



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
las Contrataciones del
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 009-2010-TC-S3

Sumilla : *Es infundado el recurso de reconsideración que no logra rebatir los fundamentos expuestos en la recurrida para imponer la sanción administrativa correspondiente.*

Lima, 06 ENE 2010

VISTO, en sesión de fecha 6 de enero de 2010 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 448/2007.TC, sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. contra la Resolución N° 2620-2009-TC-S3 de fecha 4 de diciembre de 2009, que dispuso imponerle inhabilitación temporal por el periodo de ocho (8) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; oído los informes orales el 28 de diciembre de 2009, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante publicación en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE) de fecha 17 de enero de 2007, la Red Asistencial Rebagliati del Seguro Social de Salud (ESSALUD), en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0607M20592 (Segunda Convocatoria), para la "Adquisición de material médico - HNERM-RAR-ESSALUD", por un valor referencial ascendente a S/. 87 017,52 (Ochenta y siete mil diecisiete con 52/100 Nuevos Soles).
2. El 19 de enero de 2007 se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, en el cual se presentaron en calidad de postores las siguientes empresas:
 - i) DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L.
 - ii) CONSORCIO conformado por las empresas MEDIC IMPORT S.R.L. y DROGUERÍA M Y M S.A.C.
3. El 25 de enero de 2007, tuvo lugar el acto de otorgamiento de la Buena Pro, cuyo ganador resultó ser la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L., en adelante el Postor.
4. Mediante escrito del 2 de febrero de 2007, el Consorcio conformado por las empresas MEDIC IMPORT S.R.L. y DROGUERÍA M Y M S.A.C., en adelante el Consorcio, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro del proceso de selección, a través del cual alegó, entre otros, que el Registro Sanitario presentado por el adjudicatario no establecía que la línea de infusión fuera compatible con las bombas de infusión GEMINI.
5. Mediante Resolución de Gerencia General N° 335-GG-ESSALUD-2007, de fecha 20 de febrero de 2007, la Entidad declaró infundado el recurso de apelación presentado por el

Consortio. Señaló, entre otros, que el Registro Sanitario presentado por el Postor se ajustaba a lo requerido en las bases administrativas, por cuanto no era necesario que dicho documento precisase la compatibilidad del producto ofertado con las Bombas de infusión modelos GEMINI, lo cual podía corroborarse con la Declaración Jurada presentada por éste y la folletería del producto adjuntada en su propuesta.

6. El 19 de marzo de 2007 la empresa MEDIC IMPORT S.R.L. denunció ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hoy, Tribunal de Contrataciones del Estado), en adelante el Tribunal, que el Postor había presentado documentación inexacta ante la Entidad. Al respecto, sostuvo que el Postor había alterado el rotulado de su producto, agregando al empaque de éste la frase "Compatible con Bomba GEMINI", pese a que dicho rotulado no coincidía al autorizado por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) y mucho menos acreditaba que el Postor, al obtener y solicitar el Registro Sanitario de su producto, hubiera probado la referida compatibilidad. A fin de sustentar dicha afirmación, el denunciante adjuntó el Oficio Nº 526-DIGEMID-DG-DAS-MINSA, mediante el cual DIGEMID le había informado cual era el rotulado aprobado para el producto ofertado por el Postor.
7. Mediante decreto del 20 de marzo de 2007, el Tribunal corrió traslado de la denuncia a la Entidad, a fin de que remitiera un informe técnico-legal sobre los hechos denunciados, así como los antecedentes administrativos correspondientes, de conformidad con el artículo 297 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 084-2004-PCM, en lo sucesivo el Reglamento.
8. Mediante Carta Nº 1749-OA-OARAR-GRAR-ESSALUD-2007, de fecha 11 de abril de 2007, la Entidad remitió el informe técnico legal y los antecedentes administrativos solicitados. Respecto a la responsabilidad de la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L., sostuvo que debía presumirse, en virtud al *principio de presunción de veracidad*, que los documentos presentados por los postores eran verdaderos.
9. Mediante decreto del 11 de abril de 2007, en atención a lo manifestado por la Entidad, se dispuso la remisión del expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que emitiera opinión sobre la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Postor por los hechos denunciados.
10. Por Acuerdo Nº 369/2008.TC-S3 de fecha 30 de septiembre de 2008, el Tribunal dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. por su supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o inexactos a la Entidad durante la Adjudicación de Menor Cuantía Nº 0607M20692 (Segunda Convocatoria), infracción tipificada en el numeral 9 del artículo 294 del Reglamento.
11. Mediante decreto de 10 de octubre de 2008, el Tribunal dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por su supuesta responsabilidad en la presentación, como parte de su propuesta técnica, de la "Declaración Jurada de presentación del producto y compromiso de plazo de entrega", en

