

PRECEDENTES VINCULANTES

(Constitucionales, Judiciales y Administrativos)

Año XXXIII / N° 1236

1

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

TRIBUNAL SUPERIOR DE RESPONSABILIDADES ADMINISTRATIVAS

ACUERDO PLENARIO N° 01-2024-CG/TSRA-SALA PLENA

En Lima, a los 14 días del mes de febrero de 2024, en la Sesión n.º 02-2024 de la Sala Plena del Tribunal Superior de Responsabilidades Administrativas, en adelante TSRA, con la asistencia de los señores vocales titulares Mónica Roxana Rosell Medina, presidenta, César Enrique Aguilar Surichaqui, Jaime Pedro de la Puente Parodi, Richard Frank León Vargas y Ana Kimena Leyva Wong, y la señora Marita Jacqueline Alzamora Tinageros en calidad de vocal encargada, reunidos en Sala Plena; de conformidad con lo dispuesto en los artículos n.ºs 24, 27, 28 y 30 del "Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador por Responsabilidad Administrativa Funcional", aprobado mediante la Resolución de Contraloría n.º 166-2021-CG y sus modificatorias, en adelante el Reglamento; acordaron pronunciarse sobre los elementos del tipo infractor previsto en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley n.º 27785, en adelante la Ley, con el objeto de adoptar un precedente de observancia obligatoria relativo a dicho numeral.

I. ANTECEDENTES:

1.1 Dentro del marco del plan de mejora de procesos de la Contraloría General de la República, en adelante CGR, suscrito el 1 de agosto de 2023 por el entonces presidente del TSRA, se estableció que el TSRA determine precedentes de observancia obligatoria (acuerdos plenarios) para la aplicación del órgano instructor y del órgano sancionador a fin de asegurar la predictibilidad.

1.2 Mediante Memorándum Circular n.º 000008-2023-CG/TSRA del 24 de agosto de 2023, el presidente del TSRA a dicha fecha, remitió a los señores vocales un listado de identificación de criterios resolutivos del tribunal entre los cuales se identificó el presente tema.

1.3 El presente documento ha sido elaborado siguiendo la metodología estándar establecida por las altas cortes nacionales y extranjeras para la adopción de precedentes de observancia obligatoria y criterios interpretativos, observándose las siguientes cinco etapas:

- Etapas de estudios técnicos;
- Etapas de debate académico y reflexión externa;
- Etapas de reflexión y debate interno;
- Etapas de elaboración y sustentación de ponencias;

y,
e. Etapas de revisión, ajuste y aprobación del documento.

1.4 Del 18 de octubre al 17 de diciembre del 2023 se desarrollaron los estudios e informes técnicos que dieron cuenta de las resoluciones expedidas por el TSRA sobre la materia, la doctrina y jurisprudencia comparada sobre el tema propuesto por la presidencia del TSRA (para el presente documento, el numeral 9 del artículo 46º de la Ley). Dichos documentos fueron remitidos a los señores vocales luego de concluido el primer conversatorio, junto con las conclusiones de este último.

1.5 En paralelo, se inició la organización del Primer Conversatorio que abordó el tema propuesto. Así, el 22 de noviembre del 2023, se llevó a cabo una sala plena en donde se informó la génesis, detalles y fechas del señalado conversatorio, como parte del proceso de adopción de precedentes de observancia obligatoria.

1.6 El 14 de diciembre del mismo año, tuvo lugar el señalado evento dedicado a la discusión y reflexión de la temática por parte de cuatro *amicus curiae* representantes del más alto nivel académico de modo de coadyuvar a la mejor elaboración del precedente propuesto. Dicho evento contó con la presencia de los vocales del TSRA, su personal técnico y administrativo, el órgano sancionador, los órganos instructores a nivel nacional, magistrados y jueces supremos, constitucionales, superiores, fiscales y procuradores anticorrupción. Asimismo, se contó con la presencia de decanos de facultades de derecho del país y muy destacados catedráticos, autores y expertos en la materia.

1.7 El Primer Conversatorio arrojó valiosos elementos conceptuales, dogmáticos, doctrinarios y jurisprudenciales a ser tenidos en cuenta, tales como:

- La relación entre el principio de imparcialidad y el deber de neutralidad del funcionario y servidor público. Habrá ausencia de imparcialidad cuando se vulnere la norma y además exista un daño real y efectivo.

