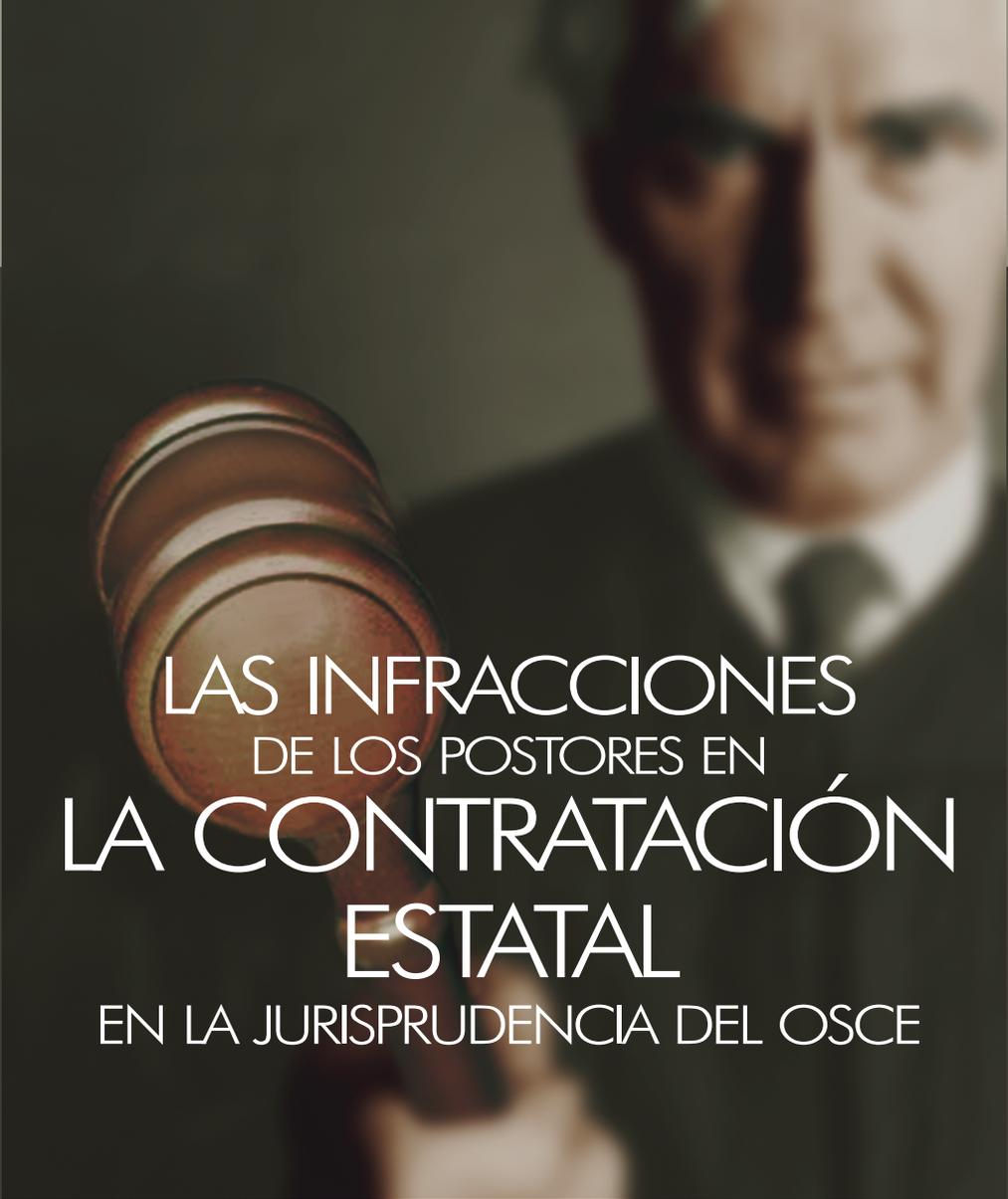


Estudio Introductorio
RICHARD MARTIN TIRADO



**LAS INFRACCIONES
DE LOS POSTORES EN
LA CONTRATACIÓN
ESTATAL
EN LA JURISPRUDENCIA DEL OSCE**

DIÁLOGO
CON LA
JURISPRUDENCIA

Para más Libros Gratis Síguenos en:
<https://bit.ly/EscuelaNacionaldeAltaGerencia>

Estudio introductorio
RICHARD MARTIN TIRADO



LAS INFRACCIONES
DE LOS POSTORES EN LA
CONTRATACIÓN
ESTATAL
EN LA JURISPRUDENCIA DEL OSCE

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

ESTUDIO

INTRODUCTORIO

El presente estudio introductorio busca destacar el contenido temático de esta obra, que es fruto del esfuerzo de la editorial Gaceta Jurídica y de un grupo selecto de jóvenes profesionales de dicha organización empresarial, sumamente interesados en un tema de vital importancia y actualidad, tal como es el caso del régimen de sanciones en materia de contratación estatal.

En un país como el nuestro en el que las relaciones entre el Estado y los ciudadanos deben ser más constructivas y armónicas, con el propósito de buscar un adecuado equilibrio entre los intereses públicos y los individuales, se hace necesario que los diferentes operadores del sistema de abastecimientos tengan certeza sobre las “ reglas de juego ” aplicables a los procesos de selección en materia de contratación estatal, y las inevitables consecuencias que se puedan derivar en los supuestos de inconducta en las que se incurren por parte de dichos operadores. En realidad, la vida nos ofrece la posibilidad de ser certeros en nuestras decisiones o equivocarnos en el camino. Lo uno o lo otro, son parte de la vida y a ello nos remitiremos en el balance del juicio final. Sin embargo, el error fruto de la ignorancia o del desconocimiento por falta de información, no puede ser utilizado como estrategia para defraudar los intereses generales sobre los cuales reposa la acción estatal. Tampoco se puede utilizar a los ciudadanos como meros soldados de la ley, en cuyo caso se deben acatar las decisiones de las entidades públicas como típicos manuales de conducta sin derecho a ejercer válidamente su discrepancia ante las decisiones erráticas de la Administración.

Una de las ventajas que ofrece el Estado de Derecho es la posibilidad de discrepar de las decisiones emitidas por la Administración. Sin embargo, el supuesto para ejercer esta tarea ineludible en un sistema democrático es conocer cuáles son estas decisiones para así poder contradecirlas. Este es, quizás, el mayor mérito de la obra que se pone a disposición de los lectores, esto es, el poder difundir en forma sistematizada los alcances de un conjunto de decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado en materia de sanciones y que tienen intensas repercusiones en las decisiones sobre los operadores del sistema de abastecimientos.

En el contexto descrito, es evidente que en los últimos años nuestro país ha sido escenario de un importante proceso evolutivo en materia de contrataciones públicas, que responde a la implementación de un conjunto de políticas públicas, en las cuales se ha buscado generar un régimen de estabilidad en los procesos de adquisiciones de bienes, servicios y obras. Frente a ello, ha surgido la necesidad de implementar una serie de requisitos orientados a maximizar la eficiencia en el uso de los recursos públicos y facilitar, al mismo tiempo, el desarrollo de las inversiones requeridas en los distintos niveles de actuación del Estado.

A diferencia de otras modalidades contractuales en las que participa activamente el Estado, en el escenario de los procesos de contrataciones de bienes y servicios regulados por la actual normativa de contrataciones del Estado, la incorporación de recursos públicos ex ante, como requisito esencial para desarrollar un proceso de selección, es obligatorio. Ello implica, pues, ser mucho más diligente en el adecuado uso de los recursos públicos con el objeto de no incurrir en malas prácticas. Ello no quiere decir que no exista tal compromiso en otras modalidades contractuales en las que actúa o participa el Estado. Todo lo contrario, peor es en el régimen de contrataciones del Estado, en el que se manifiesta con mayor intensidad la necesidad de cautelar el adecuado uso de los recursos públicos.

En el marco de las actividades contractuales que desarrolla el Estado, se han podido apreciar notables esfuerzos emprendidos por los sucesivos gobiernos de turno desde los años 90 en adelante, orientados a fortalecer el sistema de abastecimientos en base a principios claves como la transparencia, competencia, eficiencia y predictibilidad de las decisiones emitidas por los diferentes órganos que conforman la Administración Pública. No cabe duda que gran parte de dichos esfuerzos se han visto materializados en las sucesivas reformas

al régimen de la contratación pública, y que hoy nos permite contar con una nueva Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017 –y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF– con sus respectivas modificaciones.

Por el lado de los operadores del sistema, existen muchos prejuicios en relación a la actividad sancionadora del Estado, básicamente atribuibles a una falta de predictibilidad de una serie de decisiones adoptadas en el tiempo por el Tribunal de Contrataciones. Ello implica la necesidad de contar con una labor de difusión más amplia por parte de las entidades del Estado comprendidas en la actividad contractual, tratando de esta forma de institucionalizar una labor preventiva antes que represiva en el ejercicio de dicha potestad administrativa.

Los criterios expuestos son de vital importancia, habida cuenta que este sistema administrativo sustenta el conjunto de principios, normas y procedimientos que permiten a la Administración Pública realizar contratos para la adquisición de bienes y servicios, así como para la ejecución de obras, siendo primordial que dichas operaciones se efectúen de manera oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad.

Un aspecto que ha sido particularmente fortalecido y cuyo debate es recurrente en el análisis de las decisiones del OSCE, es el referido a los alcances del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones públicas. Sobre este tema, los operadores del sistema tienen posturas encontradas con la Administración, debido a los problemas de predictibilidad en la tipificación de las sanciones administrativas así como en la gradualidad en la imposición de las mismas.

Precisamente, sobre este tema incide la obra que por una deferencia especial de Gaceta Jurídica se me ha encargado prologar. En este sentido, y a pesar de los denodados esfuerzos de los distintos actores involucrados, a la fecha los operadores del sistema y, en general, la ciudadanía, siente que existen retos pendientes sobre esta materia. Uno de los mayores problemas detectados en los últimos años, es el referido a las decisiones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado. En relación a ello, no se ha logrado un escenario de análisis pacífico, lo que resulta ser particularmente contradictorio, si se toma en cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración en el marco particular de las contrataciones públicas, se erige como un mecanismo

de protección de los principios y disposiciones que rigen la materia, a través del establecimiento de una serie de medidas orientadas a desincentivar el incumplimiento de las obligaciones de quienes participan en los diferentes procesos de contratación pública (entidades públicas, participantes, postores, contratistas, proveedores, etc.).

El Tribunal de Contrataciones del Estado en el marco del sistema de abastecimientos, desempeña un rol fundamental, habida cuenta que es el órgano del OSCE al cual se le ha encomendado la labor de aplicar las sanciones a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponde en cada caso, que incumplan con las reglas de juego establecidas en materia de contratación estatal, en aplicación de lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su norma complementaria.

El libro que nos ofrece Gaceta Jurídica se nos presenta, sin duda alguna, como un aporte invaluable para todos aquellos que diariamente nos vemos involucrados en el mundo de las contrataciones públicas y no tenemos la facilidad de encontrar en forma sistematizada el conjunto de decisiones emitidas por las Salas del Tribunal de Contrataciones del OSCE.

Por ello es que en la obra se sistematiza un conjunto de decisiones emitidas por el Tribunal, referidas a las infracciones que cometen los diferentes actores en materia de contratación pública y que se encuentran recogidas en el numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, cuya comisión por parte de los proveedores, participantes, postores y/o contratistas amerita la imposición de las sanciones administrativas correspondientes.

La importancia de este estudio radica en lo trascendental de la labor que desempeña el Tribunal de Contrataciones del Estado en el marco del sistema de abastecimientos, pues es precisamente este órgano al que se le ha encomendado la misión de resolver, en última instancia administrativa, las controversias que surjan entre las entidades y los postores durante el proceso de selección, así como de aplicar las sanciones de suspensión o inhabilitación a proveedores, postores y contratistas por infracción de las disposiciones de la Ley, su Reglamento y demás normas complementarias, lo que hace de sus pronunciamientos pautas de conducta ineludibles para todos aquellos que, de alguna u otra manera, se encuentren involucrados con la temática de las contrataciones públicas en el Perú.

A lo largo de este libro se nos exponen los criterios observados por el referido Tribunal de Contrataciones, al momento de resolver los casos relacionados con la comisión de las infracciones establecidas en el marco del régimen sancionador en materia de contratación pública existente en nuestro ordenamiento jurídico interno, constituyéndose como pautas a ser invocadas en casos similares.

En este sentido, encontraremos diversas resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones en las que, en ejercicio de la potestad sancionadora conferida, se desarrollan los siguientes temas:

I. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON EL MANTENIMIENTO DE LA OFERTA Y LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

Durante el desarrollo de los procesos de selección en nuestro país, tal cual estos se encuentran estructurados, la figura de la oferta presentada por el postor, en aras de suscribir un contrato para proveer al Estado (ya sea de bienes, servicios u obras), juega un rol fundamental. Ello es tan riguroso que la seriedad observada por el postor en relación a su oferta, debe mantenerse a lo largo de la relación que desarrolle con el Estado, constituyendo su inobservancia una falta pasible de sanción.