15. El 9 de noviembre de 2009, el Postor presentó sus descargos, señalando los siguientes argumentos:

- a) La denuncia había ignorado que la compatibilidad de su producto con la Bomba GEMINI había sido ampliamente probada no sólo por su sustento técnico, sino por la práctica. Asimismo, indicó que las características del producto no habían sido modificadas en el rotulado, porque para tal hecho las características expuestas por éste debían ser incompatibles con las del rotulado.
- b) El denunciante había señalado que al momento de solicitar y obtener el Registro Sanitario no se había informado ni probado la compatibilidad, sin embargo no se había dicho en la denuncia que la Resolución de Gerencia General Nº 335-GG-ESSALUD-2007, de fecha 20 de febrero de 2007, había desestimado la anterior alegación del denunciante porque el Registro Sanitario se ajustaba a lo requerido en las Bases Administrativas y porque no era necesario que dicho documento precisase la compatibilidad del producto ofertado con las Bombas de infusión modelos GEMINI. Además, la Resolución de ESSALUD decía que "el fabricante no necesariamente debe precisar en este documento (Registro Sanitario) su compatibilidad con las bombas de infusión modelo GEMINI, ya que también pueden ser compatibles con otros modelos y marcas (ver la mencionada Resolución, que obra en autos y que está glosada también en el Acuerdo Nº 369/2008.TC-S3)".
- c) Se había acusado a su empresa de proporcionar documentación falsa o inexacta, en ambas hipótesis se requería la voluntad de alterar o simular la verdad, con efectos relevantes, hecho sobre documentos públicos o privados. Era por esa razón que la falsificación implicaba penalmente el "hacer en todo o en parte documento falso o adulterar uno verdadero para dar origen a derecho o probar algo" y que la falsedad implicaba el "simular, suponer, alterar la verdad intencionalmente", conforme estaban descritas en el Código Penal. Asimismo, manifestó que el uso de un ardid para falsear la realidad conducía a la definición del Código Penal para la estafa que era "inducir o mantener en error mediante engaño, astucia, ardid" y que ninguna de estas hipótesis se había cumplido en la realidad, no pudiéndose acusar a su empresa por dichas conductas.

Asimismo, el Postor exhibió como medio probatorios la siguiente documentación: i) Cuadernillo Individual ítem Nº 1 Línea para Bomba de Infusión sin Bureta compatible, con Equipo Gemini, ii) Protocolo de Análisis del producto presentado al acotado proceso de selección y iii) Resolución de Gerencia General de ESSALUD Nº 335-GG-ESSALUD-2007 de fecha 20 de febrero de 2007.

16. Mediante decreto de fecha 12 de noviembre de 2009, se tuvo por apersonado al Postor a la instancia administrativa, por absueltos los descargos y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resolviera.



Resolución N° 009-2010-TC-S3

la cual declaró que su producto era compatible con el equipo GEMINI, documento supuestamente inexacto presentado en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0607M20692 (Segunda Convocatoria), infracción tipificada en el numeral 9 del artículo 294 del Reglamento y lo emplazó para que, en el plazo de diez (10) días, formulara sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el presente procedimiento con la documentación obrante en autos.