- La actuación parcializada requiere del dolo que, por un lado, tiene un componente de intelectualidad (conocimiento), es decir, que en su consumación el sujeto agente es consciente de lo que realiza, y por otro lado, tiene un componente volitivo, es decir, un dominio pleno y direccionado de su voluntad. Es bajo este contexto que, una conducta dolosa exige un estándar probatorio documental o indiciario, considerando los alcances del artículo 248º numeral 9 del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley n.º 27444 del Procedimiento Administrativo General (LPAG) aprobado mediante Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS, que regula el principio de presunción de licitud, no siendo viable una motivación aparente para su configuración.

- La imparcialidad es un deber de la administración pública que es la encargada de materializar los intereses públicos conforme a sus competencias, para lo cual, el funcionario o servidor público debe actuar de manera



objetiva e imparcial, respetando los derechos de los administrados. Como la actuación parcializada implica intencionalidad, es una acción y no una omisión. En otras palabras, implica beneficiar a alguien perjudicando a otro.

• El tipo infractor exige acreditar que existe intención o interés manifiesto de beneficiar a alguien. Además, el perjuicio que debe emerger del tipo infractor es un perjuicio de naturaleza patrimonial. Se descarta la posibilidad de un perjuicio potencial. Por su parte, el beneficio al que alude el numeral 9 bajo comentario implica una facilidad o ventaja.

1.8 Con fecha 20 de diciembre de 2023, tuvo lugar la primera mesa de trabajo del TSRA la que fue convocada específicamente para iniciar el debate interno sobre el tema candidato propuesto. En dicha reunión, se presentaron los documentos técnicos y las conclusiones del conversatorio como elementos de contexto. Asimismo, se presentó la ponencia inicial por parte del señor vocal Aguilar Surichahui quien voluntariamente aceptó el encargo de la presidencia.

1.9 A partir de dicha fecha, se inició la etapa de reflexión individual y debate en sala, dentro de la cual con fechas 20 de diciembre del 2023 y el 9 de enero del 2024 se llevaron a cabo dos reuniones de trabajo previas a la sala plena, para la consideración grupal del documento presentado.

1.10 Del 10 de enero al 9 de febrero del presente año y recogiendo las recomendaciones que tuvieron a bien presentar los señores vocales durante dicho periodo de

reflexión y debate interno, tuvieron lugar las sesiones de trabajo para la consideración y adopción de la ponencia presentada por el citado vocal. Luego de las cuales se convocó a la segunda sala plena para la adopción del presente precedente de observancia obligatoria, conforme consta en el acta correspondiente.

II. JUSTIFICACIÓN

2.1 El 25 de junio de 2018 a fin de regular los elementos de los tres tipos administrativos más recurrentes en el TSRA, que en conjunto representaban el 66% de las sanciones apeladas, se emitieron tres acuerdos plenarios, entre ellos, el establecido en el inciso b) del artículo 46 de la Ley n.º 27795, descrito y especificado en el numeral 7 del literal h) del reglamento de la Ley n.º 29622 relacionado a la contratación pública (antecedente del numeral 9 que hoy nos ocupa), representando a dicha fecha el 33% de las sanciones apeladas. Cabe señalar que el precedente de observancia obligatoria n.º 01-2018-CG/TSRA adoptado por el TSRA a dicha fecha, cesó en sus efectos como resultado de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de abril de 2018 y publicada el 26 de abril de 2019, que declaró la inconstitucionalidad de los tipos infractores contenidos en artículo 46 de la Ley.

2.2 Al 3 de noviembre del 2023, respecto a la infracción contenida en el numeral 9 del artículo 46º de la Ley, de manera referencial se tiene que, la Oficina de Gestión de la Potestad Administrativa Sancionadora (OGPAS), registra el siguiente detalle:

Cuadro n.º 1

PROCESAMIENTO Y SANCIÓN EN PRIMERA INSTANCIA RELACIONADA AL TIPO INFRACTOR ESTABLECIDO EN EL NUMERAL 9			
Total de Expedientes	Expedientes(Con Infracción 9)		
465	157	34%	
FASE / INSTANCIA	ESTADO	EXPEDIENTES	
Fase Instructiva	En Desarrollo	51	33%
	Concluidos	33	21%
Fase Sancionadora	En Desarrollo	20	13%
	No ha lugar a imposición de sanción	3	2%
	Sanciones consentidas	5	3%
	Sanciones (Plazo de Apelación)	7	4%
TSRA	En desarrollo	10	6%
	Sanciones confirmadas / modificadas	21	13%
	Sanciones revocadas	7	5%
Total		157	100%

Fuente: OGPAS al 03.NOV.2023.

