



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

*CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
CUARTA SALA ESPECIALIZADA EN CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO*

Expediente N°: 2244 – 2023

Demandante : GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A.
Demandado : ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS
CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE
Materia : NULIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO

RESOLUCIÓN N°5

Lima, treinta de octubre del dos mil veintitrés. -

VISTOS:

Interviniendo como ponente la señora Jueza Superior **Beltrán Pacheco**, y con el expediente principal acompañado por los expedientes administrativos (se sigue foliación de la entidad) de conformidad con el estado del proceso; y,
ATENDIENDO:

PARTE EXPOSITIVA:

Sentencia Apelada

El señor Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo mediante a Resolución Número Ocho de fecha 12 de junio del 2023, obrante en las páginas 183 y siguientes, declaró fundada la demanda, declarando nula la Resolución N° 430-2023-TCE-S2 de fecha 27 de enero del 2023.

Recurso de Apelación:

A través del escrito de fecha 19 de junio de 2023, obrante en las páginas 191 y siguientes, el procurador público en representación de la entidad demandada OSCE, interpuso recurso de apelación, exponiendo como argumentos impugnatorios los siguientes:

- ✓ Sostiene que, el Tribunal verificó que la señora María Eugenia Mohme Seminario era accionista e integrante del órgano de administración

(miembro del directorio) de la empresa Grupo La República Publicaciones S.A. (desde el 26 de marzo del 2019), y a la vez tiene un vínculo de consanguinidad en primer grado (madre) con la Ministra de Comercio Exterior y Turismo, la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme (quien ocupó el cargo desde el 19 de noviembre del 2020 hasta el 28 de julio del 2021). La Ley de Contrataciones del Estado prevé que los impedimentos en la participación en un proceso de selección y/o para contratar con una Entidad Pública, aplicable cualquiera sea el régimen legal de contratación, a efectos de salvaguardar el cumplimiento de los principios de libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario dentro de los procesos de selección que las entidades llevan a cabo y que pueden generar situaciones de injerencia, ventajas, privilegios o conflictos de interés de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron, o por los vínculos particulares que mantienen, pudieran generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con los que se llevan a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.

- ✓ Señala que a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de la señora Ministra de Comercio Exterior y Turismo (que forma parte del Poder Ejecutivo), sí se le puede aplicar el impedimento de contratación con el Estado, en el sentido de que al tener un ámbito de influencia sobre todo el aparato estatal, puede ejercer influencia directa y generar suspicacias, además de notorios conflictos de interés), haciéndola extensiva a todas las instituciones del Estado.
- ✓ Indica que, el criterio adoptado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE a través de su Opinión, que es vinculante o de obligatorio cumplimiento, es que los funcionarios públicos, como en el presente caso lo es la Ministra de Comercio Exterior y Turismo, tiene como ámbito de ejercicio de sus funciones en todo el territorio nacional. En este sentido, al haberse delimitado el ámbito de aplicación del impedimento, el criterio utilizado por el Tribunal de Contrataciones se encuentra acorde a lo establecido en la normativa de contrataciones.

Concesorio de la Apelación:

Teniendo en consideración los términos de la apelación, a través de la resolución número nueve de fecha 12 de julio del 2023 se concedió el recurso interpuesto, elevándose los actuados a esta Sala Superior con fecha 17 de julio del 2023, por lo que habiéndose realizado los actos procesales correspondientes nos encontramos en el estadio procesal de emitir sentencia.

MARCO NORMATIVO APLICABLE AL CASO MATERIA DE ANALISIS

Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el D. Leg. N° 1067, aprobado por Decreto Supremo N°013-2008-JUS

Artículo 1.- Finalidad

La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados (...).

Artículo 33.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión.

Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

Artículo 148.-

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa.

Código Procesal Civil:

TITULO PRELIMINAR

Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. -

Artículo I.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

TUO de la Ley N°27444:

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.1. 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.*

1.2 Principio del debido procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo cuando sea compatible con el régimen administrativo.
(...)

1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público

1.7 Principio de presunción de veracidad. - En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
(...)

4. Motivación. - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

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°.

Artículo 42.- Presunción de veracidad¹

42.1 Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, respecto a su propia situación, así como de contenido veraz para fines administrativos, salvo prueba en contrario. En caso de documentos emitidos por autoridades gubernamentales o por terceros, el administrado puede acreditar su debida diligencia en realizar previamente a su presentación las verificaciones correspondientes y razonables.