A lo largo del Capítulo I de este libro, se nos invita a conocer los criterios seguidos por el Tribunal de Contrataciones en relación al primer supuesto infractor regulado en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que prevalece sobre otros. En tal sentido, será sancionado el proveedor, participante, postor y/o contratista que participe en un proceso de selección y no mantenga su oferta hasta el consentimiento de la buena pro o hasta la suscripción del contrato (en caso de resultar ganador), o que injustificadamente no suscriba el contrato o no reciba la orden de compra o de servicio emitida a su favor.

Así, a través del análisis de los distintos supuestos que configuran la referida causal, se nos introduce en el tratamiento que el Tribunal de Contrataciones otorga a figuras como la fuerza mayor, las causas ajenas al postor, entre otras circunstancias y condiciones que repercuten directamente en la determinación de la infracción correspondiente y juegan un rol trascendental al momento de sancionar, finalmente, al posible infractor.

II. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, ORDEN DE COMPRA O DE SERVICIOS

El Capítulo II del presente libro, nos remite a la revisión de distintos pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones referidos a la comisión de la infracción en la que incurrir los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que participan en un proceso de selección, y que dan lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causas que le sean atribuibles.

A través de los referidos pronunciamientos se nos muestran los distintos criterios de análisis e interpretación adoptados por el Tribunal de Contrataciones. Así, el segundo capítulo de este libro nos permite analizar figuras como: el alcance del compromiso contractual asumido por el contratista, los mecanismos de acreditación del cumplimiento de sus obligaciones, la presunción que opera respecto a la responsabilidad por el incumplimiento de estos, las formalidades de la resolución contractual, los medios alternativos de resolución de controversias aplicables, entre otros aspectos vinculados a la contratación pública y cuyo tratamiento resulta, hoy en día, bastante debatible, sirviéndonos de pautas sumamente relevantes para el análisis de casos similares que pudieran presentarse en el marco de las relaciones contractuales que surgen con el Estado a la luz de la normativa aplicable a las contrataciones públicas.

III. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA CONTRATACIÓN CON EL ESTADO ESTANDO IMPEDIDO PARA ELLO

Una de las infracciones cuya configuración genera diversas posturas de análisis, dando origen a abundantes pronunciamientos por parte del Tribunal de Contrataciones, es aquella referida al supuesto en que el proveedor, participante, postor y/o contratista contrata con el Estado pese a encontrarse impedido para ello, de acuerdo con lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado.

Lo expuesto lleva a que en el Capítulo III de la obra se analice la precitada infracción, acercándonos a diversos pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones que contienen los más importantes criterios aplicables a la misma.

En este sentido, a lo largo del referido capítulo se desarrollan algunos de los impedimentos existentes para participar en procesos de selección (recogidos en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones), los criterios de interpretación, así como los principios a la luz de los cuales se debe aplicar la norma y la naturaleza de las restricciones impuestas a ciertos funcionarios públicos, entre otros temas vinculados a la comisión de la referida infracción.

IV. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON EL NO MANTENIMIENTO DE VIGENCIA DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

Al amparo de lo dispuesto por el marco legal vigente en materia de contratación pública, para gozar de la condición de participante, postor y/o contratista, es un requisito de obligatorio cumplimiento estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (en adelante RNP), el mismo que, a su vez, se encuentra conformado por una serie de registros en los que se encuentran inscritas todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado (ya sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de subcontratistas) acreditando estar legalmente capacitadas para ello.

De acuerdo con ello, la Ley de Contrataciones del Estado establece que una de las principales obligaciones que asume un contratista al contratar con el Estado, es aquella que se traduce en el mantenimiento de la vigencia del RNP a lo largo de toda la relación contractual; así, el análisis de dicha obligación reviste una importancia mucho más particular aún, si se toma en cuenta que el incumplimiento de esta obligación está expresamente recogido como una infracción pasible de sanción.

No obstante, tomando en cuenta los diversos escenarios que se pueden suscitar en relación al incumplimiento de la obligación de mantenimiento de vigencia del RNP, en el Capítulo IV se efectúa una recopilación con respecto a la propia vigencia del RNP, los supuestos, momentos y consideraciones a analizar para la configuración de la infracción señalada, la responsabilidad por la renovación oportuna de la inscripción en el RNP, entre otros, que pueden servir de pautas para el análisis de situaciones similares a estas.

V. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA SUSCRIPCIÓN DE CONTRATOS POR MONTOS MAYORES A LA CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN O EN ESPECIALIDADES DISTINTAS

En función a lo señalado para el RNP, corresponde precisar que al momento en que se efectúa la inscripción en el registro correspondiente, se asigna a cada proveedor una capacidad máxima de contratación y especialidad, de ser el caso, que deberá tomarse en cuenta antes, durante y con posterioridad al proceso de selección, toda vez que determinará la participación de este en el referido proceso, así como en procesos sucesivos.

Ello resulta importante, habida cuenta que el concepto de *capacidad de libre contratación* se encuentra directamente relacionado al de *capacidad máxima de contratación*. Mientras este último se traduce en aquel monto hasta por el cual un ejecutor está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas de manera simultánea, el primero se condice con la diferencia existente entre el monto de las contrataciones que viene ejecutando un proveedor y el límite máximo hasta por el cual se encuentra facultado a contratar.

Cabe precisar que son recurrentes las circunstancias en las que el Tribunal de Contrataciones ha tenido que emitir pronunciamiento sobre este particular, generando un gran debate sobre la materia.

En atención a ello, en el Capítulo V de este libro, se nos introduce en el análisis del tratamiento que el Tribunal de Contrataciones ha tenido en relación a la infracción recogida en el literal f) del numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley de Contrataciones, presentándonos los criterios utilizados por aquel en relación a la configuración de dicha causal, las implicancias y consecuencias de la inexistencia de contratos pendientes de valorización, así como los aspectos a analizar en relación al problema de la especialidad en materia de contrataciones.

VI. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA INDEBIDA SUBCONTRATACIÓN

Si bien no existe una prohibición absoluta con relación al uso de la figura de la subcontratación en materia de contrataciones públicas, la normativa vigente es bastante clara en señalar que la subcontratación se encuentra sujeta a una serie de limitaciones bastante estrictas, por lo que se puede

afirmar que el ánimo de la norma se encuentra orientado más a la búsqueda de una aplicación residual de dicho mecanismo en el marco de las relaciones contractuales con el Estado.

Así, la subcontratación sin autorización de la entidad contratante y aquella que excede los porcentajes permitidos, constituyen una de las infracciones pasibles de sanción recogidas por la ley, y que se desarrolla a lo largo del Capítulo VI del presente libro.

De este modo, se nos permite analizar algunos de los más importantes pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones en relación a los criterios que se deben aplicar al momento de determinar la efectiva configuración de la referida infracción, así como los límites porcentuales permitidos de subcontratación, aspectos continuamente debatidos en el marco de las contrataciones públicas.

VII. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA CONFORMACIÓN SOCIETARIA

Las prácticas restrictivas de la competencia se encuentran expresamente proscritas en materia de contrataciones públicas; por tanto, los postores que participen en un proceso de selección están prohibidos de concertar entre sí o con terceros con la finalidad de establecer prácticas que restrinjan la libre competencia, bajo sanción de quedar inhabilitados para contratar con el Estado.

Así, la contravención a dicho dispositivo se encuentra tipificada como infracción a la normativa de contrataciones con el Estado en el literal i) del numeral 51.1. del artículo 51 de la propia Ley de Contrataciones que, igualmente, establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas se encuentran impedidos de incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos.

El análisis de estos pronunciamientos reviste una particular importancia, pues no es extraña la comisión de infracciones de esta naturaleza. En este sentido, podemos advertir la existencia de diversos pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones en los que se desarrollan los elementos que determinan la configuración de dicha causal, así como el análisis porcentual con relación a los socios comunes que constituyen uno de los supuestos de la misma, aspectos básicos para entender esta infracción en su real dimensión.

VIII. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O INEXACTA

En el marco de las relaciones que surgen entre el Estado y sus proveedores, resulta perfectamente entendible el valor otorgado a la información que, sobre cada uno de ellos, se proveen uno al otro.

Ello es así si se toma en cuenta que uno de los fines que se persigue a través de la implementación de un sistema de abastecimientos es que el Estado contrate de manera eficiente, con buenos proveedores, que brinden servicios de calidad, por lo que la tergiversación de la realidad a través de una falsa o indebida presentación de la información resulta sumamente perjudicial.

Bajo esta lógica, el literal j) del numeral 51.1. del artículo 51 de la Ley de Contrataciones, establece que la presentación de documentación falsa o información inexacta por parte de los proveedores, participantes, postores y/o contratistas a entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al propio OSCE, constituye infracción que amerita la imposición de sanción administrativa.

En este sentido, a lo largo del Capítulo VIII del presente libro podemos encontrar diversa jurisprudencia que desarrolla aspectos neurálgicos respecto a la comisión de dicha infracción; así, se presentan pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones referidos a la veracidad de la documentación presentada en la propuesta técnica de los diversos postores que participan de un proceso de contratación, a la configuración de la referida causal y los grados de responsabilidad existentes al momento en que esta se presenta, así como a los factores adicionales a tomar en cuenta al determinar la efectiva comisión de la infracción señalada.

IX. SOBRE LAS INFRACCIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DESPUÉS DE OTORGADA LA CONFORMIDAD

El último capítulo de este libro recopila los más importantes pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones en relación a la infracción establecida en el literal l) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones, que señala que de constatarse, después de otorgada la conformidad, que el contratista o proveedor ha incumplido injustificadamente

las obligaciones del contrato, se le impondrá la sanción correspondiente, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las bases.

Así, los pronunciamientos recopilados abarcan la temática de la necesidad de emplazamiento previo, la constatación del incumplimiento, entre otros aspectos vinculados a esta infracción, cuyo tratamiento por parte del Tribunal resulta importante analizar, toda vez que en la práctica no son pocas las veces en las que se presentan problemas de esta naturaleza.

Como se puede apreciar, el aporte que este libro simboliza para el estudio y análisis de las infracciones establecidas por la normativa sobre contrataciones públicas es invaluable, pues no cabe duda alguna de que se constituirá como un referente de ineludible consulta en lo que a temas vinculados a la potestad sancionadora en materia de contratación estatal se refiere, para todos aquellos que nos encontramos involucrados con la temática que se trata en el libro.

Lima, mayo de 2013

Richard J. MARTIN TIRADO

Profesor de Derecho Administrativo
de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Universidad de Lima, Universidad Esan, Universidad de Piura,
Universidad Nacional Mayor de San Marcos

CAPÍTULO I

NO MANTENIMIENTO DE LA OFERTA Y NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

La infracción administrativa de no mantenimiento de la oferta y no suscripción del contrato está contenida en el inciso a) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

***Artículo 51.-** Infracciones y sanciones administrativas*

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o acuerdo de Convenio Marco o de servicio emitida a su favor.

001 Hecho de fuerza mayor: Postor debe acreditarlo

Si el postor no exhibe prueba alguna que sustente o avale que por motivos de fuerza mayor estuvo imposibilitado de mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, pese a haber resultado favorecido con la buena pro del proceso de selección, será pasible de sanción.

Resolución N° 162-2012-TC-S2

Lima, 10 de febrero de 2012

Visto, en sesión de fecha 10 de febrero de 2012 la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 966/2011.TC; sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el señor Rafael Eduardo Rossi Córdova, por su supuesta responsabilidad al no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, durante la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0014-2010-MIMDES, convocada por el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social - Mímdes para el “servicio de radio troncalizado”, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 26 de mayo de 2010, el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social-Mímdes, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0014-2010-MIMDES, para el “Servicio de radio troncalizado”, con un valor referencial ascendente a S/. 18,124.43 (dieciocho mil ciento veinticuatro con 43/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
2. Con fecha 28 de mayo de 2010, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la Buena Pro, resultando adjudicado el señor Rafael Eduardo Rossi Córdova, en adelante el Postor.
3. Mediante Carta N° 149-2010-MIMDES-OGA/OL⁽¹⁾ de fecha 1 de junio de 2010, notificado en esa misma fecha, La Entidad comunicó al Postor que había quedado consentida la buena pro, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que acudiera a suscribir el contrato con la documentación correspondiente.

(1) Documento obrante a fojas 14 del expediente administrativo.

