

ACTA DEL COMITÉ DE APELACIÓN

Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N°08-2022- Osinergmin – DSR-Segunda Convocatoria

El Comité de Apelación designado con Resolución de Gerencia General N° 92-2022-OS/GG del 1 de agosto de 2022, se reúne el día 25 de enero de 2023 a las 10:00 horas, convocados por su Presidente Titular, Fidel Edgard Amésquita Cubillas, para desarrollar el tema considerado en la siguiente agenda:

- 1. Atención al Expediente SIGED N° 202200229990 mediante el cual el Comité de Selección remite, entre otros documentos, el Informe de Comité de Selección N° 2763-2022-OS/DSR suscrito el 12 de diciembre de 2022, donde se eleva todos los actuados del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 08-2022-Osinergmin-DSR- Segunda Convocatoria, ante un posible vicio de nulidad.

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

- 1. Presidente Titular: Fidel Edgard Amésquita Cubillas, representante de la Gerencia General.
- 2. Miembro Titular: Daniel del Carpio Arellano, representante de la Gerencia de Asesoría Jurídica.
- 3. Miembro Suplente: Erika Valencia Pohl, representante de la Unidad de Logística.

DESARROLLO DE LA AGENDA:

I. Antecedentes

- 1. Con fecha 04 de octubre de 2022, se publicó en la página web de Osinergmin la convocatoria del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 08-2022-Osinergmin-DSR-Segunda Convocatoria (en adelante, el proceso de selección) cuyo objeto es la fiscalización y/o supervisión de la comercialización y distribución eléctrica en las Oficinas Regionales de Ica, Arequipa, Moquegua, Tacna, Lambayeque, Piura Tumbes, Amazonas, Loreto, San Martín Cajamarca, Ancas, La Libertad y Lima Norte.
En dicha oportunidad el Comité de Selección publicó los siguientes documentos: i) el aviso de la convocatoria, ii) las Bases del proceso de selección, iii) los documentos denominados “Formatos y Anexos Editables” los cuales forman parte de las Bases, iv) Instructivo para registro de propuestas - Ventanilla Virtual de Osinergmin (VVO), v) la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada por Resolución de Consejo Directivo del Osinergmin N° 198-2020-OS/CD, vi) Resolución 164-2022-OS/CD que modifica la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras (en adelante la Directiva).

El referido proceso de selección se convocó para los siguientes ítems:

Ítem N°	Oficinas Regionales
1	Fiscalización de la Comercialización y Distribución Eléctrica Oficinas Regionales: Ica, Arequipa, Moquegua y Tacna.
2	Fiscalización de la Comercialización y Distribución Eléctrica Oficinas Regionales: Lambayeque, Piura y Tumbes.
3	Fiscalización de la Comercialización y Distribución Eléctrica Oficinas Regionales: Amazonas, Loreto, San Martín, Cajamarca, Áncash y La Libertad.
5	Fiscalización de la Comercialización y Distribución Eléctrica Oficina Regional: Lima Norte.