12. Por decreto de fecha 2 de abril de 2009, previa razón de la Secretaría del Tribunal, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolverse con la documentación obrante en autos, toda vez que el Postor no cumplió con presentar sus descargos, y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resolviera.
13. El 8 de mayo de 2009, el Postor presentó sus descargos, señalando los siguientes argumentos:
 - a) El Tribunal debía reexaminar la Resolución N° 335-GG-ESSALUD de fecha 20 de febrero de 2007, porque sólo declarándola previamente como errada se podía luego declarar que había presentado documentación inexacta.
 - b) Al no haber impugnado oportunamente la empresa MEDIC IMPOR S.R.L. la referida Resolución, resultaba ilegal el que se pretendiera desvirtuar dicha Resolución a través del procedimiento administrativo sancionador, ello en resguardo del monopolio que disfrutaba aquella durante muchos años.
 - c) Lo afirmado por la empresa MEDIC IMPORT S.R.L. sobre la supuesta incompatibilidad de su producto con la Bomba GEMINI no se ajustaba con la verdad ya que la Resolución N° 335-GG-ESSALUD había señalado claramente que *"la compatibilidad de nuestro producto está demostrada con el mérito de la documentación obrante a folios 06 a 09"*.
 - d) A fin que se corroborara que su producto en efecto era compatible con la Bomba GEMINI, se ratificaba en la objetividad de las pruebas técnicas que demostraban que si eran compatibles con la Bomba de Infusión marca GEMINI.
14. A través del decreto de fecha 17 de septiembre de 2009, el Tribunal amplió el decreto de fecha 10 de octubre de 2008 a fin que se inicie procedimiento administrativo sancionador a la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. por su supuesta responsabilidad en la presentación, como parte de su propuesta técnica, de la "Declaración Jurada de presentación del producto y compromiso de plazo de entrega" en la cual declaró que su producto era compatible con el equipo GEMINI y por haber alterado el rotulado del empaque primario del producto INFUSO-FLEX, agregando la frase "Compatible con bomba de infusión marca GEMINI", documentos supuestamente falsos o inexactos presentados en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0607M20692 (Segunda Convocatoria), y otorgó al Postor el plazo de diez (10) días para que presentara sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Registral
del Poder Judicial
del Perú

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 009-2010-TC-S3

17. El 23 de noviembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia Pública, contando con la participación del Postor.
18. Por Resolución N° 2620-2009-TC-S3 de fecha 4 de diciembre de 2009, notificada el 7 de diciembre de 2009, la Tercera Sala del Tribunal impuso al Postor sanción administrativa de inhabilitación temporal por el período de ocho (8) meses, por haberlo encontrado responsable de la comisión de la infracción tipificada en el numeral 9) del artículo 294 del Reglamento, tras haberse constatado que presentó el rotulado de su producto INFUSO FLEX adulterado.
19. El 10 de diciembre de 2009, el Postor interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2620-2009-TC-S3.

Como sustento de sus solicitudes, el Postor alegó lo siguiente:

- a) Su empresa con fecha 23 de julio de 2008 había interpuesto una demanda contra la DIGEMID, la cual había sido admitida a trámite el 16 de septiembre de 2009 encontrándose pendiente de resolver. Asimismo, indicó que en dicha vía se determinaría si la DIGEMID había cancelado validamente o no su Registro Sanitario, correspondiente al producto autorizado mediante Resolución Directoral N° 16793-SS/DDIGEMID/DERN/DR de fecha 27 de noviembre de 2002, luego de haber sido modificado a través de la Resolución Directoral N° 7916-SS-SS/DGEMID/DAS/ERDICOSAN en el sentido de autorizarle a inclusión de la frase "Compatible con la Bomba de Infusión marca Gemini" en el rotulado del producto. Agregó, que su demanda estaba dirigida a que se declarara nula dicha cancelación y, en consecuencia, se le autorizara a incluir en el rotulado del producto la frase compatible con la bomba de infusión marca Gemini. Era por dicha razón que el Tribunal no se podía avocar sobre tales hechos, al encontrarse pendiente resolver tal controversia en vía judicial, de conformidad con el numeral 9 del artículo 139 de la Constitución.
- b) La DIGEMID había sancionado con una amonestación a su empresa por los mismos hechos, por lo que no correspondía que el Tribunal le impusiera una sanción de inhabilitación y que, además, dispusiera que se comunicara a la Presidencia del OSCE para que interpusiera una denuncia penal pues se estaría transgrediendo con ello el principio del non bis in ídem.
- c) La sanción impuesta resultaba desproporcionada, arriesgando con ello la liquidación de su empresa, con el consiguiente daño social y económico, por lo que era necesario la aplicación del principio de razonabilidad.