4. A través de la Carta s/n⁽²⁾ de fecha 4 de junio de 2010, el Postor comunicó a La Entidad que renunciaba voluntariamente a la Buena Pro del proceso de selección en cuestión y que la causa de su renuncia era por motivos de fuerza mayor que le imposibilitaban atenderlos con el servicio por un periodo de doce (12) meses, según la orden de servicio.
5. Con fecha 18 de julio de 2011, subsanado el 19 del mismo mes y año, La Entidad comunicó al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (hoy Tribunal de Contrataciones del Estado), en adelante el Tribunal, que el Postor no había cumplido con suscribir injustificadamente el contrato, pese a haber sido adjudicado con la Buena Pro del ítem N° 1.
6. Por medio del decreto de fecha 22 de julio de 2011, el Tribunal dispuso el inicio del procedimiento sancionador contra el Postor por su presunta responsabilidad en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0014-2010-MIMDES, infracción que se encuentra tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, y le otorgó el plazo de diez (10) días para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.
7. El 4 de octubre de 2011, el Postor se apersonó al presente procedimiento sancionador, señalando que el proceso de selección tenía como objeto la contratación del servicio de radio troncalizado, radio celular y de ámbito de cobertura de Nextel, proceso que por su naturaleza debió ser ejecutado por exoneración al no haber en el mercado otro proveedor igual y al haber direccionado a favor del mismo, por lo cual al ver el proceso en el sistema de forma clara se tenía que era dirigido para cualquier ciudadano. Asimismo, indicó que una vez adjudicado el servidor (Nextel del Perú S.A.) le anunció que le iba a cortar el servicio y que al revisar las Bases con detenimiento observaba que el servicio estaba convocado para la única empresa proveedora Nextel y que al ser ilegal el acto prefirió notificar a La Entidad su renuncia por fuerza mayor.

(2) Documento obrante a fojas 16 del expediente administrativo.

8. Mediante decreto de fecha 7 de octubre de 2011, se tuvo por apersonado al Postor a la instancia administrativa y por absueltos los descargos, remitiéndose el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva de acuerdo a Ley.
9. El 8 de febrero de 2012 se frustró la Audiencia Pública por inasistencia de las partes.

FUNDAMENTACIÓN:

1. En el caso de autos, el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el señor Rafael Eduardo Rossi Córdova, se ha decretado como consecuencia de su presunta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51) de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley, norma aplicable al momento de suscitarse los hechos materia de denuncia.

En el mismo sentido, considerando el momento de la producción de los hechos materia de la imputación, la determinación de la presente infracción administrativa debe ser analizada de conformidad con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento.

2. Sobre el particular, dicha causal de sanción se configura ya sea porque el postor retiró su oferta antes del consentimiento de la Buena Pro, o porque retiró su oferta antes de suscribir el contrato una vez ya obtenida la buena pro.
3. Cabe precisar que el literal ii.d del numeral 1.a) del artículo 42 del Reglamento establece que el Postor se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso de resultar favorecido con la Buena Pro; lo cual implica que el Postor al elaborar y presentar su propuesta debe actuar con responsabilidad y seriedad, toda vez que la norma antes citada lo obliga a mantener la oferta que propone hasta el acto de consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro o, luego de obtenida esta, hasta antes de suscribir el contrato.
4. Al respecto, tal como se ha indicado en los antecedentes, el 28 de mayo de 2010 le fue adjudicada al Postor la Buena Pro de la Adjudicación de Menor

Cuantía N° 0014-2010-MIMDES y, en esa misma fecha, La Entidad publicó en el Seace el cuadro comparativo con los resultados de dicho proceso.

5. Sin embargo, mediante carta de fecha 4 de junio de 2010, el Postor comunicó a La Entidad su renuncia voluntaria a la Buena Pro del acotado proceso de selección, toda vez que por motivos de fuerza mayor estaría imposibilitado a atender el servicio por un periodo de doce (12) meses.
6. En ese sentido, este Colegiado estima que en el presente caso se ha materializado el supuesto de hecho que configuran la infracción imputada, siendo necesario determinar si el Postor desistió de mantener su oferta por motivos justificados.
7. En atención a lo antes expuesto, se observa que el Postor solo se ha limitado a señalar que el proceso de selección debió ser convocado por exoneración al no haber en el mercado otro proveedor igual y que una vez adjudicado el servidor (Nextel del Perú S.A.) le anunció que le iba a cortar el servicio y que al revisar las Bases con detenimiento había observaba que el servicio estaba convocado para la única empresa proveedora Nextel y que al ser ilegal el acto prefirió notificar a La Entidad su renuncia por fuerza mayor.
8. Asimismo, el Postor no se presentó a la Audiencia Pública programada para el día 8 de febrero de 2011 a pesar de haber sido notificada, para tal efecto, el 2 de febrero de 2011, mediante la página web del OSCE.
9. Ahora bien, cabe precisar que el Postor no ha exhibido prueba alguna que sustente o avale sus dichos, de tal manera que se verifique que por motivos de fuerza mayor estuvo imposibilitado de mantener su oferta o que se encontraba imposibilitado física o legalmente. Máxime, si de la revisión de la propuesta técnica del Postor se advierte que aquel presentó la siguiente documentación en la que declara que sí podía cumplir con el servicio ofertado:
 - a) Anexo N° 2 “Declaración Jurada de Cumplimiento de los requerimientos Técnicos Mínimos del Servicio Convocado, mediante el cual declara que, tras conocer todas las condiciones existentes, cumple y ofrece el servicio de radio troncalizado.

- b) Anexo N° 3 “artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”, mediante el cual se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato, en caso de resultar favorecido con la Buena Pro.
 - c) Anexo N° 5 “Declaración Jurada de Compromiso de prestación del Servicio”, mediante el cual manifiesta que de ser adjudicado con la Buena Pro, se compromete a realizar el servicio en las fechas establecidas en los requerimientos técnicos mínimos del Capítulo III de las Bases.
 - d) Anexo N° 6 “Declaración Jurada de Seriedad de Oferta”, mediante el cual manifiesta que se compromete a mantener vigente su oferta hasta la suscripción del contrato, en caso de salir favorecido con la Buena Pro.
 - e) Anexo N° 8 “Declaración Jurada de Compromiso del plazo de prestación del servicio”, mediante el cual se compromete a efectuar el servicio por el periodo de doce (12) meses.
10. Atendiendo a dichas consideraciones se puede colegir que el Postor ha incurrido en la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51) de la Ley, por tal razón este Colegiado considera que corresponde imponer sanción administrativa al Postor por la comisión de los hechos imputados.
11. En relación a la graduación de la sanción imponible, dicho artículo 51 de la Ley establece que los postores que no mantengan su oferta hasta antes de la suscripción del contrato serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de un (1) año ni mayor de tres (3) años.
12. Además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al Principio de Razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1029 del 24 de junio de 2008, 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.

13. En tal sentido, la sanción que se impondrá a la empresa denunciada deberá ser graduada dentro de los límites dispuestos, para lo cual deberá tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 245⁽³⁾ del Reglamento.
14. Debe tenerse en cuenta el daño causado por la conducta del Postor, toda vez que se verifica que la renuncia del Postor a la Buena Pro retardó el normal desenvolvimiento de los actos programados con ocasión de la realización del presente proceso de selección.
15. De otro lado, debe entenderse la falta de antecedentes del señor Rafael Eduardo Rossi Córdova, en lo que respecta a haber sido suspendido y/o inhabilitado anteriormente en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
16. Por lo antes expuesto, corresponde imponerle la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por el periodo de doce (12) meses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Carlos Fernando Fonseca Oliveira y la intervención de los Vocales Dras. Patricia Seminario Zavala y Ada Basulto Liewald, atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE, expedida el 21 de setiembre de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51

(3) **Artículo 245.- Determinación gradual de la Sanción**

Para graduar la sanción a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, se considerarán los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad,

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer al señor Rafael Eduardo Rossi Córdova sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Seminario Zavala.

Basulto Liewald.

Fonseca Oliveira.

002 Causas ajenas a la voluntad del postor: No genera responsabilidad administrativa

No se configura la infracción consistente en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato por parte del postor ganador de la buena pro, si se ha acreditado que este no mantuvo dicha oferta por causas ajenas a su voluntad.

Resolución N° 1760-2011-TC-S1

Lima, 30 de noviembre de 2011

Visto, en sesión del 30 de noviembre 2011, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 725-2011-TC, sobre la aplicación de sanción contra el señor Héctor Wilfredo Calle Ruiz, por su supuesta responsabilidad al no haber mantenido su oferta, en el marco del proceso de selección.

Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ (Primera Convocatoria) y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 18 de noviembre de 2010, Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ, en adelante La Entidad, convocó el proceso por Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ (Primera Convocatoria), según relación de ítems, para la “Adquisición de Sensores, Regulador y Transmisor - Refinería Talara”, cuyo valor referencial fue reservado.
2. Con fecha 30 de noviembre de 2010, se publicó la integración de las Bases en la página web de Seace.
3. Con fecha 21 de diciembre de 2010, se llevó a cabo el otorgamiento de la Buena Pro, resultando adjudicado el señor Héctor Wilfredo Calle Ruiz, en adelante el Postor, respecto a los Ítems N°s 1 y 2 del proceso por Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ (Primera Convocatoria), el Acta de otorgamiento de la Buena Pro fue publicada en la misma fecha en la página web del Seace.

4. Con fecha 29 de diciembre de 2010, se otorgó la Buena Pro de los ítems N°s 1 y 2 al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, debido al desistimiento del Postor (Héctor Wilfredo Calle Ruiz).
5. Con Carta N° TL-ULOG-218-2010 de fecha 29 de diciembre de 2010, La Entidad comunicó al Postor el retiro de la Buena Pro a su favor.
6. Con Carta N° TL-SPAD-ULOG-AD-062-2011 presentada el 31 de mayo de 2011 en la Oficina Desconcentrada de Piura e ingresada por Mesa de Partes del Tribunal el 6 de junio de 2010, La Entidad comunicó el desistimiento del Postor, a fin de que se evalúe la aplicación de sanción correspondiente, para lo cual adjuntó entre otros el Informe Legal N° 019-2011 de fecha 8 de abril de 2011, en el cual señaló lo siguiente:
 - i) Con fecha 21/12/2010 comunicaron el otorgamiento de la Buena Pro a los postores, siendo que los ítems 1 y 2 fueron adjudicados al Postor.
 - ii) El Postor, mediante correo electrónico de fecha 21/12/2010 manifestó su no aceptación a la Buena Pro otorgada, señalando que su cotización la realizó en soles cuando debió presentarla en dólares, y en consecuencia el 29/12/2010 comunicaron al postor Internacional Tool & Suply del Perú S.A. el otorgamiento de la Buena Pro a su favor, al haber ocupado el segundo lugar de acuerdo al orden de prelación, quien confirmó su aceptación de la Buena Pro de los ítems N°s 1 y 2.
 - iii) En virtud a ello, determinaron poner en conocimiento del Tribunal del OSCE la infracción incurrida por el Postor, para que de acuerdo a sus atribuciones inicie el procedimiento administrativo sancionador.
7. Mediante decreto de fecha 9 de junio de 2011, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador se requirió a La Entidad cumpla con subsanar su comunicación debiendo remitir la Carta debidamente recepcionada, mediante la cual se citó al señor Héctor Wilfredo Calle Ruiz a la suscripción del contrato o, de ser el caso, remitir copia del documento mediante el cual el referido señor autorizó la notificación por cualquier otro medio distinto a la notificación personal; otorgándole para tal efecto el plazo de cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

8. Mediante decreto de fecha 5 de agosto de 2011, vista la razón expuesta por Secretaría se reiteró a La Entidad para que cumpla con remitir la información y documentación requerida mediante Cédula de Notificación N° 17627/2011.TC, otorgándole el plazo de cinco (5) días; bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos. Asimismo, se dispuso comunicar al Órgano de Control Institucional de La Entidad la presente reiteración para los fines de Ley.
9. Con Carta N° TL-ULOG-CG-138-2011 presentada en la Oficina Desconcentrada de Piura el 9 de agosto de 2011 e ingresada por Mesa de Partes el 12 de agosto de 2011, La Entidad cumplió con remitir la documentación requerida.
10. Mediante decreto de fecha 17 de agosto de 2011, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Postor (Héctor Wilfredo Calle Ruiz) por su supuesta responsabilidad al no haber mantenido su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro, a pesar de haber resultado adjudicado en los ítems N° 1 y 2 del proceso de selección por Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ - Primera Convocatoria, efectuado por La Entidad (PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A. - PETROPERÚ) para la “Adquisición de Sensores, Regulador y Transmisor - Refinería Talara”, otorgándole al Postor el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
11. Con Carta N° TL-ULOG-CG-148-2011 presentada el 18 de agosto de 2011, La Entidad señaló que con fecha 05/08/2011 cumplieron con subsanar su escrito de fecha 31/05/2010.
12. Mediante decreto de fecha 23 de agosto de 2011, se tuvo por presentado el escrito de La Entidad.
13. Con escrito presentado el 4 de octubre de 2011, el Postor se apersonó al procedimiento y señaló lo siguiente:
 - i) Que, luego de haber participado en el proceso de selección por Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ (Primera Convocatoria), le comunicaron el otorgamiento de la Buena Pro de los ítems N°s 1 y 2 por el importe de S/. 1,760.00, sin embargo se

dieron cuenta que incurrieron en un error material al haber consignado un tipo de moneda distinto.