2. Con fecha 17 de octubre de 2022, se realizó la presentación de propuestas, dentro de las cuales se presentó la empresa COISELECT S.R.L. en los Ítems 2, 3 y 5.
3. Mediante Acta del Comité N° 5 de fecha 24 de octubre de 2022 y su anexo, se realizó la admisión de las propuestas presentadas por los postores, así como la evaluación económica, evaluación técnica y cumplimiento de requisitos de calificación. En dicha evaluación se designó a la empresa COISELECT S.R.L. como ganador de los Ítems N°s 02, 03 y 05. Dicho resultado final fue consentido mediante comunicado del Comité de Selección del 28 de octubre de 2022, siendo que a la fecha no se ha suscrito contrato alguno en los referidos Ítems.
4. Con fecha 09 de noviembre de 2022, mediante Memorándum N° DSR-2705-2022, el Comité de Selección solicitó el inicio de la fiscalización de la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Walter Hugo Cáceres Grau (folio 20 de la propuesta de COISELECT S.R.L. en el Ítem 05), a efectos de determinar la veracidad y exactitud de la información contenida en la referida Declaración Jurada.
5. Con fecha 15 de noviembre de 2022, la Unidad de Logística¹ de la Gerencia de Administración y Finanzas, notificó el Oficio N° 1871-2022-OS-GAF/ALOG, mediante el cual se le solicitó los descargos a la empresa COISELECT S.R.L., por haber presentado al señor Walter Hugo Cáceres Grau como personal propuesto en su oferta en el Ítem N° 05, dado que éste estaría impedido de contratar con el Estado, en razón de ser pariente en segundo grado de afinidad con el Congresista de la República José Daniel Williams Zapata, y por ende la referida empresa también, debido a que le alcanza el impedimento previsto en el literal b) del numeral 6.1 de la Directiva, concordado con el literal e) del numeral 11.12 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082- 2019-EF. Para la presentación de los citados descargos, se le otorgó cinco (05) días hábiles.
6. Mediante Carta ingresada en el expediente Siged 202200243132 con fecha 22 de noviembre de 2022, la empresa COISELECT S.R.L. presentó sus descargos al Oficio N° 1871-2022-OS-GAF/ALOG.
7. Con fecha 29 de noviembre de 2022, la Unidad de Logística emitió el Informe GAF/ALOG-460-2022 sobre el resultado de la fiscalización posterior respecto de la mencionada Declaración Jurada, concluyéndose que el señor Walter Hugo Cáceres Grau está impedido para postular en un proceso de selección y para contratar con el Estado, de acuerdo a lo establecido en los literales a) y h) del numeral 11.1. del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, así como, está impedido para ser postor y contratar con Osinergmin, por encontrarse en el supuesto de impedimento contemplado en el literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva en concordancia con el numeral 6.6 del artículo 6 de la Directiva; por lo que la empresa COISELECT S.R.L. ha presentado información inexacta referida a la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Walter Hugo Cáceres Grau (folio 20 de la propuesta de COISELECT S.R.L. en el Ítem 05), y está impedida para contratar con Osinergmin en el marco de la Directiva.
8. A través del Memorándum N° GAF-1222-2022 de fecha 30 de noviembre de 2022, la Gerencia de Administración y Finanzas remitió al Comité de Selección el Informe GAF/ALOG-460-2022 de la Unidad de Logística, el cual constituye el informe sobre el resultado de la fiscalización posterior de la referida Declaración Jurada.

¹ Previa revisión de la página del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) <https://apps.osce.gob.pe/perfilprov-ui/ficha/10079307128> de donde se desprende que el señor Cáceres es cuñado del Congresista Williams.