Asimismo, el Postor exhibió como medio probatorios la siguiente documentación: i) Demanda contenciosa administrativa interpuesta contra la Resolución Directoral N° 075-2008-DIGEMID-DG-MINSA, ii) Resolución N° 2, de fecha 20 de agosto de 2009, por el cual el 9º Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima admitió la demanda interpuesta, iii) Demanda contenciosa administrativa

interpuesta contra la Resolución Directoral Nº 059-2008-DIGEMID-DG-MINSA, iv) Resolución Directoral Nº 059-2008-DIGEMID-DG-MINSA, por el cual la DIGEMID declaró infundado su recurso de apelación.

20. Mediante decreto de fecha 10 de diciembre de 2009 se remitió el presente expediente a la Tercera Sala del Tribunal para el pronunciamiento correspondiente.
21. Por decreto de fecha 14 de diciembre de 2009, se solicitó información adicional al Postor.
22. El 14 de diciembre de 2009, el Postor adjuntó una Carta Fianza emitida por Scotiabank a favor del OSCE por un monto ascendente a S/. 3 550,00 nuevos soles.
23. El 17 de diciembre de 2009, el Postor remitió la información adicional requerida.
24. El 28 de diciembre de 2009, se llevó a cabo la Audiencia Pública con la participación de ambas partes.
25. El 30 de diciembre de 2009, el Postor solicitó la suspensión provisional de la sanción hasta que se expidiera la resolución que resolviera su recurso de reconsideración.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El artículo 249 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, establece que contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento sancionador podrá interponerse recurso de reconsideración dentro de los cinco días hábiles de notificada o publicada la respectiva Resolución.
2. En atención a la disposición glosada, se advierte de los actuados que la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. ha interpuesto el recurso de reconsideración que viene en grado dentro del plazo otorgado, cumpliendo con los requisitos exigidos para tal efecto por el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del CONSUCODE¹. En consecuencia, corresponde tener por admitido el referido recurso, debiendo el Tribunal emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.
3. En el caso de autos, el Postor ha interpuesto recurso de reconsideración contra la Resolución Nº 2620-2009-TC-S3, mediante la cual el Tribunal le impuso sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por el periodo de ocho (8) meses, al haberse determinado su responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el numeral 9

¹ De acuerdo con la Novena Disposición Complementaria Final de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo Nº 1017, cualquier referencia al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) se entenderá hecha al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).



PERU

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor de
Inversión Privada
S.O.S. INVERSIÓN
Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución N° 009-2010-TC-S3

del artículo 294 del Reglamento², tras haber constatado la adulteración del rotulado del producto INFUSO FLEX.

4. En el presente recurso de reconsideración, el Postor ha indicado que i) se suspenda el presente procedimiento hasta que se resuelvan los procesos judiciales en trámite, ii) la existencia de una transgresión al *principio del non bis in idem* y iii) la afectación de los *principios de razonabilidad y proporcionalidad*. En tal medida, resulta conveniente emitir pronunciamiento respecto de los cuestionamientos planteados en el recurso que nos ocupa³ y verificar si se han aportado nuevos elementos de juicio que permitan al Tribunal modificar la decisión que adoptó en la resolución recurrida.