- ii) Habiendo percibido el error cometido en la cotización del producto, siendo que consignaron nuevos soles, cuando en realidad su valor pecuniario debió ser en dólares americanos, comunicaron de inmediato tal hecho a La Entidad.
 - iii) Ante lo expuesto, no se pudo dar asentimiento a la Buena Pro que se le otorgó. Precisó que dicho error fue comunicado inmediatamente a La Entidad, a través de una Carta de no aceptación de la Buena Pro, circunstancia que permitió que se comunicara a la empresa Internacional Tool & Suply del Perú el otorgamiento de la Buena Pro a su favor al haber ocupado el segundo lugar en el orden de prelación, quien confirmó su aceptación.
 - iv) Indicó que aceptaban su error pero negaron intencionalidad en ello y mucho menos en causarle un perjuicio.
 - v) Solicitaron se aplique el criterio de razonabilidad al momento de imponer la sanción (sic).
14. Con escrito presentado el 4 de octubre de 2011, el Postor indicó que no cuenta con domicilio procesal en la ciudad de Lima.
15. Mediante decreto de fecha 10 de octubre de 2011, se tuvo por apersonado al Postor, por presentados sus descargos y por señalado su domicilio procesal, y se dispuso la remisión del expediente a la Primera Sala del Tribunal a fin de que resuelva.
16. Con decreto de fecha se señaló fecha para Audiencia Pública para el 22 de noviembre de 2011.
17. Con fecha 22 de noviembre de 2011, se frustró la Audiencia Pública ante la inasistencia del Postor.
18. Con escrito presentado el 22 de noviembre de 2011, La Entidad remitió el Informe Técnico Legal - CME-364-2010-OTL/PETROPERÚ de fecha 18 de noviembre de 2011, en el cual señaló lo siguiente:

- i) Con fecha 21/12/2010 comunicaron el otorgamiento de la Buena Pro a los postores, para los ítems N°s 1 y 2: Postor Héctor Calle Ruíz por el importe de S/. 1,760.00.
- ii) Mediante correo electrónico de fecha 21/12/2010 remitido a La Entidad, el Postor manifestó su voluntad de no aceptar la Buena Pro otorgada a su favor, indicando que su cotización la realizó en soles, cuando debió haber sido en dólares.
- iii) Al ser notificados con la manifestación de voluntad del postor Héctor Calle Ruiz, dentro del plazo de ley, dispusieron el otorgamiento de la Buena Pro del proceso, ante lo cual otorgaron la Buena Pro al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación.
- iv) Ante tales hechos, conforme lo establecido en su Reglamento, pusieron en conocimiento del Tribunal, la presunta infracción del Postor (sic).

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. El presente procedimiento administrativo sancionador está referido a la supuesta responsabilidad del Postor (Héctor Wilfredo Calle Ruiz), por su supuesta responsabilidad en no mantener su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro en el marco del proceso por Competencia Menor N° CME-0364-2010-OTL/PETROPERÚ (Primera Convocatoria); infracción tipificada en el literal a) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, concordante con lo establecido en su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento.
3. Siendo que el proceso de contratación en cuestión deriva de una Competencia Menor, resulta pertinente evaluar el marco normativo que rige el citado proceso, a fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer la denuncia presentada por Petroperú S.A.

4. Por Ley N° 28840⁽⁴⁾ se declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización de Petroperú, estableciéndose que sus actividades debían desarrollarse en el marco de dicha Ley, su Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 43 y su modificatoria, la Ley N° 26224, su Estatuto Social, y supletoriamente por las disposiciones de la Ley General de Sociedades.
5. La Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 refiere que las adquisiciones y contrataciones de Petroperú se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el Consucode (en la actualidad, OSCE). Asimismo, establece que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú serán definidas en su Reglamento y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.
6. En esa línea, mediante Resolución N° 456-2006-CONSUCODE/PRE⁽⁵⁾ se aprobó el Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de Petróleos del Perú S.A.-PETROPERÚ S.A., en adelante el Reglamento de Petroperú, el cual tiene como objetivo regular de manera integral y uniforme los procedimientos de adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios y obras necesarios para el cumplimiento del objeto social de Petroperú.
7. Precisamente, en el numeral 4 del Reglamento de Petroperú se prevé que el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁽⁶⁾, su Reglamento y sus modificatorias, le son aplicables, en lo que resulte, en los aspectos referidos al Registro Nacional de Proveedores (RNP), Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (Seace), recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
8. En el marco del anotado precepto legal, el Tribunal es el órgano que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los procedimientos de imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, en los casos expresamente tipificados en el artículo 51 de la Ley

(4) Publicada el 23 de julio de 2006.

(5) Publicada el 29 de octubre de 2006 y modificada por la Resolución N° 171-2008-CONSUCODE/PRE.

(6) Derogado por el Decreto Legislativo N° 1017.

de Contrataciones del Estado⁽⁷⁾, en lo sucesivo la Ley, norma aplicable al presente caso; sin perjuicio de las acciones legales que corresponda adoptar a Petroperú, dentro de sus respectivas atribuciones, en salvaguarda de sus intereses.

9. Al respecto, para la configuración del supuesto de hecho contenido en la infracción imputada, se requiere que el Postor no mantenga su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro y que el retiro de su oferta sea por razones injustificadas, toda vez que si se acredita alguna causa justificante para no haber mantenido su oferta estaremos ante hechos que no merecerían sanción administrativa.
10. Al respecto, resulta preciso indicar que es criterio de este Tribunal que el señalamiento expreso, por parte de los postores adjudicatarios, en el caso de que la infracción sea la de no mantener su oferta, no obliga a La Entidad a continuar con el trámite formal de citación para la suscripción del contrato, ello obedece a la naturaleza de los procesos de selección, en los que la oportunidad de la adquisición es determinante, teniendo en cuenta que a través de estos se busca satisfacer una necesidad real de la Administración Pública o de los usuarios de sus servicios y prestaciones de modo tal que, conforme al Principio de Economía que rige para estos casos, deben evitarse formalidades innecesarias, no pudiendo exigirse a La Entidad que pese a la conducta del Postor que obtuvo la Buena Pro, deba emplazarlo para la suscripción del contrato.
11. Hecha esta precisión, de la documentación obrante en autos, se aprecia el Anexo N° 01- Declaración Jurada del Postor de fecha 21 de diciembre de 2010, el Postor comunicó a La Entidad que no aceptaría la Buena Pro del proceso debido a que debió haber cotizado en dólares americanos, ya que los precios ofertados están muy por debajo del valor del mercado.
12. En ese sentido, este Colegiado estima que en el presente caso se ha materializado el supuesto de hecho que configuran la infracción imputada, siendo necesario determinar si el Postor se desistió de mantener su oferta por motivos justificados.

(7) Ídem.

13. Al respecto, el Postor ha señalado en su escrito de descargos que no mantuvo su oferta debido a que cotizaron en nuevos soles, debiendo haberlo hecho en dólares americanos, siendo que el precio ofertado se encuentra muy por debajo del valor del mercado y que una vez que se percató del error incurrido informó a La Entidad los hechos ocurridos a fin de que no se perjudicara y pueda suscribir el contrato con el postor que quedó en segundo lugar en el orden de prelación.
14. Ahora bien, de la revisión del Acta de otorgamiento de la Buena Pro, se obtuvo la siguiente información:

| ÍTEM | CANT. | UNID. | MONTO REFERENCIAL S/. INC IGV | HÉCTOR CALLE | INTERNATIONAL TOOL & SUPPLY | A Y P INTERNACIONAL SAC | COMPONENTES INDUSTRIALES SA |
|------|-------|-------|-------------------------------|--------------|-----------------------------|-------------------------|-----------------------------|
| 1 | 2 | EA | 2853,96 | 820.00 | 1751.84 | 2720.00 | 2377.03 |
| 2 | 2 | EA | 1980.00 | 940.00 | 2021.34 | 2720.00 | 2377.03 |

15. Como se puede observar, el monto referencial del ítem N° 1 era de 2853.96 nuevos soles, lo cual difiere en gran cantidad del monto ofertado por el Postor para este ítem, el cual fue 820 nuevos soles. Más aún, se evidencia que los montos ofertados por los otros postores en el referido ítem, se encuentran muy por el doble del monto ofertado por el Postor. Asimismo, respecto al ítem N° 2 el monto referencial considerado por La Entidad fue de 1980 nuevos soles, siendo que el Postor ofertó el monto de 940 nuevos soles, monto que no solo difiere en gran medida de dicho valor referencial sino de las propuestas de los demás postores.
16. En mérito a lo expuesto, se evidencia de sobre manera que el Postor cometió un error al momento de ofertar su propuesta para los ítems 1 y 2, no solo porque lo ha señalado el propio Postor, sino porque es una situación notoria y evidente, de modo que el error en el cual incurrió el Postor, adquiere veracidad.
17. Por lo demás, no puede olvidarse que los errores materiales, por su naturaleza, no exigen para su corrección operaciones de calificación jurídica y distintas apreciaciones de la prueba, ni supone resolver cuestiones discutibles u opinables por evidenciarse el error directamente al deducirse, con toda certeza, del texto del documento, sin necesidad de elaborar hipótesis alguna.

18. Ahora bien, se tienen que el Postor no cumplió con mantener su oferta hasta el otorgamiento de la Buena Pro, sin embargo, se ha evidenciado que existe una causa justificada para tal hecho, y es que, debido a haber incurrido en un error en su propuesta económica ha ofertado un precio que no se encuentra acorde con el precio real del producto ofertado, lo cual ha quedado probado con la revisión del Acta de otorgamiento de la Buena Pro, razón por la cual los hechos descritos sí pueden ser considerados como causas justificantes para no mantener su oferta en el proceso de selección de la referencia.
19. Consecuentemente, habiéndose acreditado que el Postor no mantuvo su oferta por causa justificada, situación que fue comunicada oportunamente a La Entidad, no corresponde imponerle sanción administrativa, debiendo archivers el presente expediente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Señores Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala atendiendo a la conformación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 de fecha 8 de noviembre de 2011; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar NO HA LUGAR a la aplicación de sanción contra el señor Héctor Wilfredo Calle Ruiz por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones, conforme a los fundamentos expuestos; debiéndose archivar el expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

003 Configuración de la causal: Análisis formal y sustancial

Para que la infracción se configure debe acreditarse, en principio, que La Entidad siguió estrictamente el procedimiento formal para la suscripción del contrato regulado en el artículo 148 del Reglamento (análisis de forma) y, de haberse efectivamente seguido tal procedimiento, verificar si la omisión de tal suscripción se debió a causa no imputable al postor y sobreviniente al otorgamiento de la buena pro, en cuyo caso se le deberá eximir de sanción (análisis sustancial).

Resolución N° 1773-2011-TC-S1

Lima, 6 de diciembre de 2011

Visto en sesión del 6 de diciembre de 2011, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 803/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Elías Guillermo Arteaga Limo, por la presunta responsabilidad de no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, derivado de la Licitación Pública N° 029-2010-SUNAT/2GB3500; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 10 de diciembre de 2010, la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (Sunat), en adelante La Entidad, convocó la Licitación Pública N° 0029-2010-SUNAT/2G3500, primera convocatoria, para la “Provisión de Uniformes para Fedatario Fiscalizador”, según relación de ítems, bajo el sistema de precios unitarios, con un valor referencial S/. 649 230.00 (seiscientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta con 00/100 nuevos soles), incluido los impuestos de Ley.
2. El 28 de enero 2011, luego de evaluarse las propuestas presentadas, se otorgó la Buena Pro del ítem N° 2 (Vestuario de invierno y verano en tela hipora⁽⁸⁾) al Consorcio Compañía Textil Borda E.I.R.L. - Julio Manuel

(8) Cuyo valor referencial equivalía a la suma de S/. 159 689.50 (ciento cincuenta y nueve mil seis cientos ochenta y nueve con 50/100 nuevos soles).

Calmett Bernal, en lo sucesivo, el Adjudicatario, por su oferta económica equivalente a la suma de S/. 128 325.00. Cabe señalar, que el Acta de Otorgamiento de la Buena Pro fue publicada en la ficha del proceso de selección del Seace el mismo día, mes y año.