9. Mediante el Informe N° 2763-2022-OS/DSR de fecha 12 de diciembre de 2022, el Comité de Selección solicitó al Comité de Apelación, que al haberse determinado la presentación de información inexacta por parte de COISELECT S.R.L. referida a la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Walter Hugo Cáceres Grau (folio 20 de la propuesta de COISELECT S.R.L. en el Ítem 05), se inicien las acciones que correspondan según lo dispuesto en artículo 18.3 y 18.4 del artículo 18° de la Directiva y, de ser el caso, declare la nulidad de la calificación del postor y los actos posteriores, sin perjuicio de conservar aquellos actos no afectados con el vicio de nulidad.
10. Mediante el Oficio N°08-2022-CA notificado el 16 de diciembre de 2022, el Comité de Apelación solicitó a COISELECT S.R.L. se pronuncie sobre la solicitud de nulidad presentada por el Comité de Selección, otorgando dos (02) días hábiles para la presentación de sus descargos.
11. Mediante Carta N° 08-2022-COISELECT (SIGED 202200264207) ingresado por la Ventanilla Virtual de Osinergmin con fecha 19 de diciembre de 2022, COISELECT S.R.L. solicitó la ampliación de plazo para la presentación de los descargos, en razón de lo expresado en el numeral 147.2 del artículo 147 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
12. Mediante Carta N° 09-2022-COISELECT (SIGED 202200265946) ingresado por la Ventanilla Virtual de Osinergmin con fecha 20 de diciembre de 2022, COISELECT S.R.L. presentó sus descargos, como respuesta al Oficio N° 08-2022-CA.
13. Mediante Carta N° 10-2022-COISELECT (SIGED 202200268133) de fecha 22 de diciembre de 2022, la empresa COISELECT S.R.L. presenta queja al trámite del Comité de Apelación alegando que no se había respondido a su solicitud de ampliación de plazo y a otorgar el uso de la palabra a sus abogados.
14. Mediante Oficio N°09-2022-CA notificado el 29 de diciembre de 2022, el Comité de Apelación deniega el plazo adicional para la presentación de los descargos en razón de lo dispuesto en el artículo 24 de la Directiva. Con referencia al uso de la palabra, en dicho oficio se señala que el trámite de la nulidad del referido proceso de selección en el marco de la mencionada Directiva es eminentemente documental, encontrándose resguardado el derecho de defensa con el plazo de los dos (02) días hábiles establecido en el artículo 24 de dicha Directiva.
15. Mediante Carta N° 01-2023-COISELECT de fecha 02 de enero de 2023, la empresa COISELECT S.R.L. solicita la aplicación del pronunciamiento uniforme del Tribunal Constitucional, del 6 de noviembre 2020, recaída en la sentencia relativa al Expediente N° 03150-2017-PA/TC (Pleno Sentencia 1087/2020), la misma que ha sido uniforme en todos los casos sobre la inaplicabilidad de la inhabilitación respecto a parientes de congresistas, relacionada a su ámbito a la luz de los derechos constitucionales que lo involucran y que dicha empresa presentó como uno de los argumentos para levantar el presunto vicio de Nulidad en el proceso de selección (Ítem 5).
16. Mediante Carta N° 02-2023-COISELECT (SIGED 202300002883) de fecha 05 de enero de 2023, la empresa COISELECT S.R.L. presenta un documento ampliatorio a sus descargos referentes al pedido de nulidad del proceso de selección.

II. Competencia del Comité de Apelación

1. El proceso de selección se llevó a cabo bajo los alcances de La Directiva; por lo que tal disposición legal resulta aplicable.
2. De acuerdo a lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 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 Directiva.
3. Al respecto, cabe señalar que de acuerdo con el artículo 24 de la Directiva, el Comité de Apelación puede declarar la nulidad de los actos del proceso de selección cuando se advierta que los mismos han sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del proceso o de la forma prescrita por la normativa aplicable.

Asimismo, de acuerdo con el tercer párrafo del referido artículo 24, en caso se advierta la posible existencia de alguna causal de nulidad, el Comité de Selección remite todos los actuados al Comité de Apelación, adjuntando un informe respecto de los hechos advertidos

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 9.1 del artículo 9, y el artículo 24 de la Directiva.

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, los que contraten servicios de fiscalización con Osinergmin; así como para el personal de Osinergmin que, en ejercicio de sus labores, participe en representación del área usuaria o del área de contrataciones de la entidad, ya sea en el proceso de selección, en las actividades de contratación o en la supervisión de la ejecución contractual, según corresponda.
2. Asimismo, el artículo 4 de la Directiva, señala que en todo aquello que no se encuentre expresamente normado en la presente directiva, Osinergmin, los participantes, postores y Empresas Supervisoras deben regir su accionar inspirados en los principios de acción establecidos en el Reglamento General de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM, los principios recogidos en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, y sus modificaciones, en todo aquello que resulte aplicable

De igual modo, cabe indicar que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la Ley y su Reglamento son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la