2.3 Según la data suministrada por la Secretaría Técnica del TSRA, en el año 2023 ingresaron al TSRA 156 expedientes PAS, de cuales se ha concluido al 6 de febrero del 2024, 133 expedientes (74 por la Sala 1 y 59 por la Sala 2). De ellos, 43 (28 por la Sala 1 y 15 por la Sala 2), es decir, el 33% del total de expedientes concluidos, están referidos al tipo administrativo contenido en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley, siendo el sentido resolutivo de cada sala, el siguiente:

Sala 1	
Fundado	13
Fundado en parte	2
Fundado y fundado en parte	2
Infundado y fundado en parte	1
Infundados	4
Nulidad	5
Nulidad parcial e infundados	1
Total	28

Sala 2	
Fundado	2
Fundado en parte	4
Fundado en parte e infundado	2
Fundado y fundado en parte	1
Infundados	4
Infundado y fundado en parte	1
Nulidad	1
Total	15

2.4 Las cifras presentadas, evidencian la elevada incidencia y/o recurrencia en la determinación de la conducta infractora prevista en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley y de los criterios resolutivos reiterados o discrepantes emitidos por las respectivas salas. Ello justifica la necesidad de establecer criterios uniformes para la identificación de los elementos constitutivos del tipo infractor referido, a fin de velar por la correcta interpretación de las normas del procedimiento sancionador y por la predictibilidad de las decisiones.

2.5 Sin perjuicio de lo señalado, es importante indicar que la parcialización en el ejercicio de la función pública es un tema siempre relevante, considerando que se trata de un tipo infractor que nos ubica en el ámbito de las conductas intencionales. En ese sentido, definir aspectos relacionados a sus elementos constitutivos permitirá poder focalizar e identificar actos de gestión que materialicen un nivel de afectación al deber de neutralidad e imparcialidad de los operadores administrativos. Asimismo, permitirá identificar los mínimos principios lógico-probatorios para asegurar una suficiente evidencia que pueda legitimar el fenecimiento del principio de presunción de licitud que le asiste a los administrados, dentro del marco de la Ley n.º 27785, del literal k) artículo 25, literal a) del artículo 28, literal e) del artículo 40, literal l) del numeral 47.1 del artículo 47 del Reglamento y del TUO de la LPAG, entre otros.

2.6 Finalmente, conforme a lo previsto en el inciso a) del artículo 28 del Reglamento, es función de la Sala Plena establecer los precedentes administrativos de

observancia obligatoria teniendo en cuenta, entre otros, los criterios aprobados por las Salas en las resoluciones que hubieran emitido, con sujeción a las materias establecidas en el citado Reglamento. En atención a lo indicado, esta Sala Plena justifica la necesidad de establecer el presente precedente administrativo de observancia obligatoria sobre la base de los criterios aprobados por la Salas del TSRA en sus resoluciones emitidas, con relación a la conducta infractora prevista en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley.

III. ANÁLISIS

3.1 Con base en lo expuesto, y teniendo en consideración las resoluciones emitidas sobre la materia por las Salas 1 y 2 del TSRA, se hace un recuento de los siguientes criterios respecto a la conducta infractora prevista en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley, según el siguiente detalle:

- Respecto a la estructura general de los elementos constitutivos:

a) Resolución n.º 000009-2023-CG/TSRA-SALA 2 del 24 de abril de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0128-2022-CG/OINS.

36. (...) para la configuración de la conducta imputada, descrita y especificada en el párrafo anterior, es necesario identificar los siguientes elementos:

Verbo Rector	1º Elemento	2º Elemento	3º Elemento	4º Elemento	Consecuencia Necesaria
Actuar	En forma parcializada	En los: - Contratos - Licitaciones - Concursos de precios - Subastas - Licencias - Autorizaciones - En cualquier otra operación - En cualquier procedimiento	En que participe con ocasión de su función.	Dando lugar a: - Un beneficio propio, o - Un beneficio a tercero	Ocasionando perjuicio al Estado

Elemento de imputación subjetiva: A título doloso o intencional en tanto que “actúa en forma parcializada” y dando lugar a un beneficio, sea propio o de tercero.

Como se puede advertir, a fin de configurar la infracción descrita y especificada, se debe considerar lo siguiente:

- i. Identificar la actuación parcializada.
- ii. Identificar que la actuación se haya realizado en un procedimiento.
- iii. Identificar que la participación se realice con ocasión de la función.
- iv. Identificar el beneficio de tercero.
- v. Identificar el perjuicio al Estado.

Debiendo considerarse, además, la tipicidad subjetiva, en este caso, tomando en consideración la actuación parcializada como parte del elemento del tipo infractor, en la cual se implica, necesariamente la actuación dolosa del servidor o funcionario público de beneficiar a un tercero; en ese sentido, el presunto infractor debe tener conocimiento suficiente que con su actuar se beneficia o beneficia a un tercero.