3. Mediante Carta N° 165-2011-SUNAT/2G3500 La Entidad requirió al Adjudicatario a fin de que cumpliera con apersonarse para la suscripción del contrato el día 24 de febrero de 2011, debiendo además remitir los documentos pertinentes para tal efecto.
4. No habiendo cumplido el Adjudicatario con la suscripción del contrato, a través de la Carta N° 206-2011-SUNAT/2G3500 de fecha 3 de marzo de 2011, La Entidad requirió al postor que ocupó el segundo lugar, el señor Elías Guillermo Arteaga Limo, en adelante el Postor, a fin de que cumpliera con presentar la documentación pertinente para la suscripción del contrato dentro de un plazo no mayor a diez (10) días hábiles, plazo que a tenor de lo señalado en el documento vencía el 17 de marzo de 2011.
5. Con Carta s/n de fecha 10 de marzo de 2011, notificado el mismo día, mes y año, el Postor comunicó a La Entidad que no podía suscribir el contrato del referido proceso de selección, toda vez que los precios de los materiales solicitados en las especificaciones técnicas de las Bases habían sufrido un incremento considerable; razón por la cual, le solicitó que evalúe los precios actuales de los citados materiales, según el cuadro adjunto a la referida misiva.
6. Posteriormente, con Carta N° 278-2011-SUNAT/2G3600 de fecha 11 de marzo de 2011, La Entidad informó al Postor que la Carta s/n de fecha 10 de marzo de 2011 resultaba improcedente, por lo que, le requirió para la suscripción del contrato a más tardar el 17 de marzo de 2011.
7. Mediante Carta N° 332-2011-SUNAT/2G3600 del 18 de marzo de 2011, notificada el mismo día, mes y año, La Entidad comunicó al Postor la pérdida automática de la Buena Pro adjudicada a su favor.
8. Con escrito presentado el 13 de junio de 2011, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, que el Postor no había cumplido con suscribir el contrato derivado de la Licitación Pública N° 0029-2010-SUNAT/2G3500.

En efecto, adjuntó el Informe Legal N° 36-2011-SUNAT/2G3600 de fecha 8 de junio de 2011, mediante el cual manifestó que al no haber cumplido con los requisitos para la firma del contrato y no haberse constituido a La Entidad para la respectiva firma en el plazo establecido, el Postor había perdido la Buena Pro otorgada a su favor.

9. Mediante decreto de fecha 16 de junio de 2011, notificado el 24 de agosto del mismo año, el Tribunal inició procedimiento administrativo sancionador en contra del Postor por supuesta responsabilidad en la no suscripción injustificada del contrato, derivado de la Licitación Pública N° 0029-2010-SUNAT/2G3500, primera convocatoria; y le otorgó el plazo de diez (10) días para que cumpliera con formular sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.
10. Con escrito presentado el 23 de marzo de 2011, el Postor presentó su escrito de descargos, en el cual manifestó que el 10 de marzo de 2011, comunicó a La Entidad que le era imposible la suscripción de contrato, toda vez que los insumos cotizados para satisfacer el objeto contractual habían variado considerablemente. En ese sentido, el Postor afirmó que dicho incremento afectó la cotización realizada en su propuesta técnica, hecho que fue considerado por La Entidad, toda vez que, luego de no haber suscrito el contrato respectivo, La Entidad declaró desierto el proceso de selección, y como consecuencia de ello convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 36-2011-SUNAT-2G3500 con un valor referencial de S/. 207 924.95, existiendo una diferencia del 30% al valor referencial del presente proceso de selección.
11. Con decreto de fecha 14 de setiembre de 2011, se tuvo por apersonado al Postor a la instancia administrativa, y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resolviera.
12. Mediante decreto del 18 de octubre de 2011, y en mérito a la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE del 21 de setiembre de 2011, se dispone la reasignación de los expedientes, siendo así, se remite el expediente materia de análisis a la Primera Sala del Tribunal.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo

sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.

2. En ese sentido, el Tribunal es el órgano que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los procedimientos de imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, en los casos expresamente tipificados en el artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, norma aplicable al momento de la presunta comisión de la infracción, sin perjuicio de las acciones legales que les correspondan adoptar a las Entidades, dentro de sus respectivas atribuciones, en salvaguarda de sus intereses.
3. El presente procedimiento administrativo está referido a la supuesta responsabilidad del Postor, por haber omitido injustificadamente suscribir el contrato derivado del ítem N° 2 de la Licitación Pública N° 0029-2010-SUNAT/2G3500, primera convocatoria, infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley⁽⁹⁾, norma vigente al suscitarse los hechos.
4. La causal imputada le es atribuible a aquel postor que, habiendo sido favorecido con el otorgamiento de la Buena Pro, se niegue u omita suscribir el contrato, sea porque no se presente para dicho propósito en la fecha correspondiente o bien porque no cumpla con presentar los documentos indispensables para tal fin.
5. Conforme a los criterios utilizados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que dicha infracción se configure debe acreditarse, en principio, que La Entidad siguió estrictamente el procedimiento formal para la suscripción del contrato regulado en el artículo 148 del Reglamento (análisis de forma) y, de haberse efectivamente seguido tal procedimiento, verificar si la omisión de tal suscripción se debió a causa no imputable al postor y sobreviniente al otorgamiento de la buena pro, en cuyo caso se le deberá eximir de sanción (análisis sustancial).

(9) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

(...), de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, (...).

6. De lo antes mencionado, se evidencia que para el presente caso, para la configuración del supuesto de hecho contenido en la norma acotada, se requiere previamente acreditar que La Entidad haya respetado el procedimiento de suscripción del contrato conforme a lo previsto en el numeral 1) del artículo 148 del Reglamento, que dispone que, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, La Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de La Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida.
7. Asimismo, el numeral 2) del citado artículo señalaba que, cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción aplicable. En tal caso, La Entidad llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente.
8. Los plazos mencionados precedentemente han sido previstos por la norma de la materia a favor del postor ganador de la Buena Pro, constituyendo un límite a la actuación de La Entidad a fin de que esta no le otorgue plazos arbitrarios que le impidan recabar los documentos necesarios para la respectiva suscripción del contrato. Es decir, el procedimiento antes anotado resulta de observancia obligatoria para todas las Entidades, de modo que si el Tribunal advierte que La Entidad no cumplió con seguirlo, deberá declarar que no existe mérito para la imposición de sanción y ordenar el archivamiento del expediente.
9. Lo expuesto en los párrafos precedentes encuentra concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/009 del 25 de junio de 2009, adoptado por mayoría, el mismo que es de observancia obligatoria.
10. En ese orden de ideas, corresponde determinar de manera previa si La Entidad ha seguido el debido procedimiento para la suscripción del contrato del postor que quedó en segundo lugar.
11. Al respecto, es pertinente mencionar que conforme a lo dispuesto por el artículo 137 del Reglamento, una vez que la Buena Pro quedaba consentida o administrativamente firme, tanto La Entidad como el postor ganador de la Buena Pro estaban obligados a suscribir el o los contratos respectivos.

En caso de que el ganador se negase a suscribir el contrato, sería pasible de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le sea atribuible.

El artículo 75 del Reglamento establece que el otorgamiento de la Buena Pro realizado en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha.

Igualmente, el artículo 77 del citado cuerpo normativo, señalaba también que cuando en el proceso de selección se hayan presentado dos o más propuestas, el consentimiento de la Buena Pro se producirá a los ocho (8) días de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación.

12. Ahora bien, fluye de los antecedentes administrativos que, luego de habersele otorgado el plazo respectivo para la suscripción del contrato, el Adjudicatario no acudió ni presentó la documentación requerida el 24 de febrero de 2011, fecha límite para la suscripción del respectivo contrato.

En torno a lo señalado, resulta necesario indicar que el Reglamento establece que cuando el ganador de la Buena Pro no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, debiendo La Entidad llamar al postor que ocupó al segundo lugar en el orden de prelación, procediéndose conforme a los plazos establecidos para la citación.

13. De acuerdo a la información obrante en autos, a través de la Carta N° 206-2011-SUNAT/2G3500 notificada el 3 de marzo de 2011, La Entidad citó al señor Elías Guillermo Arteaga Limo, postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación; sin embargo, de acuerdo al tracto administrativo anteriormente detallado, La Entidad debió citar al segundo postor en orden de prelación, entre los días 25 y 28 de febrero de 2011, es decir, entre los dos (2) días siguientes al consentimiento de la pérdida de la Buena Pro sufrida por el adjudicatario (lo cual se tendría que haber producido vencido el 24 de febrero de 2011).
14. Por lo tanto, en el caso bajo análisis se ha llegado a acreditar que La Entidad no siguió el procedimiento establecido para suscribir el contrato, por cuanto citó al Postor extemporáneamente, puesto que como ya se dijo La Entidad debía remitir la comunicación de citación hasta el 28 de febrero de

2011, de conformidad con el procedimiento establecido en el numeral 2) del artículo 148 del Reglamento.

15. Este criterio ha sido recogido, además, en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/2009 del 25 de junio de 2009, en el que, por mayoría, se dispuso que “(...) en los casos en se comuniquen la no suscripción injustificada del contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar la aplicación de sanción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables”⁽¹⁰⁾.
16. En virtud de los hechos descritos en los numerales precedentes, este Colegiado concluye que La Entidad no cumplió con el procedimiento de citación para la suscripción del contrato a favor del Postor, conforme a lo establecido en el artículo 148 del Reglamento, lo cual guarda concordancia con lo dispuesto en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/009 del 25 de junio de 2009, por lo que no corresponde atribuir responsabilidad al Postor, por los hechos imputados, y consecuentemente, no es posible determinar aplicación de sanción administrativa a estas, al no haberse configurado el supuesto de hecho tipificado en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de las Vocales Dra. Ada Basulto-Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

(10) Acuerdo adoptado, por mayoría, con excepción del Voto en Discordia formulado por el Dr. Derik Latorre Boza, al cual se adhirió la Dra. Janette Elke Ramirez Maynetto.

LA SALA RESUELVE:

Declarar **NO HA LUGAR** la imposición de sanción administrativa al señor Elías Guillermo Arteaga Limo, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 51, numeral 51.1, literal a) de la Ley, conforme a los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

004 Omisión de suscribir el contrato: Cuando el postor no se presenta en la fecha señalada por La Entidad

La causal de infracción materia de denuncia le es atribuible al postor que habiendo sido favorecido con el otorgamiento de la buena pro, se haya negado u omitido suscribir el contrato, sea porque no se presentó para dicho propósito en la fecha correspondiente o porque no cumplió con presentar los documentos indispensables para tal fin; previamente a lo cual, debe acreditarse que La Entidad haya observado el procedimiento formal establecido para la suscripción del contrato.

Resolución N° 1813-2011-TC-S1

Lima, 26 de diciembre de 2011

Visto en sesión del 26 de diciembre de 2011, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 432/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas Galatians Contratistas S.A.C. y GYC Ingeniería y Construcciones S.R.L., las cuales participaron de forma consorciada, por sus presuntas responsabilidades al no haber suscrito injustificadamente la Orden de Trabajo de Terceros derivada del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 1 de diciembre de 2010, Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A., en adelante Petroperú, convocó el Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ, con el objeto de contratar el servicio de “Instalación de motobomba del sistema contra incendio del Terminal Bayovar”, por un monto estimado referencial de carácter reservado.
2. El 7 de enero de 2011, se dieron a conocer los resultados de la calificación y evaluación de propuestas, resultando adjudicado con la buena pro el Consorcio integrado por las empresas Galatians Contratistas S.A.C. y GYC Ingeniería y Construcciones S.R.L., en adelante el Consorcio, cuya oferta económica equivalía a US\$ 80,039.40.

3. Con Carta N° ADOL-ULOG-0040-2011 de fecha 14 de enero de 2011, Petroperú solicitó al Consorcio que, en el plazo de cinco días, remitiera la documentación solicitada en el numeral 13 de las Bases, a fin de emitirse la respectiva Orden de Trabajo a Terceros (OTT).
4. El 21 de enero de 2011, a través de la Carta N° 001-2011-CME137/GALATIANS, el Consorcio solicitó una ampliación de plazo de diez días. En respuesta, a través de la Carta N° ADOL-ULOG-0070-2011 de fecha 24 de enero de 2011, Petroperú accedió a lo solicitado por el Consorcio, precisando que el plazo para la entrega de los documentos del caso vencía indefectiblemente el 7 de febrero de 2011.
5. El 8 de febrero de 2011, a través de la Carta N° 002-2011-CME137/GALATIANS, el Consorcio presentó parte de los documentos requeridos por Petroperú; respecto a la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, indicó que ya había vencido el plazo establecido para su solicitud (15 días hábiles después de publicarse la buena pro en el Seace), por lo que solo adjuntaba copia de dicha constancia emitida para otro servicio ejecutado con Petroperú.

En la misma comunicación, el Consorcio explicó que tras recabar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, La Entidad emisora le había señalado que aquella se encontraba en Auditoría para su renovación, y que recién a partir del 15 de febrero se firmarían todas las cartas fianzas; por lo que solicitaba un plazo adicional a efectos de cumplir con el requisito faltante.