Ley, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

3. Ahora bien, cabe indicar que el numeral 8.2 del artículo 8 de la Directiva, establece que el Comité de Selección tiene a su cargo la convocatoria y conducción del proceso de selección de Empresas Supervisoras, así como las demás actuaciones establecidas en la presente Directiva. Son autónomos respecto a la organización, conducción y ejecución de los actos realizados durante sus labores.
4. El numeral 18.3 de la Directiva señala lo siguiente: *“18.3 Si con posterioridad a la etapa de evaluación y calificación de propuestas y antes de la suscripción del contrato, el Comité de Selección toma conocimiento o tiene algún indicio que en las propuestas o en otra documentación presentada durante el proceso de selección, obra algún documento sobre cuya veracidad o exactitud existe duda razonable, solicita a la Gerencia de Administración y Finanzas que efectúe la inmediata fiscalización, la cual se realiza siguiendo el mismo procedimiento establecido para la fiscalización de los procedimientos de selección en materia de contratación pública. El inicio de la fiscalización posterior no suspende el plazo de entrega de documentos para la firma del contrato, ni la suscripción del mismo. Los errores materiales pueden ser subsanados, en tanto no incidan en la evaluación y calificación del postor”* (el subrayado es nuestro).

Esto es que el órgano de Osinergmin para realizar la fiscalización posterior de los documentos presentados en el proceso de selección es la Gerencia de Administración y Finanzas por medio del área de contrataciones que es la Unidad de Logística.

5. Por su parte en el numeral 18.4 del artículo 18 de la Directiva, se señala que: *“En caso que, como resultado de la fiscalización posterior se verifique la presentación de información inexacta o documentación falsa o adulterada antes de la suscripción del contrato, el Comité de Selección remite la información al Comité de Apelación a fin que, de ser el caso, declare la nulidad de la calificación del postor y los actos posteriores, sin perjuicio de conservar aquellos actos no afectados con el vicio. Cuando la información inexacta o documentación falsa o adulterada haya sido presentada por el postor designado, se suspende la suscripción del contrato hasta el pronunciamiento del Comité de Apelación; para tal efecto, el Comité de Selección pone en conocimiento del área de contrataciones la comunicación efectuada al Comité de Apelación y ésta a su vez, comunica al postor designado la suspensión de la suscripción del contrato y del plazo para la presentación de la documentación requerida para tal efecto. La sola afirmación de la entidad o institución emisora de un documento sobre la falta de veracidad o autenticidad de éste, resulta suficiente para que el Comité de Apelación declare la nulidad de la calificación del postor y los actos posteriores, sin perjuicio de la posibilidad de verificar este hecho por otros medios.”*
6. Mediante Carta N° 09-2022-COISELECT (SIGED 202200265946) ingresado por la Ventanilla Virtual de Osinergmin con fecha 20 de diciembre de 2022, la empresa COISELECT S.R.L. presentó sus descargos, como respuesta al Oficio N° 08-2022-CA, así como, a través de la Carta N° 02-2023-COISELECT (SIGED 202300002883) de fecha 05 de enero de 2023, la referida empresa presentó un documento ampliatorio a sus descargos referentes al pedido de nulidad del proceso de selección; señalando lo siguiente:
 - a) El señor Cáceres es un profesional con más de veinte años de experiencia en la fiscalización de las actividades del sector electricidad, y que viene participando de estas actividades prestando sus servicios a favor de Osinergmin entre el año 2003 y el 2022, esto es viene desarrollando las actividades con anterioridad a la asunción de su cuñado como Congresista de la República en julio de 2021.
 - b) Sobre las indagaciones de Osinergmin en la Fiscalización Posterior, la empresa señala que el impedimento de contratar con el Estado impuesto al señor Cáceres es una interpretación rígida y literal de la ley de Contrataciones del Estado que afecta la libertad

de contratación, el debido proceso, la presunción de inocencia, el principio de interdicción de la arbitrariedad, y el derecho al trabajo del profesional y que se opone a la “línea jurisprudencial establecida por el Tribunal Constitucional” en materia de impedimentos para contratar de los familiares de altos funcionarios, dado que en la Sentencia STC N°03150-2017-PA/TC y N°07798-2013-PA/TC, la empresa afirma que se estableció una línea jurisprudencial en que el impedimento se encuentra delimitado a la contratación únicamente con el Congreso de la República porque el cuñado congresista ejerce el cargo en esa entidad.

