa. Eso implica que la anulación del acto puede encontrarse motivada en la propia acción positiva u omisiva, de la administración o de los propios participantes del procedimiento, siempre que dicha acción afecte la decisión final tomada por la administración.

El legislador establece los supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura de interés público y a los que, en consecuencia, aplica la nulidad absoluta que, de este modo queda convertida en algo excepcional. Ello obedece a que, en principio, todos los actos se presumen válidos y, por tanto, para declarar su nulidad, es necesario que concurran causales expresamente previstas por el legislador, y al declarar la nulidad se apliquen ciertas garantías tanto para el procedimiento en el que se declara la nulidad como para el administrado afectado con el acto.

Al respecto, el numeral 8.1 del artículo 8 de la Directiva establece que el Comité de Apelación tiene a su cargo la resolución de los recursos de apelación interpuestos contra los actos del Comité de Selección; así como declarar la nulidad de oficio de los actos del Comité de Selección según lo establecido en la presente Directiva.

25. Teniendo en cuenta lo anterior, de los argumentos esgrimidos, se advierte que, en el presente caso, existe un vicio trascendente, no siendo materia de conservación del acto, toda vez que vulnera el principio de integridad consagrado en el literal j) del artículo 2 de la Ley, el cual señala que la conducta de los participantes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.; por lo que corresponde disponer la nulidad de oficio de la evaluación, calificación y designación del Consorcio Tecnología, Desarrollo y Medición S.C.R.L. y Luis Alberto Arellán Yanac en el Ítem N° 3 del proceso de selección, retrotrayéndolo a la etapa de evaluación de propuestas, con la finalidad que se descalifique a dicho Consorcio y se continúe con el trámite respectivo del proceso.

26. En consecuencia, el Comité de Apelación concluye que, de conformidad con lo establecido en el numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 19.5 del artículo 19 de la Directiva, concordante con el artículo 10 del TUO de la LPAG, corresponde declarar la nulidad de oficio del proceso de selección, debiendo retrotraerse el mismo hasta la etapa de la evaluación de propuestas, a efectos que se descalifique al Consorcio y se continúe con el trámite respectivo del proceso.

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 8.1 del artículo 8 y el numeral 19.5 del artículo 19 de la Directiva, el Comité de Apelación por unanimidad, acordó lo siguiente:

1. **Declarar la Nulidad de Oficio** de la evaluación calificación y designación del Consorcio Tecnología, Desarrollo y Medición S.C.R.L. y Luis Alberto Arellán Yanac en el Ítem N° 3 del Proceso de Selección de Empresas Técnicas N° 01-2018-DSE–Osinergmin – Segunda Convocatoria - Ítem 3, por los fundamentos expuestos, al haberse advertido un supuesto de impedimento y la presentación de información inexacta, retrotrayéndose el proceso de selección a la etapa de evaluación de propuestas a efectos que se descalifique a dicho Consorcio y se continúe con el trámite correspondiente.

2. **Disponer** que la presente Acta se publique en el portal institucional de Osinergmin, dentro de las actuaciones seguidas en el marco del proceso de selección.

3. **Disponer** que se comunique al Consorcio Tecnología, Desarrollo y Medición S.C.R.L. y Luis Alberto Arellán Yanac la presente Acta por conducto notarial.

4. **Disponer** que se comunique la presente Acta a la Gerencia de Asesoría Jurídica para determinar el inicio de las acciones penales o civiles que de ser el caso correspondan.

5. **Disponer** que se inscriba en el Registro de Inhabilitados de Empresas Supervisoras a la empresa Tecnología, Desarrollo y Medición S.C.R.L. y al señor Luis Alberto Arellán Yanac.

Siendo las 17:00 horas, los miembros del Comité de Apelación suscriben la presente acta en señal de conformidad a su contenido y actos descritos.

Representante Gerencia de Asesoría Jurídica Miembro Titular **Daniel Andrés** **Del Carpio Arellano**	Representante Gerencia General Presidente **Celia Mariela** **Mercedes Candela** **Véliz**	Representante Unidad de Logística Miembro Titular **Violeta Mercedes** **Rodríguez Arce**