6. Con Carta N° 003-2011-CME137/GALATIANS del 7 de febrero de 2011, el Consorcio volvió a solicitar ampliación de plazo para efectuar la entrega de la garantía de fiel cumplimiento, explicando una serie de inconvenientes relativos a su emisión.
7. Mediante Carta N° ADOL-ULOG-0108-2011 de fecha 9 de febrero de 2011, Petroperú accedió al pedido de ampliación de plazo del Consorcio formulado en su Carta N° 003-2011-CME137/GALATIANS, otorgándole cinco días adicionales, el mismo que vencería el 14 de febrero de 2011; y en relación a la constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, precisó que debía presentarse una Constancia Informativa.
8. Con Carta N° 005-2011-CME137/GALATIANS del 15 de febrero de 2011, el Consorcio comunicó que La Entidad financiera demoraría diez

días más para la evaluación de las empresas conformantes del Consorcio, la misma cantidad de días que se solicitaba como ampliación de plazo; por lo que, a fin de agilizarse la documentación y la ejecución inmediata del servicio, solicitaba la aprobación del descuento del diez por ciento del monto del contrato para garantizar el fiel cumplimiento, en aplicación de la Ley N° 28015 - Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, a cuyo efecto el Consorcio adjuntó las constancias de acreditación emitidas por Remype.

9. Por Carta ADOL-ULOG-0126-2011 de fecha 17 de febrero de 2011, Petroperú otorgó al Consorcio un plazo adicional de cinco días, a efectos que presentara la carta fianza faltante y la antes mencionada Constancia Informativa.
10. Mediante Carta N° 006-2011-CME137/GALATIANS del 22 de febrero de 2011, el Consorcio señaló que en vista de la demora ocasionada tras los inconvenientes relativos a la garantía de fiel cumplimiento, desestimaba el concurso del servicio, dejando a potestad de Petroperú adjudicar la buena pro al postor que ocupó el segundo lugar.
11. Con Carta ADOL-ULOG-0159-2011 de fecha 3 de marzo de 2011, Petroperú comunicó al Consorcio la pérdida de la buena pro; acto seguido, solicitó a NorthhydraulicServices S.A.C., quien ocupó el segundo lugar en el proceso de selección, los documentos necesarios para la emisión de la correspondiente Orden de Trabajo a Terceros (OTT).
12. Posteriormente, mediante formulario presentado el 31 de marzo de 2011, Petroperú puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, los hechos anteriormente descritos, solicitando que se evaluara la aplicación de sanción al Consorcio por no suscribir injustificadamente la Orden de Trabajo a Terceros (OTT) derivada del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ.
13. Mediante decreto del 8 de abril de 2011, el Tribunal requirió al Consorcio copias de las Cartas ADOL-ULOG-0070-2011, ADOL-ULOG-0108-2011 y ADOL-ULOG-0126-2011 debidamente recepcionadas, o de ser el caso, copia del documento mediante el cual las empresas integrantes del Consorcio autorizaron la notificación por cualquier otro medio distinto a la notificación personal.

14. El 2 de junio de 2011, Petroperú cumplió con presentar lo solicitado por el Tribunal.
15. Mediante decreto de fecha 7 de junio de 2011, se inició procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por sus supuestas responsabilidades en la no suscripción injustificada de la Orden de Trabajo a Terceros (OTT) derivada del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ; y se les emplazó para que cumplan con presentar sus descargos en el plazo de diez días hábiles, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
16. No habiendo cumplido los integrantes del Consorcio con presentar sus descargos dentro del plazo concedido al efecto, con decreto del 26 de agosto de 2011 se hizo efectivo el apercibimiento decretado, remitiéndose el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento ha sido iniciado por la supuesta responsabilidad de los integrantes del Consorcio, por no haber suscrito injustificadamente la Orden de Trabajo de Terceros derivada del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ.
2. En principio, advirtiéndose que el proceso de contratación del cual derivan los hechos materia de denuncia no se refiere a un proceso tradicional, resulta pertinente evaluar el marco normativo que rige al Proceso por Competencia Menor, a fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer la denuncia presentada por Petroperú.
3. Por Ley N° 28840⁽¹¹⁾ se declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización de Petroperú, estableciéndose que sus actividades debían desarrollarse en el marco de dicha Ley, su Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 43 y su modificatoria, la Ley N° 26224, su Estatuto Social, y supletoriamente por las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

(11) Ley de fortalecimiento y modernización de la Empresa Petróleos del Perú - Petroperú S.A., publicada el 23 de julio de 2006.

4. La Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 refiere que las adquisiciones y contrataciones de Petroperú se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el Consucode (en la actualidad, OSCE). Asimismo, establece que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú serán definidas en su Reglamento y se registrarán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.
5. Posteriormente, mediante Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE de fecha 11 de diciembre de 2009 se aprobó el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú - Petroperú S.A.⁽¹²⁾, en adelante el Reglamento de Petroperú, el cual tiene como objetivo regular de manera integral y uniforme los procedimientos de adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios y obras necesarios para el cumplimiento del objeto social y objetivos institucionales de Petroperú.
6. Ahora, en el numeral 5.12 del Reglamento de Petroperú, expresamente se señala que será de aplicación el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, lo relacionado al Registro Nacional de Proveedores - RNP, al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace, recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.
7. Por lo anterior, entonces, queda claro que este Colegiado resulta competente para pronunciarse sobre la supuesta responsabilidad del Consorcio en la no suscripción de la Orden de Trabajo de Terceros relativa al Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ; infracción prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.
8. Cabe señalar que la causal de infracción materia de denuncia le es atribuible al postor que habiendo sido favorecido con el otorgamiento de la buena pro, se haya negado u omitido suscribir el contrato, sea porque no se presentó para dicho propósito en la fecha correspondiente o porque no cumplió con presentar los documentos indispensables para tal fin; previa-

(12) Publicado el 12 de diciembre de 2009 en el diario oficial *El Peruano*.

mente a lo cual, debe acreditarse que La Entidad haya observado el procedimiento formal establecido para la suscripción del contrato.

9. Ahora, como resaltáramos inicialmente, el proceso de contratación del que devienen los hechos imputables de sanción se encuentra sujeto a las reglas del Reglamento de Petroperú, tal y como se estableció en el numeral 3 de las Bases Administrativas del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ. Siendo así, para que en el presente caso se configure la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, corresponde comprobarse que Petroperú haya observado el procedimiento formal establecido en su Reglamento para suscribir el respectivo documento contractual.
10. Al respecto, en su numeral 10.1, el Reglamento de Petroperú establece que el contrato entre Petroperú y el postor ganador de la Buena Pro se formaliza con la suscripción del correspondiente documento contractual, o con la recepción de la Orden de Compra u Orden de Trabajo a Terceros conforme a las formalidades y plazos estipulados en las Bases.
11. Con relación a lo anterior, debe advertirse que en las Bases Administrativas del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ no se establecieron plazos ni procedimiento alguno referido a la formalización del contrato, dado que no se hace mención del plazo con que contaba Petroperú para llevar a cabo los actos destinados a formalizar el documento contractual, ni el plazo que otorgaría al administrado para materializar dicha formalización⁽¹³⁾.
12. Ante dicha situación, cabe indicar que las normas contenidas en el Reglamento de Petroperú son de aplicación inmediata a todos los supuestos de hecho que hayan sido regulados en dicho cuerpo normativo, siendo de aplicación supletoria las normas generales vigentes en materia de contrataciones en caso de vacío o deficiencia, como la Ley de Contrataciones del

(13) A lo sumo, en el numeral 13, se indica lo siguiente:
Orden de Trabajo a Terceros (OTT)
Para la suscripción de la OTT, según modelo del Anexo N° 3, el postor ganador de la Buena Pro debe entregar los siguientes documentos:
Copia del DNI del representante legal de la empresa.
El Certificado emitido por el OSCE que acredite que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado.
Carta Fianza por Fiel Cumplimiento.

Estado y su Reglamento, este último aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF; conclusión que se condice con lo indicado en el numeral 4 del Reglamento de Petroperú, en el que se señala, entre otros, como base normativa al artículo 3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de la **aplicación supletoria de esta última norma a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras sujetas a regímenes especiales bajo ley específica, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas** (el resaltado es nuestro).

13. En ese sentido, resulta aplicable al presente caso lo señalado en el artículo 148⁽¹⁴⁾ del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (referente a los plazos y procedimientos para suscribir el contrato), el cual dispone que, en caso de que el contrato se perfeccione con una orden de compra

(14) **Artículo 148.- Plazos y procedimiento para suscribir el Contrato**

Una vez que quede consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, los plazos y el procedimiento para suscribir el contrato son los siguientes:

1. Dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro, La Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de La Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida.
2. Cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente. Si este postor no suscribe el contrato, dicho órgano declarará desierto el proceso de selección, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.
3. Cuando La Entidad no cumpla con citar al ganador de la Buena Pro a suscribir el contrato dentro del plazo establecido, el postor podrá requerirla para su suscripción, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes de vencido el plazo para suscribir el contrato, dándole un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles. En estos casos, La Entidad deberá reconocer a favor del postor una cantidad equivalente al uno por mil (1/1000) del monto total de su propuesta económica por cada día de atraso, computado desde el requerimiento y hasta la fecha efectiva de suscripción del contrato, con un tope máximo de diez (10) días hábiles.
4. Vencido el plazo otorgado por el ganador de la Buena Pro sin que La Entidad haya suscrito el contrato, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, este podrá solicitar se deje sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro. En tal caso, La Entidad deberá reconocerle una única indemnización por lucro cesante, cuyo monto deberá ser sustentado por el postor en su solicitud y no podrá ser mayor al diez por ciento (10%) del monto adjudicado; sin perjuicio de la responsabilidad que le pudiera corresponder al funcionario competente para la suscripción del contrato. La Entidad tendrá un plazo máximo de diez (10) días hábiles para resolver el pedido de indemnización. De surgir alguna controversia, esta será resuelta por el Tribunal.
En los casos que el contrato se perfeccione con orden de compra o de servicios, dentro de los dos (2) días siguientes del consentimiento de la Buena Pro, La Entidad deberá requerir al ganador de la Buena Pro la presentación de los documentos exigidos en las Bases, otorgándole un plazo no mayor de tres (3) días hábiles para tal efecto. La orden de compra o de servicios deberá ser notificada en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la Buena Pro.

o de servicios, dentro de los dos (2) días⁽¹⁵⁾ siguientes al consentimiento de la buena pro, La Entidad deberá requerir al ganador de la buena pro la presentación de los documentos exigidos en las Bases, otorgándole un plazo no mayor de tres (3) días hábiles para tal efecto; orden de compra o de servicios que deberá ser notificada en un plazo no mayor de siete (7) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro.

14. El cumplimiento de dicho procedimiento es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley; criterio que, además, ha sido recogido en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/2009⁽¹⁶⁾ del 25 de junio de 2009, según el cual “(...) en los casos en que se comunique la no suscripción injustificada de contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar la imposición de sanción, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables”.
15. En el marco de lo anterior y conforme a lo reseñado en los antecedentes, se tiene que la buena pro del Proceso por Competencia Menor N° CME-0137-2010-OLE/PETROPERÚ se consintió el 13 de enero de 2011, esto es, a los tres días hábiles siguientes de la notificación de la buena pro a través del Seace, de conformidad con lo establecido en el numeral 7.9 y Anexo 3 del Reglamento de Petroperú.
16. Por consiguiente, tratándose de una Orden de Trabajo de Terceros, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, Petroperú debía requerir al Consorcio la presentación de los documentos exigidos en las Bases Administrativas, a cuyo efecto debía otorgar un plazo no mayor de tres (3) días hábiles.
17. Sin embargo, tras el análisis de la Carta ADOL-ULOG-0040-2011PETROPERÚ, a través de la cual se requirió los documentos para la formalización

(15) De acuerdo al artículo 23 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referido al cómputo de plazos durante el proceso de selección: “Los plazos en los procesos de selección, desde su convocatoria hasta la suscripción del contrato, se computan por días hábiles. Son inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables, y los declarados por el Poder Ejecutivo o autoridades competentes. El plazo excluye el día inicial e incluye el día de vencimiento, salvo disposición distinta establecida en el presente Reglamento”.

(16) Acuerdo adoptado, por mayoría, con excepción del Voto en Discordia formulado por el Dr. Derik Latorre Boza, al cual se adhirió la Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto.

de la relación contractual, se ha podido advertir que La Entidad otorgó al Consorcio un plazo que excedía el manifiestamente prescrito en el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues concedió cinco días en vez de tres para la presentación de los documentos exigidos en las Bases; contraviniéndose, de esa forma, lo expresamente establecido en la normativa de contratación estatal.

18. En tal sentido, habiéndose verificado que en el presente caso La Entidad no observó estrictamente el procedimiento y las formalidades establecidas por la normativa de contratación pública para formalizar el contrato; este Tribunal concluye que no amerita imponer sanción administrativa a los integrantes del Consorcio, al no haberse cumplido la condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo archivarse el expediente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar el inicio de procedimiento administrativo sancionador contra las empresas Galatians Contratistas S.A.C. y GYC Ingeniería y Construcciones S.R.L., por sus responsabilidades en la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

005 **Obligación de suscribir el contrato: Si La Entidad no lo hace, los funcionarios incurrirán en responsabilidad**

La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de La Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda. En caso de que el o los postores ganadores se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.