En este orden de ideas, precisó que el Décimo primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima en el expediente N°05880-2022-95-1801-JR-DC-11, ha concedido protección jurídica a favor de un administrado en una medida cautelar ante la interpretación literal del OSCE².

- c) Reiteró que no se ha atendido su solicitud de uso de la palabra.
- d) Si el Informe GAF/ALOG-460-2022 señala que el señor Cáceres está impedido de contratar con el Estado, entonces se vulneraría el principio de licitud porque implica que COISELECT S.R.L. ha presentado un documento conteniendo información inexacta, lo cual vicia y direcciona el juicio del área de contrataciones.

En este sentido, la empresa COISELECT S.R.L. señaló que el Informe GAF/ALOG-460-2022 ha sido emitido contra el principio de legalidad y que se soporta en la Opinión N°029-2022/DTN del OSCE. Ante ello, la empresa alega que el “criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional” y la medida cautelar N°05880-2022-95-1801-JR-DC-11, rebaten estos argumentos, porque la Opinión N°029-2022/DTN del OSCE (de acuerdo a la medida cautelar del juzgado) ha sido emitida contraviniendo el principio de razonabilidad dado que la *“la regla constitucionalmente establecida en esta materia es : la prohibición de contratación se aplicara a la entidad en la que labore el alto funcionario, y no se debería extender a cualquier otra entidad estatal”*³. Es necesario indicar que la medida cautelar impuesta por el juzgado ha sido acatada por la OSCE.

- e) Bajo esta interpretación del Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, la empresa COISELECT S.R.L. afirmó que no existe impedimento del señor Cáceres para contratar con el Estado, en consecuencia, no se configura el impedimento señalado en el literal b) del numeral 6.2 de la Directiva. Ahondado a ello, al haberse presentado todas las declaraciones juradas conteniendo con información verdadera, corresponde mantener los efectos de la buena pro otorgada a COISELECT S.R.L.
- f) En la Carta N° 02-2023-COISELECT (SIGED 202300002883) de fecha 05 de enero de 2023, la empresa COISELECT S.R.L. se ratificó de lo señalado anteriormente y además alegó que el Séptimo Juzgado Constitucional relacionada a otra acción de amparo contra el OSCE en el expediente 07225-2022-95-1801-JR-DC-07 en que se emite una medida cautelar en un caso similar al impedimento que recae sobre el señor Cáceres, esto es que el impedimento se limita al ámbito de influencia del funcionario público impedido. En este sentido, se reiteró la solicitud de respetar la buena pro otorgada a COISELECT S.R.L. en los ítems 2, 3 y 5 del proceso de selección.

² Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

³Escrito de registro 202200265946 de fecha 20 de diciembre de 2022 p.10.

7. Con relación a los argumentos del pronunciamiento de COISELECT referidos en el numeral precedente, y con el fin de determinar si en el presente caso existe una causal de nulidad del proceso de selección se debe tener en cuenta lo siguiente:

- 7.1 De la revisión del expediente del proceso de selección, la empresa COISELECT S.R.L. presentó propuestas en los ítems 2, 3 y 5, resultando designado en los tres ítems. Cabe precisar que la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Walter Hugo Cáceres Grau fue presentada en el folio 20 de la propuesta de COISELECT S.R.L. en el ítem 05.
- 7.2 Con relación a si existe o no la documentación conteniendo información inexacta presentada por COISELECT S.R.L. en el ítem 5, corresponde evaluar en primer lugar si el señor Walter Hugo Cáceres Grau se encuentra o no incurso en la causal señalada en el literal b) del numeral 6.1 del artículo 6 de la Directiva. Esto es si en realidad se encuentra impedido por ser pariente en segundo grado de afinidad con el Congresista de la República del Perú, José Daniel Williams Zapata, quien entró en funciones en julio de 2021.