- Respecto al concepto de parcialización:

a) Resolución n.º 000057-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 29 de diciembre de 2023, correspondiente al Expediente n.º 0132-2023-CG/INSLAM y la Resolución n.º 0002-2023-CG/TSRA-SALA 2 del 7 de febrero de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0007-2022-CG/INSLAM.

50. (...) implica el apartamiento de los criterios objetivos que deben regir la función pública, respecto de

las funciones, competencias u obligaciones derivadas del cargo, comisión o cualquier otra actividad encomendada, o el indebido ejercicio de las mismas, de modo tal que con dicha conducta el funcionario o servidor público se favorezca ilegalmente a sí mismo o a un tercero, (...). La actuación parcializada como elemento del tipo infractor contiene a su vez una carga subjetiva, pues implica necesariamente la actuación dolosa del servidor o funcionario público de beneficiarse o beneficiar a un tercero.

(...) deberá acreditarse que el presunto infractor tenía conocimiento suficiente y claro de que con su actuación irregular se beneficia a sí mismo o beneficia a un tercero, en contra del interés público que debe tutelar los actos de la administración pública, **descartándose por ende la posibilidad de que haya actuado por un mero error o equivocación. (...)**

b) Resolución n.º 000010-01-2023-CG/TSRA-SALA 2 del 24 de abril de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0001-2022-CG/OINS.

63 “la Actuación parcializada” implica el **apartamiento de los criterios objetivos que deben regir la función pública, respecto de las funciones, competencias u obligaciones derivadas del cargo, comisión o cualquier otra actividad encomendada, o el indebido ejercicio de las mismas; de modo tal que con dicha conducta el funcionario o servidor público se favorezca ilegalmente a sí mismo o a un tercero, entendiéndose por tercero a cualquier persona que participe en los**

procedimientos de la Entidad con intereses disímiles a los que tutela el Estado”.

- Respecto al ámbito procedimental bajo el cual puede consumarse la infracción:

a) Resolución n.º 000018-2023-CG/TSRA – Sala 1 del 20 de junio de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0028-2022-CG/INSLAM y Resolución n.º 04-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 27 de febrero de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0018-2022-CG/INSAR.

“2.7.4.13. Implica la ejecución de una acción por razón de cargo caracterizada por la prevalencia de una pretensión propia del funcionario o servidor público o particular contraria a los intereses del Estado, **siendo que esta se consuma en procedimientos o ejecución de actos de índole administrativa, relacionadas a contratos donde el Estado es parte, licitaciones públicas, Subastas, concursos públicos, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento afín como concesiones, asociaciones público privadas, entre otras.**

Quando el mencionado tipo infractor prescribe como ámbito de consumación “cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función”, se refiere a operaciones administrativas de similar naturaleza jurídica a las indicadas en el tipo infractor, considerar lo contrario implicaría romper el rigor del principio de tipicidad que exige además de la certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de responsabilidad administrativa funcional, la proscripción tanto de la analogía como “la interpretación extensiva en la aplicación de supuestos descritos como ilícitos”⁽¹⁾, habida cuenta que por la indeterminación del término “cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función”, ello conllevaría a la subsunción de casi todos los tipos infractores contenidos en la Ley n.º 27785 en el regulado en el numeral 9) del mencionado cuerpo jurídico”.

“2.7.4.14 Adicionalmente, a las particularidades señaladas anteriormente, se debe especificar que el mencionado tipo infractor, involucra contrataciones con terceros dentro del marco de las contrataciones del Estado, sujetas a la LCE, u otras legislaciones especiales como las asociaciones público privadas, obras por impuestos u otras de similar naturaleza jurídica. Por otro lado, cuando el tipo infractor alude “actuación parcializada”, considera que se debe entender por esta, la acción u omisión manifiesta y deliberada en su actuar funcional, y que implicando el quiebre de su deber de imparcialidad, genera un beneficio ilegal, propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado”.

b) Resolución n.º 000029-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 15 de setiembre de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0048-2023-CG/INSLAM.

“2.6.2.4 Como se puede apreciar el tipo infractor contenido en el numeral 9) del artículo 46º de la Ley n.º 27785 modificada por Ley n.º 31288, implica la ejecución de una acción por razón de cargo caracterizada por la prevalencia de una pretensión propia del funcionario o servidor público o particular contraria a los intereses del Estado, siendo que esta se consuma en procedimientos o ejecución de actos de índole administrativa, relacionadas a contratos donde el Estado es parte, licitaciones públicas, subastas, concursos públicos, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento a fines como concesiones, asociaciones público privadas, entre otras. **Vale decir, la base fáctica que exige el tipo infractor atribuido, es un ámbito negocial estatal”.**

- Respecto al elemento subjetivo del tipo infractor:

a) Resolución n.º 000027-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 18 de agosto de 2023 correspondiente al Expediente n.º 0132-2022-CG/OINS.