- i. Respecto a la acción contenciosa administrativa contra la Resolución Directoral N° 059-2008-DIGEMID-MINSA:

5. Al respecto, cabe señalar que el Postor ha solicitado que se suspendiera el presente procedimiento administrativo sancionador en razón que se encontraría en trámite el proceso contencioso administrativo contra la Resolución Directoral N° 059-2008-DIGEMID-MINSA, de conformidad con el artículo 139, inciso 2, de la Constitución de 1993⁴.

² Artículo 294.- Causales de aplicación de sanción a los proveedores, participantes, postores y contratistas.- El Tribunal impondrá la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

9) Presenten documentos falsos o inexactos a las Entidades o al CONSUCODE.

[...]

³ Sobre el particular, el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que 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. En la misma línea, el numeral 4 del artículo 3 del citado cuerpo legal prescribe que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

⁴ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

(...)

6. De la documentación brindada por el propio Postor, se ha verificado que mediante la Resolución Directoral Nº 059-2008-DIGEMID-MINSA la DIGEMID declaró infundado el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución Directoral Nº 1801-SS/DIGEMID/DAS/ERDICOSAN de fecha 5 de febrero de 2008, la cual resuelve cancelar el Registro Sanitario Nº N-0955-IMM correspondiente al producto: LINEA DE BOMBA DE INFUSIÓN CON BURETA GRADUADA "INFUSO BUREX", siendo que el producto materia del presente procedimiento es el "INFUSO FLEX", por lo que no corresponde acoger en este extremo la solicitud realizada por el Postor.
- ii. Respecto a la Resolución Directoral Nº 075-2008-DIGEMID-MINSA:
7. Sobre el particular, el Postor ha solicitado se suspenda el presente procedimiento en tanto no se resuelva el proceso contencioso administrativo interpuesto contra la Resolución Directoral Nº 075-2008-DIGEMID-DG-MINSA, en aplicación del artículo 139, inciso 2, de la Constitución de 1993. Asimismo, sostiene que con la emisión de la Resolución materia de análisis se habría vulnerado el *principio del non bis in ídem*.
8. Cabe destacar, que a través de la Resolución Directoral Nº 075-2008-DIGEMID-DG-MINSA la DIGEMID declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por el Postor contra la Resolución Directoral Nº 355-2007-DIGEMID-DCVS, por la cual la DIGEMID dispuso amonestar por primera y única vez al Postor, debido a que, mediante Actas V-104-2007, V-106-2007, V-107-2007 y V-112-2007, de fechas 4 de abril y 10 de mayo de 2007, los inspectores de la Dirección de Control y Vigilancia Sanitaria habían realizado visitas a la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L., al Almacén Central de la Sede Central de ESSALUD, al Almacén Hospitalario de la Red Asistencial Rebagliati-ESSALUD y al Almacén de Material Médico del Hospital Rebagliati, habiendo detectado la existencia de los productos: línea para bomba de infusión INFUSO FLEX y línea para bomba de infusión con bureta graduada INFUSO BUREX, los cuales tenían consignado en su rotulado la frase "Compatible con bomba de infusión marca Gemini", modificación que no había sido autorizada por la DIGEMID.
9. Al respecto, el *principio non bis in ídem*, en términos generales, contiene dos acepciones: una material y otra procesal. En su acepción material, dicho principio supone que nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho puesto que tal proceder constituye un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. En su acepción procesal, significa que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir que un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

En ambas acepciones, la aplicación del *non bis in ídem* impide que una persona sea juzgada o sancionada por una misma infracción cuando exista la triple identidad arriba anotada.



Resolución Nº 009-2010-TC-S3

10. En línea con lo anterior, la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento⁵.

11. Cabe señalar que el *principio non bis in ídem* no es de aplicación únicamente ante una dualidad configurada en un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, sino que dicho principio se hace extensivo incluso a procedimientos de la misma naturaleza jurídica, como es el caso de dos procedimientos administrativos sancionadores. Sobre este punto, el Tribunal Constitucional en su Sentencia recaída en el Expediente Nº 2050-2002-AA/TC ha señalado lo siguiente: «*En su vertiente procesal, tal principio (non bis in ídem) significa que nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos, es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos con el mismo objeto)*» (el subrayado es nuestro).