Al respecto, debemos señalar que la Sentencia del Tribunal Constitucional relativa al Expediente N° 03150-2017-PA/TC (Pleno Sentencia 1087/2020), citado por COISELECT S.R.L. para sustentar su argumentación, es una sentencia de una Acción de Amparo, por lo que los alcances de la citada sentencia se restringen únicamente a las personas a las que se refiere el caso concreto objeto de la demanda de amparo⁴, y de la revisión de la citada sentencia no existe alguna disposición que establezca la inaplicación general del numeral i) del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.

En la misma línea, con relación a las medidas cautelares dictadas por los juzgados constitucionales, se encuentran relacionadas a un caso concreto y son acatadas por el OSCE, conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución, pues ninguna autoridad puede dejar sin efecto sentencias, como las medidas cautelares por lo cual, el acatamiento del OSCE en estos casos específicos no implica el cambio de interpretación del texto expreso del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.

Es preciso resaltar que, en cuanto a la competencia del Comité de Apelación, se está prohibido de aplicar el control difuso de las normas. Es decir, este Comité está impedido, entre otros, de inaplicar las disposiciones sobre los impedimentos que expresamente el legislador ha establecido en la normativa especial de contrataciones del Estado.

No cabe pues que este Comité evalúe la validez de los impedimentos de la mencionada norma a la luz de los derechos constitucionales involucrados, y determine su inaplicación en los procedimientos de apelación y las nulidades de los procesos de selección, como ha ocurrido para el caso concreto y específico de la inaplicación dispuesta por sentencia del Tribunal Constitucional, o por sentencias de juzgado constitucional, referida a la situación jurídica de un administrado.

Ahora bien, cabe mencionar que este Comité, recogiendo la línea del Acuerdo de Sala Plena N° 003-2022/TCE “Acuerdo de Sala Plena que precisa los alcances del impedimento del Literal h) del numeral 11 1 del artículo 11° de la ley N° 30225”⁵, advierte que respecto al ámbito del impedimento establecido en el literal a), así como el del apartado (i) del literal h del numeral 11.1

⁴ Constitución Política del Perú

Artículo 200.- Son Garantías Constitucionales

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente.

No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.”

⁵ Considerando 4: ACUERDO DE SALA PLENA N° 003-2022/TCE “Acuerdo de Sala Plena que precisa los alcances del impedimento del Literal h) del numeral 11 1 del artículo 11 de la ley N° 30225”, publicado en el Diario Oficial el Peruano el 29 de diciembre de 2022

del artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, literales materia del presente análisis, en la frase “en todo proceso de contratación”, no se ha establecido ninguna excepción en la normativa que limite el ámbito de aplicación a solo una Entidad o un sector, por lo que es correcto afirmar que dicho extremo del impedimento da cuenta de todos los procesos de contratación desarrollados por todas las entidades públicas a nivel nacional.

Asimismo, el Acuerdo de Sala Plena N° 003-2022/TCE señala lo siguiente:

“7. (...) Cabe observar que el legislador ha optado por establecer una regulación tan detallada en torno a los impedimentos objeto de este Acuerdo, que elimina toda posibilidad de efectuar una interpretación distinta al texto expreso de la norma; ya que, de hacerlo, este tribunal administrativo se estaría sobreponiendo a la voluntad expresa de la ley formal.

8. En tal contexto, este Tribunal ha emitido abundante y uniforme jurisprudencia en los que se imputa a diversos proveedores haber contratado con el Estado pese a estar incurso en el impedimento materia de este Acuerdo. Respecto a los argumentos que este Tribunal, a través de sus respectivas salas, ha valorado para asumir la posición uniforme antes mencionada, es importante señalar que, en virtud del principio de legalidad, previsto en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, la LPAG), las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

Así, como tribunal administrativo, el Tribunal de Contrataciones del Estado ejerce las funciones que la Ley le otorga, realizando una aplicación de las normas que forman parte del ordenamiento jurídico vigente.