Resolución N° 417-2013-TC-S3

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión de fecha 28 de febrero de 2013 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1350.2012.TC sobre el procedimiento de aplicación de sanción iniciado contra la Empresa de Seguridad y Vigilancia Privada Poparvig S.C.R.L. por supuesta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado del Concurso Público N° 001-2012-ZOFRATACNA, convocado por la Zona Franca y Zona Comercial de Tacna - Zofratacna para el “Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Instalaciones de Zofratacna”; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 22 de mayo de 2012, la Zona Franca y Zona Comercial de Tacna - Zofratacna, en lo sucesivo La Entidad, convocó el Concurso Público N° 001-2012-ZOFRATACNA - Primera Convocatoria, para el “Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Instalaciones de Zofratacna”, por un valor referencial de S/. 1'145,573.67 (Un millón ciento cuarenta y cinco mil quinientos setenta y tres con 67/100 nuevos soles).
2. El 22 de junio de 2011, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas presentándose al proceso de selección los siguientes postores:

- i) SEGUROC S.A.
 - ii) Empresa De Seguridad y Vigilancia Privada Poparvig S.C.R.L.
 - iii) Agencia De Seguridad Privada Escorpión S.C.R.L.
3. El 26 de junio de 2012, el Comité Especial otorgó la Buena Pro del proceso de selección a la Empresa de Seguridad y Vigilancia Privada Poparvig S.C.R.L., en lo sucesivo el Adjudicatario.
 4. Mediante Comunicado N° 003-CE-CP-001-2012-ZOFRATACNA de fecha 10 de julio de 2012, notificado ese mismo día, La Entidad le comunicó al Adjudicatario el consentimiento de la Buena Pro.
 5. Por Oficio N° 195-2012-OAF-ZOFRATACNA de fecha 11 de julio de 2012 recibido por el Adjudicatario ese mismo día, La Entidad citó al Adjudicatario a fin de que se apersona a sus instalaciones con toda la documentación requerida en las Bases del Proceso de Selección a fin de formalizar el contrato respectivo, otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles.
 6. Mediante Carta N° 189-2012-GG de fecha 26 de julio de 2012, el Representante Legal del Adjudicatario remitió la documentación solicitada. En dicha carta le manifestaba que la Carta Fianza requerida sería entregada a la firma del contrato.
 7. El 31 de julio de 2012, La Entidad recibió la Carta N° 194-2012-GG por medio de la cual el Adjudicatario le informó que se había presentado una imposibilidad física sobreviniente acaecida sobre su Representante Legal por lo cual adjuntó una copia legalizada del Certificado Médico de fecha 20 de julio de 2012 y le solicitaba tenerlo en cuenta para la firma del contrato respectivo.
 8. Mediante Resolución N° 196-2012-GG-ZOFRATACNA de fecha 7 de agosto de 2012, La Entidad dejó sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro otorgado al Adjudicatario por no presentar dentro del plazo establecido para la suscripción del contrato y convocó al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación a fin de que suscriba el contrato respectivo.
 9. Mediante Oficio N° 735-2012-GG-ZOFRATACNA presentada el 12 de setiembre de 2012 ante la Oficina Zonal de OSCE ubicada en la ciudad de Tacna e ingresada al Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo

el Tribunal, el 14 del mismo mes y año, La Entidad comunicó los hechos anteriormente expuestos.

Adjuntó a dicho Oficio, presentó el Informe Técnico N° 116-2012-ALOG-OAF/ZOFRATACNA en el que resalta que: i) fue la imposibilidad física del representante legal del Adjudicatario lo que no permitió suscribir el contrato lo que se acreditó con el Certificado Médico presentado y ii) en todo momento dicha compañía de seguridad mostró predisposición o interés para la suscripción del contrato no negándose a la firma del mismo.

10. Por decreto de fecha 19 de setiembre de 2012 el Tribunal inicia procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por su supuesta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado del Concurso Público N° 001-2012-ZOFRATACNA, convocado por la Zona Franca y Zona Comercial de Tacna - Zofratacna para el “Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Instalaciones de Zofratacna”; y, a su vez, lo emplazó para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
11. Por escrito s/n presentado ante este Tribunal el 8 de noviembre de 2012, el Adjudicatario presentó sus descargos manifestando lo siguiente:
 - i) La Zofratacna convocó el Concurso Público para la contratación del Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Instalaciones de Zofratacna por el periodo de un año, desde el 26 de agosto de 2012 al 25 de agosto de 2013.
 - ii) Ratifican lo dicho en el Informe Técnico presentado por La Entidad, en el sentido, primero, que fue una imposibilidad médica lo que no permitió a su gerente general suscribir el contrato lo que acreditaron con su certificado médico y, segundo, el hecho que en todo momento mostró predisposición o interés para la suscripción del mismo.
 - iii) Lo que no se manifestó en dicho informe es que venía haciendo coordinaciones con la Oficina de Logística por cuanto existía una situación sui géneris que consistía que venían prestando el servicio de seguridad y vigilancia a La Entidad, a mérito del contrato complementario que suscribieron el 31 de mayo de 2012, con una vigencia de dos meses y 25 días, computados a partir del 1 de junio de

2012 hasta el 25 de agosto de 2012. Por ello la vigencia del contrato a suscribirse era desde el 26 de agosto de 2012 por lo que las cartas fianza debían tener una vigencia desde el 26 de agosto y no desde el 26 de julio.

- iv) El 19 de julio de 2012 en forma inesperada se deteriora su salud lo que lo postró en cama y con reposo absoluto, lo que lo imposibilitó de su capacidad de gestión y representación por ello recién el 26 de julio presentó los documentos para la suscripción del contrato.
 - v) Sobre el hecho que no presentó el certificado médico en su primera comunicación, dicho hecho no es materia de pronunciamiento por parte de La Entidad ya que solo es competente al Tribunal.
 - vi) La infracción tipificada se refiere estrictamente al postor que no cumpla con suscribir el contrato en forma injustificada, lo que no es su caso, ya que ha demostrado su seriedad y responsabilidad en anteriores contratos suscritos con La Entidad, siendo la enfermedad de su representante legal un caso de fuerza mayor cuyos requisitos con recurrentes, por cuanto es extraordinario, imprevisible e irresistible.
 - vii) En consecuencia, no ha incurrido en la causal de no haber suscrito injustificadamente el contrato a que se refiere el procedimiento, mucho menos negado a suscribirlo, por el contrario ha demostrado voluntad férrea para su suscripción, presentando los documentos exigidos y solicitando nueva fecha por lo que solicita ser absueltos y no pasibles de sanción.
 - viii) Solicita, por último, el uso de la palabra.
12. Por decreto de fecha 13 de noviembre de 2012, se tuvo por apersonado al proceso al Adjudicatario, por presentado sus descargos, por señalado su domicilio procesal, se dejó a consideración de la sala el pedido de uso de la palabra y se remitió el expediente a la Tercera Sala para que emita el pronunciamiento respectivo.
13. Por decreto de fecha 22 de noviembre de 2012, se programó el acto de audiencia pública.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El inicio del presente procedimiento administrativo sancionador fue decretado a consecuencia que el Adjudicatario, habría cometido la infracción tipificada en el literal a) numeral 51.1 del artículo 51⁽¹⁷⁾ de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, referente a la falta de suscripción del contrato luego de haber resultado ganador de la buena pro en el Concurso Público N° 001-2012-ZOFRATACNA - Primera Convocatoria, convocada por la Zona Franca y Zona Comercial de Tacna - Zofratacna, para el “Servicio de Seguridad y Vigilancia para las Instalaciones de Zofratacna”.
2. Al respecto, conforme a los criterios utilizados por este Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción tipificada en el literal a) del artículo 51 de la Ley se configure, debe acreditarse, en principio, que La Entidad ha observado el procedimiento para la suscripción del contrato regulado en el artículo 148 del Reglamento (análisis de forma); y de haberse efectivamente seguido tal procedimiento, verificar que la falta de esa suscripción se haya debido a causa imputable al Postor, es decir, que no exista justificación para tal omisión y, en caso contrario, esta deberá haber quedado debidamente acreditada (análisis sustancial).
3. En principio, cabe precisar que con el otorgamiento de la buena pro se genera el derecho del postor ganador del proceso de celebrar el contrato con La Entidad. Sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación para el postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción de contrato respectivo.
4. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto

(17) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.

(...).

Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, una vez que el otorgamiento de la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto La Entidad como el o los postores ganadores **están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.**

5. Como parte de dicha obligación, compete a La Entidad y al postor adjudicatario observar el procedimiento establecido en el artículo 148 del Reglamento para el perfeccionamiento del contrato.
6. El procedimiento para suscribir el contrato ha sido previsto en el numeral 1) del artículo 148 del Reglamento, el cual dispone que dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, La Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo previsto en las bases para suscribir el contrato, el cual no podrá ser menor de cinco (5) días hábiles ni mayor de diez (10) días hábiles. No obstante, si dicho postor tuviera antes del plazo establecido la documentación requerida, podrá presentarse a suscribir el contrato. El citado dispositivo reglamentario precisa que, en caso de que el postor no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de que se le imponga la sanción administrativamente aplicable.

El cumplimiento de este procedimiento es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 1 del artículo 51 de la Ley.

7. Asimismo, refiere que cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente.
8. En ese orden de ideas, en el presente caso corresponde determinar previamente si La Entidad ha seguido el debido procedimiento para la suscripción del contrato.
9. El artículo 75 del Reglamento establece que **el otorgamiento de la Buena Pro realizado en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha (...). El otorgamiento de la Buena Pro en acto privado se publicará y se entenderá notificado a través del Seace, el mismo día de su realización**, bajo responsabilidad (el resaltado es nuestro).

10. Igualmente, el artículo 77 del citado cuerpo normativo, señala también que cuando en el proceso de selección se hayan presentado dos (2) o más propuestas, el consentimiento de la Buena Pro se producirá a los ocho (8) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer recurso de apelación. En el caso de las Adjudicaciones Directas y de Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles.
11. Este criterio ha sido recogido, además, en el Acuerdo de Sala Plena N° 007/2009 del 25 de junio de 2009, en el que, por mayoría, se dispuso que: “(...) en los casos en se comunique la no suscripción injustificada del contrato, las Entidades están obligadas a cumplir y observar estrictamente los plazos y el procedimiento establecido en la normativa para llevar a cabo dicha suscripción, procedimiento cuya inobservancia acarrea la exención de responsabilidad del postor, debiendo declararse no ha lugar la imposición de Sanción o el no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa de los funcionarios responsables”.
12. Cabe precisar, además, que conforme a lo dispuesto por el artículo 124 del Reglamento, mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la Ley y el Reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria.
13. En ese sentido, en cuanto al análisis formal, el artículo 148 del Reglamento establece que dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, La Entidad deberá citar al postor ganador otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a suscribir el contrato con toda la documentación requerida, y si dicho adjudicatario no lo hiciese dentro del término otorgado, perderá automáticamente la buena pro sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.

En ese orden de ideas, corresponde determinar de manera previa, si, en el presente caso, La Entidad ha seguido el debido procedimiento para suscribir el contrato.

14. Asimismo, refiere que cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la Buena Pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. En tal caso, el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente.
15. Ahora bien, de la revisión de los antecedentes administrativos, se aprecia que en el presente caso, el otorgamiento de la Buena Pro se realizó el 26 de junio de 2012, a su vez el consentimiento de la Buena Pro se dio el 10 de julio de 2012, razón por la cual La Entidad debió citar al Postor a más tardar hasta el **12 de julio de 2012**.
16. Al respecto, de la documentación obrante en autos, se aprecia que el **11 de julio de 2012**, La Entidad remitió el Oficio N° 195-2012-OAF-ZO-FRATACNA, mediante el cual citó al Postor para que, dentro del plazo de hasta diez (10) días hábiles, presente la documentación requerida a fin de suscribir el contrato, por lo que la citación al Postor para la suscripción del contrato, fue debidamente notificada, surtiendo todos sus efectos.
17. En razón a lo expuesto, habiéndose verificado que La Entidad cumplió con los plazos y el procedimiento preestablecido para la suscripción del contrato, corresponde a este Colegiado determinar si la no suscripción resultó imputable o no al Postor, en tanto que solamente la no suscripción que obedece a causas atribuibles al postor deviene en sancionable administrativamente.
18. De acuerdo a lo establecido en el artículo 137 del Reglamento, una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto La Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos. La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de La Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda. En caso de que el o los postores ganadores se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.

19. Al respecto, es de indicar que tanto la presentación de los documentos del contrato, como el apersonamiento del postor adjudicado ante La Entidad para suscribir el contrato, debió efectuarse dentro del plazo concedido para dicho acto, transcurrido el cual sin que se cumpla debidamente con dicho apersonamiento, el postor adjudicado pierde automáticamente la Buena Pro.
20. En el caso de autos, el Adjudicatario ha manifestado que venía coordinando con la Oficina de Logística de La Entidad la firma del contrato respectivo cuando sobrevino la imposibilidad física de su Gerente General –lo que se acredita con el respectivo certificado médico–.