12. A mayor abundamiento, resulta pertinente resaltar la importancia que supone la observancia del *principio non bis in ídem* dentro de cualquier procedimiento administrativo sancionador, toda vez que dicho principio forma parte, a su vez, del principio del debido procedimiento consagrado en el numeral 1.2 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, el cual tiene su origen en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

13. En ese orden de ideas y, desde la perspectiva de la triple identidad indicada, en el caso bajo análisis se aprecia que existe identidad respecto del sujeto, por cuanto la empresa sometida al presente procedimiento administrativo sancionador es la misma que fue sancionada con una amonestación.

Por otra parte, se aprecia que no existe identidad respecto de los hechos materia de la imposición de sanción pues, en el presente caso se ha denunciado el hecho que el Postor presentara el rotulado adulterado del producto materia de análisis, pues adjuntó a su propuesta copia del rotulado de su producto INFUSO FLEX adulterado, pues en el se aprecia un agregado que no había sido autorizado por la DIGEMID, mientras que en el procedimiento seguido ante la DIGEMID el hecho parte de la denuncia por comercialización dolosa de los productos INFUSO FLEX, hecho por el cual la DIGEMID programó y realizó de manera simultánea inspecciones a la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L., al Almacén Central de la Sede Central de ESSALUD, al Almacén Hospitalario de la Red Asistencial Rebagliati-ESSALUD y al Almacén de Material Médico del Hospital Rebagliati, habiendo detectado la existencia de los productos: línea para bomba de infusión INFUSO FLEX y línea para bomba de infusión con bureta graduada INFUSO BUREX, los cuales tenían consignado en su rotulado la frase "Compatible con bomba de

⁵ Numeral 10 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

infusión marca Gemini", modificación que no había sido autorizada por la DIGEMID, procediendo a la incautación de los mismos.

Finalmente, en cuanto al fundamento debemos precisar que ambos procedimientos administrativos reposan en la tutela de distintos bienes jurídicos, en la normativa de contrataciones el bien jurídico tutelado es *la fe pública* y el *principio de moralidad*, mientras que en el otro caso es la protección de la comercialización de productos de acuerdo al Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines.

14. En consecuencia, ha quedado acreditado en el presente caso que no hay una triple identidad en los elementos necesarios para la configuración del *principio non bis in ídem*. Por lo que no corresponde en este extremo acoger lo solicitado por el Postor.

iii. Respecto a la sanción impuesta:

15. El Postor ha alegado que la sanción impuesta por este Colegiado resulta desproporcionada y que ella arriesgaría la liquidación de su empresa. Asimismo, sostiene que ésta no guardaría relación con los hechos.
16. Al respecto, el Postor ha sostenido que no ha habido daño al interés público y/o bien jurídico protegido, pues considera que no ha faltado al deber de moralidad y que más bien los pacientes y la función pública de ESSALUD se había visto favorecida por una disminución sustancial del producto materia de análisis.
17. Sobre este extremo, es preciso resaltar que todo postor es responsable de la veracidad de los documentos presentados ante la Entidad, hayan sido proporcionados por él mismo o por un tercero, por cuanto el beneficio por la falsificación o inexactitud incurrida recae directamente sobre él, obligando a los proveedores, postores y contratistas a ser diligentes en cuanto a la veracidad de los documentos presentados.
18. Lo antes expuesto encuentra sustento en los objetos de protección de la infracción imputada, propiamente en el *principio de moralidad* que rige las contrataciones estatales⁶, y que a su vez forma parte del bien jurídico tutelado de la fe pública, así como en el *principio de presunción de veracidad*, por el cual se presume que los documentos y declaraciones formuladas por los administrados en la tramitación de procedimientos administrativos son verificados por quien hace uso de ellos y responden a la verdad de los hechos que ellos afirman, salvo prueba en contrario⁷.