Teniendo ello en cuenta, en tanto se encuentran vigentes las disposiciones normativas del artículo 11 de la Ley, que regulan los impedimentos de todo proveedor para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista en los procedimientos de contratación pública, y en cuanto dicha norma se presume constitucional (al no haberse declarado su inconstitucionalidad a través del proceso respectivo), este Tribunal tiene el deber de aplicarla bajo sus propios términos, sin que pueda contemplar la posibilidad de no aplicar alguno de los impedimentos allí establecidos (...).”

Finalmente, respecto al impedimento señalado en el numeral i) del literal h) relacionado con el impedimento señalado en el literal a) del numeral 11.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, el primer Acuerdo de Sala Plena N° 003-2022/TCE, establece lo siguiente:

“1. La interpretación del impedimento previsto en el literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado, se realiza en los siguientes términos:

a) El numeral [i] del literal h) establece que las personas impedidas por existir una relación con las personas comprendidas en los literales a) y b) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, lo están respecto del mismo ámbito y por igual tiempo. En tal sentido, las personas que tengan relación con las personas listadas en el literal a), se encontrarán impedidas en todo proceso de contratación (desarrollado por cualquier Entidad), mientras éstas ejerzan el cargo, extendiéndose el impedimento por igual ámbito (todo proceso de contratación desarrollado por cualquier Entidad) hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.” (el subrayado es nuestro)

En atención a lo indicado, este colegiado es de la opinión que su accionar debe siempre enmarcarse bajo el principio de legalidad, en respeto a la Constitución, la ley y al derecho, y coincide con el criterio esgrimido por Tribunal de Contrataciones del Estado en su Acuerdo de Sala Plena N° 003-2022/TCE, en el sentido que, en tanto se encuentran vigentes las disposiciones normativas y en

cuanto dicha norma se presuma constitucional, al no haberse declarado su inconstitucionalidad este colegiado tiene el deber de aplicarla en sus propios términos y en la forma establecida.

Como se aprecia, de lo señalado precedentemente y considerando lo indicado en el numeral 5 de los Antecedentes, se desprende con meridiana claridad que el señor Walter Hugo Cáceres Grau se encuentra incurso en el impedimento establecido en el numeral i)⁶ del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado; en consecuencia, el señor Cáceres se encuentra dentro del supuesto de impedimento del literal b)⁷ del numeral 6.1 y el numeral 6.6 del artículo 6 de la Directiva; no obstante ello, el señor Cáceres suscribió con fecha 13 de octubre de 2022 la “Declaración Jurada de no tener Impedimento, Incompatibilidad y Prohibiciones”, estando expresamente impedido, conforme el artículo 11 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 6 de la Directiva.

En este sentido, COISELECT S.R.L. ha presentado en su propuesta información inexacta referida a la mencionada Declaración Jurada, en el Ítem 5 del proceso de selección.

Cabe mencionar que de conformidad con el numeral i) del literal h) del numeral 11.1 del artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, al encontrarse impedido el señor Cáceres, para ser participante, postor y contratista en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, y por ello, también impedido para ser participante, postor, personal propuesto y contratista respecto de un proceso de selección de empresas supervisoras; ello trae como consecuencia que la empresa COISELECT S.R.L. también se encuentre impedida en el Ítem 5 del proceso de selección en los mismos términos, en concordancia con el literal b)⁸ del numeral 6.1 y el numeral 6.6 del artículo 6 de la Directiva, al haber presentado como parte de su personal propuesto a una persona impedida.

8. Por su parte, el numeral 1.1 del punto 1 del Artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece el principio de legalidad, el cual dispone lo siguiente:

⁶ Artículo 11. Impedimento

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

a) El Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, (...), en todo proceso de contratación mientras ejerzan el cargo y hasta doce (12) meses después de haber dejado el mismo.

(...)