“2.6.3.2 Este tipo de defraudación procedimental, obedece a una acción manifiesta y deliberada, que

¿DESEAS MANTENER A TU EMPRESA INFORMADA?

Suscríbete



Obtén la **información oficial del Estado**, acompañada de **suplementos especializados**

PLAN IMPRESO + DIGITAL

Síguenos en:

elperuano.pe

/diariooficialelperuano

/DiarioElPeruano

/company/elperuano

Av. Alfonso Ugarte N° 873 - Lima
Central Telefónica: (01) 315-0400

975 479 164 • Directo: (01) 433 4773

suscripciones@editoraperu.com.pe

proscribe la idea de una mera negligencia, sino que por el contrario nos ubica en una acción manifiestamente dolosa y de parcialización dentro del régimen de procedimientos relacionados a las contrataciones del Estado”.

b) Resolución n.º 000057-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 29 de diciembre de 2023, obrante en el Expediente n.º 0132-2023-CG/INSLAM.

“51 Así pues, una acción parcializada comprendería todo acto de gestión vulneratorio del principio de imparcialidad, respecto del cual el infractor tiene pleno conocimiento de la ilegalidad de su acción, y que, sin embargo, impulsa, a efectos de conseguir un beneficio propio o de tercero, anteponiendo un interés privado por encima del interés público”.

53 (...) para que se configure la actuación parcializada no basta el apartamiento de los parámetros normativos o contractuales aplicables, pues se requiere, necesariamente, que ello obedezca a una actuación dolosa por parte de los administrados.

59 Respecto al elemento volitivo, si bien resulta materialmente imposible probar la voluntad interna del sujeto; sí es posible establecer la intencionalidad del sujeto o la falta de esta, bajo un régimen de prueba indiciaria de su conducta. La forma de hacerlo es identificar un acto de gestión administrativa pública o hecho concreto que haya sido materia de auditoría que sirva como el indicador fuente, a partir del cual pueda identificarse una serie de otros hechos periféricos irregulares cuya existencia se explique de modo lógico y razonable y sobre la base de la ciencia y la experiencia, por su relación con ese hecho fuente. Así, este conjunto de hechos plurales, concordantes y convergentes serán demostrativos de la voluntad infractora del sujeto, sin perjuicio de descartar que la conducta indebida del administrado haya obedecido al mero error o la simple negligencia. En el caso que el hecho fuente descansa en una única evidencia documental, será necesario analizar la naturaleza jurídica de los hechos o actos de gestión descritos en el medio probatorio, procurando su acreditación periférica.

- Respecto de su distinción con el tipo infractor contenido en el párrafo 21 del artículo 46º de la Ley n.º 27785:

a) Resolución n.º 000002-2024-CG/TSRA-Sala 1 del 3 de enero de 2024 obrante en el Expediente n.º 0068-2023-CG/INSLAM.

“2.6.2 (...) En el presente PAS, se ha imputado bajo un régimen de concurrencia, en contra de los administrados, su incursión en los tipos infractores noveno y vigésimo primero del artículo 46º de la Ley n.º 27785, es decir: 9. Actuar en forma parcializada en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función, dando lugar a un beneficio propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave. (...) 21. Obtener o procurar beneficios o ventajas indebidas, para sí

o para otro, haciendo uso de su cargo, autoridad, influencia o apariencia de influencia o suministrando información privilegiada o protegida, o incumpliendo o retrasando el ejercicio de sus funciones, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave”.

Para este Colegiado, una diferencia estructural entre ambos tipos infractores, constituye en que el tipo infractor contenido en el párrafo noveno del artículo 46º de la Ley n.º 27785 se constriñe al ámbito competencial de las contrataciones públicas o ámbito negocial del Estado que comprende regímenes de autorización de actividades económicas a terceros, donde el actuar ataca a la función y dentro de ésta específicamente el deber de imparcialidad dentro de un contexto de competencia económica; mientras que, el tipo infractor contenido en el párrafo vigésimo primero del artículo 46º de la Ley n.º 27785, gira en torno al ejercicio de un cargo que involucra necesariamente relaciones de jerarquía, es decir bajo un régimen de prevalencia de la autoridad del sujeto agente o de la apariencia de esta autoridad o jerarquía dentro de una cadena funcional específica, comprendiendo además operaciones relacionadas al suministro ilegal, ilícito o irregular de información privilegiada en ejercicio de determinado cargo, así como actos de gestión que evidencien un régimen de obtención o procuración de beneficios o ventajas indebidas en favor del sujeto agente o de un tercero bajo un régimen de incumplimiento o retraso de funciones públicas en general.