⁶ Por el *principio de moralidad*, consagrado en el literal b) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 1017, los actos referidos a las contrataciones de las Entidades estarán sujetas a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

⁷ Numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar y artículo 42 de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.



PERU

Ministerio
de Economía y Finanzas

Superintendencia Nacional de
Instituciones de Seguro Social
del Estado

Tribunal de
Contrataciones del Estado

Resolución Nº 009-2010-TC-S3

En el presente caso, conforme se ha verificado el Postor agregó al rotulado adjunto a su propuesta técnica una frase que no tenía el autorizado por la DIGEMID.

19. Asimismo, el Postor señala que no existe un perjuicio económico; sin embargo, es necesario aclarar que el daño descrito en la normativa de contrataciones busca tutelar el interés público (entendido como el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes que prevalecen sobre un interés individual que se le oponga o le afecte) que se fundamenta en la satisfacción de las necesidades estatales para la consecución de sus fines institucionales programados con anticipación.
20. De igual forma, respecto al argumento del Postor de que su empresa no ha presentado ningún antecedente de sanción, ello fue tomado en cuenta por este Colegiado al momento de imponer la sanción.
21. Además, sostiene que debe considerarse las circunstancias de la comisión de la infracción, no debiéndosele atribuir mala fe, alteración maliciosa de la verdad, ni argumento alguno que contribuya a agravar su proceder. Sobre este punto, debemos indicar que el Postor presentó el rotulado de su producto INFUSO FLEX adulterado, pues agregó en aquél la frase "Compatible con Bomba de Infusión marca Gemini" pese a tener conocimiento que ello no había sido autorizado por la DIGEMID.
22. Respecto a la falta de beneficio obtenido, el Postor alega que no era necesario la anotación en el rotulado para ganar la licitación; sin embargo, se verifica que las Bases requerían que el cumplimiento de las especificaciones técnicas fueran sustentadas con folletos y catálogos, optando el Postor por acreditar la característica ofrecida (la compatibilidad con la bomba Gemini) por adjuntar los rotulados donde aparezca la característica solicitada, aún cuando era de pleno conocimiento del Postor que se trataba de un rotulado no autorizado por DIGEMID y esta característica no fue acreditada por ningún otro medio adicional.
23. Por otro lado, el Postor sostiene que no hubo intencionalidad en su conducta; no obstante, conforme se ha verificado la conducta del Postor tenía un fin, el sustentar que su producto si cumplía con la característica de ser compatible con modelos de bomba de infusión solicitada en las Bases.
24. En ese sentido, este Colegiado considera que en el recurso de reconsideración interpuesto, no se han aportado nuevos elementos de juicio que ameriten la variación de lo resuelto, por lo que se concluye declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L., debiendo tenerse en cuenta que con la presente decisión se agota la vía administrativa a fin que, de estimarlo conveniente a sus intereses, el Postor haga uso de los recursos que la ley prevé.
25. Sin perjuicio de lo expuesto, se ha evidenciado que en la interposición del presente recurso de reconsideración el Postor ha presentado la Carta Fianza Nº 010156329 000 a favor del OSCE, la cual ha señalado el Postor constituye una garantía por el recurso

interpuesto; al respecto, es necesario indicar que el artículo 249 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, ha señalado que como requisito de admisibilidad del recurso de reconsideración deberá acompañarse una garantía equivalente a una Unidad Impositiva Tributaria (1 UIT) vigente; sin embargo, es necesario precisar que en el TUPA vigente del OSCE aprobado por Decreto Supremo Nº 043-2006-EF⁸, no se ha regulado lo establecido en el artículo 249 del mencionado Reglamento, respecto a la presentación de la garantía; por lo que se concluye que a la fecha, la garantía antes mencionada no constituye un requisito de admisibilidad para que los participantes, postores o contratistas interpongan su respectivo recurso de reconsideración contra la resoluciones que impongan sanción. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto en el TUPA del OSCE, este Colegiado considera que corresponde devolver la garantía presentada por el Postor durante la presentación de su recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución Nº 2620-2009-TC-S3.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Víctor Rodríguez Buitrón y la intervención de los Vocales Dr. Carlos Navas Rondón y Dr. Juan Carlos Valdivia Huaranga, y atendiendo a la reconfiguración de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución Nº 033-2009-OSCE/PRE, expedida el 25 de febrero de 2009, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo Nº 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo Nº 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad,