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

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

⁷ Artículo 6.- Impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones

6.1 No pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los siguientes supuestos:

(...)

b) Las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas.

(...)

6.6 Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.

⁸ Artículo 6.- Impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones

6.1 No pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los siguientes supuestos:

(...)

b) Las personas impedidas de contratar con el Estado, de acuerdo con la normativa de contrataciones públicas.

(...)

6.6 Los impedimentos, incompatibilidades y prohibiciones establecidos en el presente artículo se mantienen durante la vigencia del contrato, y alcanzan a los integrantes de los órganos de administración, apoderados y representantes legales de las personas jurídicas y personas naturales con negocio que postulen o sean contratadas como Empresas Supervisoras, así como a los profesionales o técnicos que sean presentados por ésta para la ejecución del servicio.

“Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

9. Asimismo, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General establece lo siguiente:

“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.” (la negrita es nuestro)*

10. 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 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.
11. 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; siendo necesario que 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.

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 contraviene las disposiciones contenidas en la Directiva, dado que la empresa COISELECT S.R.L. ha vulnerado el artículo 4 de la Directiva por haber contravenido el principio de integridad establecido en el literal j)⁹ del artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, por haber presentado en el Ítem 5 del proceso de selección información inexacta referida a la “Declaración Jurada de no tener Impedimentos, Incompatibilidades y Prohibiciones” suscrita por el señor Walter Hugo Cáceres Grau (folio 20 de la propuesta de COISELECT S.R.L.).

Asimismo, la empresa COISELECT S.R.L. está impedida para ser participante, postor y contratista respecto del Ítem 5 del referido proceso de selección, dado que ha presentado como personal propuesto a una persona impedida en dicho Ítem.

12. En ese sentido, el vicio detectado vulnera el principio de legalidad, consagrado en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, según el cual las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

⁹ j) Integridad. La conducta de los partícipes 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.

Asimismo, el referido vicio contraviene el principio de integridad, establecido en el literal j) del artículo 2 del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado.

13. En consecuencia, el Comité de Apelación concluye que, de conformidad con lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 de la Directiva, concordante con el artículo 24 de la Directiva, corresponde declarar la nulidad de oficio del Proceso de Selección N° 08-2022-OS-DSR - Segunda Convocatoria, respecto del Ítem 5, siendo que COISELECT S.R.L. presentó documentación conteniendo información inexacta en su propuesta; por lo cual corresponde retrotraer el proceso de selección en el ítem 5 hasta la etapa de evaluación y calificación de las propuestas, a efectos que el vicio detectado se corrija y, posteriormente se continúe con el proceso de selección.

14. Por las consideraciones expuestas, el Comité de Apelación por unanimidad, acordó lo siguiente:

1. Declarar la Nulidad de Oficio del Proceso de Selección de Empresas Supervisoras N° 08-2022- Osinergmin – DSR - Segunda Convocatoria, en relación con el ítem 5, al haberse advertido la contravención de la normativa aplicable y la vulneración de los principios de legalidad e integridad, retrotrayéndose el proceso de selección en el ítem 5 hasta la etapa de evaluación y calificación de propuestas, a efectos que el vicio detectado sea corregido por el Comité de Selección, y posteriormente se continúe con el proceso de selección.
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 de Empresas Supervisoras N° 08-2022- Osinergmin – DSR - Segunda Convocatoria.
3. Comunicar la presente Acta a la Gerencia de Administración y Finanzas a efectos que proceda conforme el numeral 39.2 del artículo 39 de la Directiva.

La presente reunión culmina con la firma de los integrantes del Comité de Apelación, lo cual da la conformidad a su contenido y actos descritos.

«dcarpio»

«feamesquita»

«evalenciap»

Representante
Gerencia de Asesoría Jurídica
Miembro Titular
Daniel del Carpio Arellano

Representante
Gerencia General
Presidente Titular
Fidel Edgard Amésquita Cubillas

Representante
Unidad de Logística
Miembro Suplente
Erika Valencia Pohl