¹ Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 diciembre 2016

Artículo 56.- Deberes generales de los administrados en el procedimiento

Los administrados respecto del procedimiento administrativo, así como quienes participen en él, tienen los siguientes deberes generales:

(...)

4. Comprobar previamente a su presentación ante la entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. **Legalidad**. - Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

2. **Debido procedimiento**. - Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.

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

4. **Tipicidad**. - Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(...)

8. Causalidad. - La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

9. Presunción de licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

Artículo 235. Procedimiento sancionador²

(...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

Artículo 236-A.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

(...)

f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 235.

Ley de Contrataciones del Estado - Ley N°30225

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas³

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

c) Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley.

50.3 El reglamento establece las reglas del procedimiento sancionador, los mecanismos de cobro de la multa impuesta, las formas de aplicar sanciones a consorcios, la gradualidad y proporcionalidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias. En el caso de consorcio, la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en alguna o algunas de las infracciones tipificadas en el numeral 50.1 de la presente ley; tratándose de declaraciones juradas y toda información presentada

² Artículo modificado por el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 diciembre 2016

³ Artículo modificado por el Artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1341, publicado el 07 enero 2017

en el procedimiento de selección, solo involucra a la propia situación de cada integrante

PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO:

Para resolver la materia objeto de apelación, debemos tener en consideración el principio “tantum devolutum quantum appellatum”⁴, el cual ha sido materia de análisis por parte del Tribunal Constitucional del Perú, quien en la sentencia N.º 05901-2008- PA/TC, señaló que el mencionado principio es una garantía procesal pues el órgano jurisdiccional al resolver la impugnación solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el medio impugnatorio que interponga, en este caso, el recurso de apelación. Es por ello, que en las SSTC N.º 00686-2007-PA/TC y N.º 05085-2009-PA/TC el Tribunal Constitucional ha considerado que la motivación es incongruente cuando: a) el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre agravios que no fueron alegados en el medio impugnatorio; y b) el órgano jurisdiccional omite pronunciarse sobre agravios que fueron propuestos en el medio impugnatorio

SEGUNDO

Asimismo, debemos tener presente que, como mecanismo de control judicial de la legalidad de la actividad de la administración pública, el artículo 148º de la Constitución, consagra la acción contenciosa-administrativa, a la cual se puede acudir en sede judicial frente a resoluciones administrativas que hayan causado estado. Dicha disposición encuentra desarrollo legislativo, en el artículo 1º del TUO de la Ley N° 27584, que dice: "La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.". Asimismo, en el numeral 228.1, del artículo 228º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444.

TERCERO:

Conforme a la revisión de los actuados, podemos determinar que el presente caso justiciable se refiere a los siguientes hechos:

- ✓ el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, emitió la Orden de Servicio N° 8348-2021-S con fecha 03 de diciembre del 2020, obrante a página 119 del expediente administrativo, a favor de la empresa demandante, para la contratación del “Servicio de publicación en medios impresos para notificar a las personas naturales o jurídicas, en vía subsidiaria, actos administrativos cuyas notificación personal fue declarado infructuosa, a través de la Dirección General de Autorizaciones en Telecomunicaciones

⁴ El principio contenido en el aforismo latino “Tantum Devolutum Quantum Appellatum”, indica que, en la apelación, la competencia del superior solo alcanza a la resolución impugnada y a su tramitación, por lo que corresponde a este órgano jurisdiccional revisor circunscribirse únicamente al análisis de la misma

del Ministerio de Transportes y Comunicaciones”, por el importe de S/. 5,168.69 soles.

- ✓ Posteriormente, mediante Memorando N° D000022-2022 -OSCE-DGR de fecha 26 de enero del 2022, obrante en la página 2 del expediente administrativo, la Dirección de Gestión de Riesgos del OSCE, comunicó al Tribunal de Contrataciones del Estado, que la empresa habría incurrido en infracción al contratar con el Estado estando impedido para ello.
- ✓ Mediante Resolución N° 0430-2023-TCE-S2 de fecha 27 de enero del 2023, se resolvió sancionar a la empresa Grupo La Republica Publicaciones S.A., por un periodo de cuatro meses de inhabilitación temporal en su derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por su responsabilidad al contratar con el Estado estando impedida para ello, infracción prevista en el literal c) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225.
- ✓ Debemos precisar que, se encuentra acreditado que la Sra. María Eugenia Mohme Seminario era accionista e integrante del órgano de administración como miembro del Directorio de la empresa Grupo La República Publicaciones S.A., desde el 26 de marzo del 2019; y que mantenía un vínculo de consanguinidad en primer grado (madre) con la Ministra de Comercio Exterior y Turismo, la Sra. Claudia Eugenia Cornejo Mohme, quien ocupó el cargo de ministro desde el 19 de noviembre de 2020 hasta el 28 de julio de 2021.(veáanse las páginas 76 y 77 del expediente administrativo)
- ✓ En dicho escenario, se debe precisar que el impedimento respecto al cual se sanciona a la empresa demandante, se encuentra tipificada en los literales h) y k) concordados con el literal b) del artículo 11 del TUO de la Ley N° 30225, los cuales se encuentran referidos a que una empresa contratista no puede contratar con el Estado, cuando:

“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:(...)

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

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

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

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

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

CUARTO:

Sobre el particular, se advierte que la citada norma si bien considera como personas impedidas de contratar con el estado a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de ciertos altos funcionarios del Estado, como en el presente caso a una Ministra de Estado; también lo es como la propia norma establece que el impedimento se efectiviza en aquellos casos en los que las relaciones contractuales se ejecutan en el mismo sector al que pertenece el pariente, por lo que estando a que la señora ministra Claudia Eugenia Cornejo Mohme se desenvolvía como tal en la cartera del sector de Comercio Exterior y Turismo, y no en el Ministerio de Transportes y Comunicaciones que es la entidad con la cual la empresa donde su madre es una de las accionistas con un once por ciento (11%) de participaciones, celebró un contrato comercial, no podríamos señalar que se habría vulnerado las normas vigentes, en tanto, no puede distinguirse donde la ley no distingue.

QUINTO:

Asimismo, si bien el procurador publico sostiene que el criterio adoptado por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, es que los funcionarios públicos, como en el presente caso lo es la Ministra de Comercio Exterior y Turismo, tiene como ámbito de ejercicio de sus funciones en todo el territorio nacional, por lo cual el impedimento es nacional, también lo es que el Tribunal Constitucional del Perú, en la STC N° 3150-2017-PA/TC, estableció que:

“En base a todo lo expuesto, se observa que las normas contenidas en el artículo 11.1, inciso “h” de la Ley 30225 (modificada por el Decreto Legislativo N° 1444) relativas al impedimento del cónyuge, conviviente o los **parientes hasta el segundo grado de consanguinidad** o afinidad de las personas naturales citadas en el artículo 11.1. a) de la referida norma, para ser participantes, postores, contratistas o subcontratistas con el Estado, **configuran una amenaza de violación al derecho a la libre contratación, por lo que corresponde declarar su inaplicación al presente caso**, con las siguientes excepciones:

a) la contratación con la propia entidad en la que labore dicha persona natural; y

b) la contratación del cónyuge, conviviente y parientes cercanos del presidente de la República.” (resaltado agregado)

En este orden de ideas, a la fecha del perfeccionamiento de la relación contractual a través de la Orden de Servicio N° 834 8-2021-S con fecha 03 de diciembre de 2020, a la señora María Eugenia Mohme Seminario, madre de la señora Claudia Eugenia Cornejo Mohme, quien ejerció el cargo de Ministra de Comercio Exterior y Turismo desde el 19 de noviembre de 2020 hasta el 28 de julio de 2021, no le alcanzaban los impedimentos previstos en los literales h) y k) en concordancia con el literal b) del artículo 11° del TUO de la Ley N° 30225, dado que la entidad que dio la Orden de Servicio no pertenece al ámbito del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; por lo que, se concluye que en el caso de autos la empresa demandante no se encontraba impedida para contratar con el Estado a través de la citada orden de servicio, habiéndose incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso 1 del artículo 10 del TUO de la ley N° 27444, no siendo amparables los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el procurador público de OSCE.

PARTE RESOLUTIVA

Por los fundamentos expuestos en la presente resolución se resuelve:

CONFIRMAR la Sentencia contenida en la Resolución Número Ocho de fecha doce de junio del 2023, que declaró **FUNDADA** la demanda, en consecuencia, se declara **NULA** la Resolución N°430-2023-TCE-S2 de fecha 27 de enero del 2023, en el proceso seguido por **GRUPO LA REPUBLICA PUBLICACIONES S.A.** con el **ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE**, Notificándose. ----

SS.

BELTRÁN PACHECO

CERNA LANDA

VALER FERNÁNDEZ

Pbp/Nog