- Respecto al perjuicio al Estado:

a) Resolución n.º 01-2023-CG/TSRA-Sala 1 del 11 de enero de 2023 correspondiente al Expediente n.º 019-2022-CG/INSLAM.

En suma, en el presente caso, se atribuye a los administrados perjuicio al Estado [Infririéndose de la referida causa la atribución de un perjuicio de orden cualitativo]⁽²⁾ pese a que el tipo infractor atribuido, aplicado al hecho observado y la singularidad de este, comprendería un posible perjuicio de naturaleza económica.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS:

Analizados los antecedentes resolutivos del TSRA sobre este asunto, respecto a la infracción descrita y especificada en el numeral 9 del artículo 46 de la Ley, este colegiado considera que la tipicidad contenida en dicho tipo infractor comprende los siguientes aspectos:

4.1 Descripción del tipo infractor:

“Actuar en forma parcializada en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función, dando lugar a un beneficio, propio o de tercero, ocasionando perjuicio al Estado. Esta infracción es considerada como muy grave”.

4.2 Elementos del tipo infractor:

Para la configuración del citado tipo administrativo, se requiere la concurrencia de los elementos que se detallan a continuación:

Sujeto activo	1º Elemento (Verbo rector)	2º Elemento (Ámbito fáctico)	3º Elemento (Fuente causal)	4º Elemento (Resultado)	5º Elemento (Consecuencia Necesaria)	6º Elemento (Elemento subjetivo)
Funcionario o servidor público bajo el ámbito del sistema nacional de control.	Actuar en forma parcializada.	Operación o procedimiento: - Contratos - Licitaciones - Concursos de precios - Subastas - Licencias - Autorizaciones - En cualquier otra operación - En cualquier procedimiento	Que el funcionario o servidor público participe con ocasión de su función.	Beneficio propio o de tercero	Ocasionando perjuicio al Estado	La intencionalidad

a) Primer elemento: Actuar en forma parcializada (Verbo rector)

La actuación parcializada implica la acción de apartarse intencionalmente de los criterios objetivos fijados por la norma, que deben regir la función pública, respecto de las funciones, competencias u obligaciones derivadas del cargo, comisión o cualquier otra actividad encomendada o el indebido ejercicio de las mismas, de modo tal que con dicha conducta el funcionario o servidor público se favorezca ilegalmente o favorezca a un tercero, entendiéndose por tercero, cualquier persona (natural o jurídica) que participe en los procedimientos de la entidad; en este último caso, este tercero beneficiado debe ser diferente al Estado.

La actuación parcializada se configura dentro del marco de una habilitación de competencia, pero su ejercicio reviste una ilegalidad.

En este caso, no será necesario que exista pluralidad de postores, adjudicatarios, beneficiarios o terceros, en tanto que el tipo infractor no tutela el trato diferenciado de unos frente a otros (interés particular), sino que persigue la salvaguarda de la ajenidad del funcionario o servidor público a los intereses propios, de las partes o, de una parte, esto es, a la ausencia de un interés particular en alguno de los procedimientos en los que intervienga.

Bajo este contexto, se identifica la actuación parcializada como una acción intencional y consciente que consuma la prevalencia ilegal de un interés privado por sobre los intereses del Estado.

b) Segundo elemento: Operación o procedimiento (Ámbito fáctico)

Cuando el mencionado tipo infractor prescribe como ámbito de consumación *"cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función"*, nos ubicamos dentro del ámbito del sistema administrativo de abastecimiento; refiriéndonos a operaciones administrativas de similar naturaleza jurídica a las indicadas en el tipo infractor. Considerar lo contrario implicaría romper

el rigor del principio de tipicidad que exige, además de la certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de responsabilidad administrativa funcional, la proscripción tanto de la analogía como de *"la interpretación extensiva en la aplicación de supuestos descritos como ilícitos"*⁽³⁾; de otra manera debido a la indeterminación del término *"cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su función"*, ello conllevaría a la subsunción de casi todos los tipos infractores contenidos en la Ley n° 27785 en el regulado en el numeral 9) del mencionado cuerpo jurídico.