⁸ Requisitos para la Interposición de un recurso de reconsideración en los procedimientos de aplicación de sanción: Estar dirigido a la Presidencia del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; Identificación del impugnante, debiendo consignar su nombre y número de documento oficial de identidad, ó su denominación o razón social del impugnante. En caso de actuación mediante representante, no acreditado en el procedimiento, se acompañará, además, la documentación que acredite tal representación; El petitorio, que comprende la determinación clara y concreta de la pretensión con la debida fundamentación legal; Debe contener indicación expresa sobre la fecha y el número de la constancia de pago de la tasa correspondiente; Firma del impugnante o de su representante; En el caso de Consorcios, deberá firmar su o sus apoderados o representantes comunes designados; Domicilio procesal en la ciudad de Lima y correo electrónico propio, La identificación del expediente de la materia; Copias simples del escrito completo y sus recaudos para la otra parte; Deberá estar autorizado por abogado colegiado con indicación de su nombre, y número de registro; Si el recurso contiene otrosíes o fórmulas similares, éstos deben contener pedidos independientes del principal; Si se presentan anexos, éstos serán identificados y mencionados Precisar el acto o resolución que se impugna; Número de Inscripción en el Registro Nacional de proveedores; En la parte superior derecha, se indicará en orden descendente: número de expediente, sumilla del pedido y número del escrito; De los recaudos del recurso: Copia del escrito y copia de los recaudos para cada una de las partes que intervienen en el procedimiento.

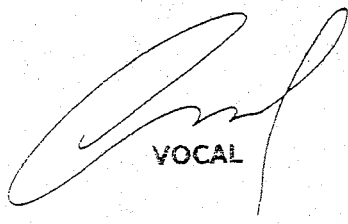


Resolución N° 009-2010-TC-S3

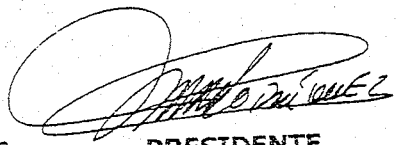
LA SALA RESUELVE:

1. Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el postor DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. contra la Resolución N° 2620-2009-TC-S3 de fecha 4 de diciembre de 2009, la cual se confirma en todos sus extremos, por los fundamentos expuestos.
2. Dar por agotada la vía administrativa.
3. Devolver la garantía presentada por la empresa DENTI-LAB DEL PERÚ S.R.L. durante la interposición del recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2620-2009-TC-S3.

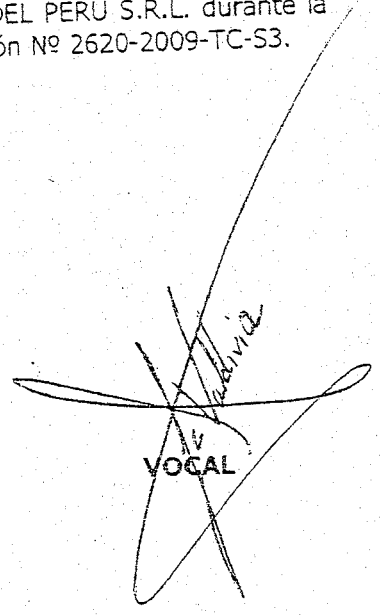
Regístrese, comuníquese y publíquese.



VOCAL



PRESIDENTE



VOCAL

ss.
Rodríguez Buitrón
Navas Rondón.
Valdivia Huaríngá.