En adición a las particularidades señaladas, se debe especificar que el mencionado tipo infractor involucra contrataciones contenidas en las normas del sistema administrativo de abastecimiento, como la Ley de Contrataciones del Estado, las normas referidas a las asociaciones público privadas, obras por impuestos y otras de similar naturaleza jurídica.

En suma, el tipo infractor se constriñe al ámbito competencial de las contrataciones públicas o ámbito comercial del Estado, donde el actuar ataca a la función y dentro de ésta específicamente al deber de imparcialidad en un contexto de competencia económica.

c) Tercer elemento: Que el funcionario o servidor público participe con ocasión de su función.

Este tipo administrativo requiere que el funcionario o servidor público haya intervenido en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento con motivo de su cargo, función o comisión.

Por ello, la conducta activa atribuida debe haber sido cometida con ocasión de las labores que desarrolla en la entidad, en virtud de los documentos de gestión, contratos o de cualquier otro documento interno que señale sus funciones, atribuciones, competencias, obligaciones o encargos recibidos, de manera clara e inequívoca.

Solo puede atribuirse este tipo infractor al funcionario o servidor público, cuya acción, entendida como parcializada,

andina
AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS

Conecta con los usuarios e impulsa el mensaje de tu marca.

Publica en nuestra versión móvil **andina.pe**

CONTACTO COMERCIAL **Redes Sociales:**

996 410 162 **915 248 092**
 ventapublicidad@editoraperu.com.pe

Av. Alfonso Ugarte N° 873 - Lima
Central Telefónica: (01) 315-0400

sea fuente causal inmediata de un beneficio ilegal a su favor o en favor de un tercero. Precisamente, la determinación de este acto ilegal hace que los demás operadores administrativos de la cadena funcional concernida no tengan capacidad de oponibilidad, en esa medida, la actuación infractora del imputado se erige como la fuente consumativa del beneficio ilegal y del perjuicio al Estado.

d) Cuarto elemento: Beneficio propio o de tercero (Resultado)

El beneficio propio o de tercero, debe ser ilegal; debe establecerse de manera concreta y acreditada, y debe vincularse de modo directo con la conducta imputada al funcionario o servidor público.

Es menester identificar las disposiciones legales infringidas para la consumación del beneficio, pues de encontrarse conforme con el ordenamiento legal, no se configura la infracción.

El beneficio propio o de tercero debe entenderse como cualquier incremento patrimonial, ventaja, interés, favor o resultado que coloque al funcionario o servidor público o al tercero en mejores condiciones que las que le correspondería de no haberse verificado la conducta ilegal.

Distinguiéndolos entre sí, dado que ambos tipos de beneficios son elementos constitutivos del tipo infractor, necesariamente deben ser evidenciados, tener vinculación causal con el perjuicio.

El beneficio podrá ser cualitativo o cuantitativo. Puede configurarse aun si el infractor se ubica dentro de los límites permitidos por la normativa aplicable a su gestión, cuando gracias a su actuación parcializada, ello le reporte un beneficio personal, lo que configura un beneficio abusivo o arbitrario. Por ejemplo, cuando efectúa el mayor gasto público permitido para rédito personal. De otra parte, si se desvirtúa tales límites mediante interpretaciones forzadas u otras argucias para incrementarlos artificialmente, ello constituirá, de plano, una acción ilegal de defraudación dolosa al Estado pasible incluso de sanción penal. En los casos de un tercero, el beneficio será cualitativo, entre otros, cuando la actuación parcializada del funcionario o servidor le procura, de manera indebida, una posición jurídica ventajosa en el procedimiento en el que participa, confiéndole un estatus jurídico que, en el curso normal de este, no hubiese obtenido. Otros beneficios cualitativos podrán consistir en la dispensa indebida de costos, obligaciones u otros, relacionadas al procedimiento en el que participa.

e) Quinto elemento: Perjuicio al Estado (Consecuencia necesaria)

Este tipo administrativo requiere que la conducta activa e irregular del funcionario o servidor público haya generado perjuicio al Estado. El perjuicio al Estado es el efecto adverso a los intereses del Estado que genera la acción u omisión del funcionario o servidor público. No se considera perjuicio al Estado la trasgresión de normas o principios. El perjuicio debe ser real, cierto y efectivo al Estado. Se descarta la posibilidad de perjuicios potenciales, así como de considerar como perjuicio la mera trasgresión de normas o principios.

El perjuicio al que alude el tipo infractor debe estar plenamente evidenciado. Puede ser de orden cualitativo o cuantitativo.

f) Sexto elemento: La intencionalidad (Elemento subjetivo)

La actuación parcializada como elemento del tipo infractor contiene a su vez una carga subjetiva que se traduce necesariamente en la actuación intencional del servidor o funcionario público, con el objetivo de beneficiarse o beneficiar a un tercero, anteponiendo de este modo el interés particular al público.

A su turno esa actuación intencional se compone de dos subelementos: el cognoscitivo y el volitivo. En tal sentido, deberá acreditarse que el presunto infractor tenía conocimiento de las funciones, competencias u obligaciones propias de su cargo, comisión o actividad encomendada, así como la voluntad de cometer la

irregularidad. Ambos sub elementos son condición *sine qua non* para imputar parcialización, lo que significa que si no se desarrolla los elementos probatorios que acrediten el segundo elemento se incurrirá ineludiblemente en defecto de tipicidad.

En la misma línea, tampoco resulta admisible equiparar el sub elemento volitivo al cognitivo como si fueran lo mismo.

En suma, la acreditación del sub elemento volitivo puede producirse bien a través de prueba directa, o bien, a través de prueba indiciaria. Estas últimas consisten en el suministro de evidencia relativa a la conducta periférica del imputado que haga razonable concluir que la voluntad deliberada de infringir la ley existe y que el imputado, pudiendo haber actuado de otro modo, no lo hizo.

De esta manera, es necesario verificar que se haya acreditado la intencionalidad del funcionario o servidor público, esto es, de su voluntad de vulnerar la imparcialidad con pleno conocimiento de la ilegalidad de su acción, anteponiendo de este modo un interés privado por encima del interés público. Para ello, es necesario que en el expediente existan pruebas, aunque sea indicitarias, de que (i) tuvo conocimiento de que su actuación era contraria a ley y (ii) su voluntad fue infringirla de todos modos (subelementos cognoscitivo y volitivo), habiéndose descartado, además, que se trate de un mero error o equivocación.

Así, por ejemplo, se identifica un acto de gestión pública o un hecho concreto que haya sido materia de auditoría que sirva como el indicador fuente, a partir del cual pueda identificarse una serie de otros hechos periféricos irregulares cuya existencia se explique de modo lógico y razonable y sobre la base de la ciencia y la experiencia, por su relación con ese hecho fuente. Así, este conjunto de hechos plurales, concordantes y convergentes serán demostrativos de la voluntad infractora del sujeto. En el caso que el hecho fuente descansa en una única evidencia documental, será necesario analizar la naturaleza jurídica de los hechos o actos de gestión descritos en el medio probatorio, procurando su acreditación periférica.

V. ACUERDOS

Efectuadas las deliberaciones, los señores vocales reunidos en Sala Plena acordaron:

5.1 Aprobar por mayoría, como precedente administrativo de observancia obligatoria, el contenido del Fundamento Jurídico 4.2 del presente Acuerdo de Sala Plena.

5.2 Precisar que el precedente administrativo de observancia obligatoria, debe ser cumplido por todos los órganos del Procedimiento Administrativo Sancionador, a partir del día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

5.3 Disponer la publicación del presente Acuerdo de Sala Plena en el Portal Institucional de la Contraloría General de la República (www.contraloria.gob.pe) y en el diario oficial El Peruano.

MÓNICA ROXANA ROSELL MEDINA

Presidenta
Tribunal Superior de
Responsabilidades Administrativas

CÉSAR ENRIQUE AGUILAR SURICHAQUI

Vocal titular
Tribunal Superior de
Responsabilidades Administrativas

RICHARD FRANK LEÓN VARGAS

Vocal titular
Tribunal Superior de
Responsabilidades Administrativas

(1) Morón, J. (2014) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima Edición. Lima, Gaceta Jurídica. p. 766. Resaltado nuestro.

(2) Entre corchetes es nuestro.

(3) Morón, J. (2014) *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Décima Edición. Lima, Gaceta Jurídica. p. 766. Resaltado nuestro.



DIARIO OFICIAL DEL BICENTENARIO

El Peruano

Suscríbete al Diario Oficial

975 479 164 • Directo: (01) 433-2561

suscripciones@editoraperu.com.pe



www.elperuano.pe



AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS

Información noticiosa,
especiales, videos,
podcast y canal online.

www.andina.pe



996 410 162

ventapublicidad@editoraperu.com.pe



Servicios Editoriales y Gráficos

Desarrollamos soluciones gráficas integrales



- Libros
- Folletos, Dípticos
- Revistas
- Trípticos, Volantes
- Memorias
- Formatos especiales
- Brochures
- entre otros...

998 732 784

ventasegraf@editoraperu.com.pe

www.segraf.com.pe



www.editoraperu.com.pe

Av. Alfonso Ugarte N° 873 - Lima
Central Telefónica: (01) 315-0400