Sin embargo, no resultan amparables los argumentos del Adjudicatario, toda vez que de la documentación obrante en autos y de su propio dicho se aprecia que, a pesar que la imposibilidad física de su Gerente General habría sobrevenido el día 20 de julio de 2012; el 26 de julio de 2012 dirigieron la Carta N° 189-2012-GG a La Entidad en la que remitieron la documentación solicitada para la firma del contrato señalando que la Carta Fianza faltante sería entregada al momento de la suscripción del contrato. Posteriormente, con fecha 31 de julio de 2012, dirigieron una nueva comunicación a La Entidad en la que le manifestaron el impedimento sobrevenido a su Gerente General adjuntando el certificado médico que así lo acredita.

Estos hechos evidencian que la supuesta imposibilidad física del representante del Adjudicatario no habría determinado que efectúen gestiones –si bien es cierto, tardías– para la suscripción del contrato.

Es relevante tener en consideración que si bien el Adjudicatario presentó un certificado médico con el que acreditó que se había presentado un impedimento físico al Gerente General –circunstancia que no ha desconocido La Entidad– este hecho no fue evidenciado en la oportunidad y momento adecuados, puesto que en la Carta N° 189-2012-GG por la cual le remitieron a La Entidad la documentación, no se hizo mención a dichas circunstancias, pese a que, como se aprecia del referido documento, este fue emitido el 20 de julio de 2012. Más aún, debe tenerse presente que La Entidad citó al Adjudicatario para que presente la documentación requerida mediante Oficio N° 195-2012-OAF-ZOFRATACNA notificándolo el 11 de julio de 2012 y otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para dicha presentación, por lo que tenía como plazo máximo el 25 de julio de

2012, sin embargo, el Adjudicatario recién se apersonó a La Entidad, el 26 de julio de 2012 por lo que dicha presentación devino en extemporánea.

21. Por tal motivo, no resultan amparables los argumentos presentados por el Adjudicatario para que se le exima de responsabilidad por la no suscripción del contrato.
22. En consecuencia, en el presente caso, no se ha logrado acreditar de manera válida que la omisión del Postor para suscribir el contrato, se haya debido a causa justificada.
23. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, se considera que en el presente caso se ha configurado la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley; motivo por el cual corresponde imponer sanción administrativa al postor por la no suscripción del contrato.
24. Cabe señalar, que para la infracción cometida por la empresa de Seguridad y Vigilancia Privada POPARVIG S.R.L., la Ley ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación para ser postor y/o contratista del Estado por un periodo no menor de uno (1) ni mayor de tres (3) años.
25. No obstante, cabe anotar que el 20 de setiembre de 2012 entró en vigencia la Ley N° 29873, la cual modificó los alcances del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, estableciendo que, en los casos de imposición de una sanción de inhabilitación temporal, en ningún caso esta puede ser inferior a seis (6) meses ni mayor de tres (3) años, excepto para el caso de la infracción de presentación de documentación falsa o información inexacta, en cuyo caso la sanción será de entre tres (3) años a cinco (5) años.
26. En este escenario, cabe traer a colación el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, según el cual “son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables”.
27. En ese sentido, “la regla de la irretroactividad, tiene esta excepción: si luego de la realización de un hecho sancionable según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es, en

su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque quita al hecho el carácter punible, o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley (la más favorable o benigna) la aplicable al caso, no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo”⁽¹⁸⁾.

28. Por lo tanto, en aplicación del principio de retroactividad benigna, este Colegiado considerará, para efectos de la graduación de la sanción, el parámetro mínimo de seis meses y el máximo de tres años.
29. En el presente caso se debe tomar en cuenta que el incumplimiento del Postor en suscribir el contrato, ha generado que este no se ejecutara dentro de los plazos estipulados. Asimismo, se debe tener en cuenta la cuantía del proceso de selección (S/. 1'145,573.67) y que el mismo está relacionado con la adquisición de “Servicio de Seguridad y Vigilancia para las instalaciones de Zofratacna”.
30. De igual forma, debe tenerse en cuenta que el Adjudicatario no cuenta con antecedentes de suspensión en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
31. Resulta importante, traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
32. Por último, es del caso mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley por parte de la Empresa De Seguridad y Vigilancia Privada Poparvig S.C.R.L., cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar con fecha 7 de agosto de 2012, fecha en que La Entidad dejó sin efecto la buena pro que le fuera otorgada.

(18) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2006, p. 632.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Víctor Manuel Villanueva Sandoval y la intervención de las Vocales Carmen Amelia Castañeda Pacheco y María Elena Lazo Herrera y, atendiendo a la re-conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. **SANCIONAR** a la Empresa De Seguridad y Vigilancia Privada Poparvig S.C.R.L., por un periodo de ocho (8) meses de suspensión en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, conforme a los argumentos expuestos por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para las anotaciones de ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Villanueva Sandoval.

Castañeda Pacheco.

Lazo Herrera.

006 **Mantenimiento de la oferta: Postor está obligado a mantener la oferta hasta el acto de consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro**

El postor se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro; lo cual implica que el postor, al elaborar y presentar su propuesta, debe actuar con responsabilidad y seriedad, toda vez que está obligado a mantener la oferta que propone hasta el acto de consentimiento del otorgamiento de la buena pro o, luego de obtenida esta, hasta suscribir el contrato.

Resolución N° 588-2013-TC-S2

Lima, 20 de marzo de 2013

Visto, en sesión del 19 de marzo de 2013, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 602/2012.TC, sobre la aplicación de sanción contra las empresas Corporación Gacela S.A.C., Gacela Tours S.A. y Petróleos de América S.A. integrantes del Consorcio Corpega, por su presunta responsabilidad al no haber mantenido su oferta hasta el consentimiento de la buena pro en el marco del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 27 de diciembre de 2011, Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ, en adelante La Entidad, convocó el proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria, para la contratación del “Servicio de transporte de personal de operaciones Conchán”, por un valor referencial ascendente a S/. 3’306,217.00 (tres millones trescientos seis mil doscientos diecisiete con 00/100 nuevos soles).

El 17 de enero de 2012 se llevó a cabo el acto público de presentación de propuestas conforme al cronograma del proceso de contratación.

El 23 de enero de 2012, se llevó a cabo el acto público de otorgamiento de la buena pro, otorgándosele al único postor, Consorcio Corpega integrada

por las empresas Corporación Gacela S.A.C., Gacela Tours SA y Petroleos De America S.A., en adelante el Adjudicatario.

2. Mediante Carta N° GOPC-AD-254-2011 presentada el 13 de abril de 2012 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, La Entidad denunció a este Tribunal que el Adjudicatario se negó a entregar la documentación para la suscripción del contrato, por lo que adjuntó a su denuncia, entre otros, el Informe Legal N° GOPC-AL-006-2012⁽¹⁹⁾ de fecha 28 de marzo de 2012, a través del cual argumentó lo siguiente:
 - i) Con fecha 17 de enero de 2012 se efectuó el acto público de presentación de propuestas conforme al cronograma del proceso de contratación, siendo el único postor el Adjudicatario.
 - ii) Con fecha 18 de enero de 2012 el Adjudicatario comunicó, a través de la Carta⁽²⁰⁾ s/n, el retiro formal de su propuesta técnica y económica, aduciendo que por error involuntario presentó su propuesta sin haber coordinado previamente entre los consorciados.
 - iii) Mediante Carta N° GOPC-CMA-0041-2012⁽²¹⁾ de fecha 19 de enero de 2012, se le manifestó al Adjudicatario que conforme a la Declaración Jurada de Compromiso suscrita por todas las empresas integrantes del consorcio, existía la obligación de mantener la oferta hasta la firma del contrato, por lo que no se aceptó el retiro de su propuesta, llevándose a cabo los actos públicos posteriores, programados conforme al cronograma establecido en el proceso.
 - iv) El 23 de enero de 2012 se otorgó la buena pro al Adjudicatario por un monto de S/. 3'374,915.64 (tres millones trescientos setenta y cuatro mil novecientos quince con 64/100 nuevos soles).
 - v) Mediante Carta N° GOPC-AD-UL-168-2012⁽²²⁾ de fecha 23 de enero de 2012, se solicitó al Adjudicatario la presentación de la documentación correspondiente a fin de suscribir la Orden de Trabajo a Terceros/Contrato.

(19) Obrante a folios 15 al 17 del expediente administrativo.

(20) Obrante a folio 404 del expediente administrativo.

(21) Obrante a folios 405 al 406 del expediente administrativo.

(22) Obrante a folio 14 del expediente administrativo.

- vi) El 27 de enero de 2012 mediante Carta⁽²³⁾ s/n, los representantes legales de las empresas Corporación Gacela S.A.C. y Petróleos de América S.A. manifestaron la imposibilidad de poder cumplir con entregar la documentación pertinente, negándose a suscribir la Orden de Trabajo a Terceros/Contrato.
 - vii) Mediante Carta N° GOPC-AD-UL-237-2012 de fecha 31 de enero de 2012 se comunicó al Adjudicatario el retiro de la buena pro del proceso en vista de su negativa a presentar la documentación requerida.
 - viii) En mérito a las consideraciones expuestas, es procedente informar al Tribunal respecto a la infracción cometida por el Adjudicatario por no mantener su oferta hasta el consentimiento de la buena pro, o por haber sido el ganador de la buena pro hasta la suscripción del contrato, a fin de que de acuerdo a sus atribuciones aplique las sanciones y medidas que correspondan.
3. Por decreto de fecha 17 de abril de 2012, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las empresas Corporación Gacela S.A.C., Gacela Tours SA y Petroleos de América S.A. integrantes del Consorcio Corpega, por su supuesta responsabilidad al no suscribir injustificadamente el contrato derivado del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria, para la contratación del “Servicio de transporte de personal de operaciones Conchán”, asimismo se dispuso notificar a las supuestas empresas infractoras a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumplan con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente. Por otro lado, se dejó a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra efectuada por La Entidad.
4. Por decreto de fecha 11 de junio de 2012, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal, se dispuso sobrecartar la Cédula de Notificación N° 8584/2012.TC al domicilio: Calle Mariano de los Santos N° 132 - San Isidro - Lima, a fin de que la empresa Gacela Tours S.A. tome conocimiento del decreto de fecha 17 de abril de 2012.

(23) Obrante a folio 12 del expediente administrativo.

5. Mediante escritos presentados el 20 y 22 de junio de 2012, la empresa Gacela Tours S.A. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador, y solicitó le sea notificado el inicio del procedimiento al domicilio ubicado en la Urb. Canto Bello Sector San Fe Mz. T Lt. 19 - Distrito de San Juan de Lurigancho, a fin de presentar su descargo.
6. Por decreto de fecha 25 de junio de 2012, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal, se dispuso sobrecartar la Cédula de Notificación N° 10365/2012.TC al domicilio: Urb. Canto Bello Sector San Fe Mz. T Lt. 19 - Distrito de San Juan de Lurigancho - Lima, a fin de que la empresa Gacela Tours S.A. tome conocimiento del decreto de fecha 17 de abril de 2012 y en consecuencia cumpla con presentar su descargo.
7. Mediante escritos presentados el 20 y 22 de junio de 2012, la empresa Petróleos de América S.A. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo según los siguientes argumentos:
 - i) Con fecha 13 de enero de 2012 suscribió conjuntamente con las empresas Corporación Gacela S.A.C. y Gacela Tours S.A. el documento denominado “Promesa Formal de Consorcio”, a través del cual se comprometieron a formalizar el contrato asociativo en caso de ser favorecidos con la buena pro, según lo establecido en el artículo 145 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 185-2008-EF, en adelante el Reglamento, siendo su obligación proveer de combustible y vehículos con un porcentaje de participación de 1%.
 - ii) El Consorcio nombró a la empresa de mayor experiencia y titular de los permisos de transporte, como representante común, es decir, a la empresa Gacela Tours S.A., quien sería la encargada de presentar las propuestas técnicas y económicas, así como de asistir al acto de otorgamiento de la buena pro.
 - iii) Con fecha 17 de enero de 2012 en acto público, la empresa Gacela Tours S.A. presentó las propuestas del Consorcio Corpega, del cual formaban parte.
 - iv) Con fecha 23 de enero 2012 se otorgó la buena pro al Adjudicatario, por el monto de S/. 3'374,915.64, solicitándole en la fecha la

presentación de la documentación correspondiente a fin de suscribir la Orden de Trabajo a Terceros/Contrato.

- v) La empresa Gacela Tours S.A. era la titular de las autorizaciones de la Municipalidad Metropolitana de Lima, otorgadas para brindar el servicio de transporte de personal, de experiencia en el rubro, así como, la empleadora de los choferes.
- vi) La empresa Gacela Tours S.A. le comunicó, a su requerimiento, a través de la Carta de fecha 24 de enero de 2012, su decisión de no firmar el contrato de consorcio y no entregar la documentación solicitada para la suscripción del contrato, debido a que el costo del servicio no cubría los gastos a efecuar, además que su representante al estar incomunicado al momento de la presentación de propuestas, no pudo enterarse de la decisión de su directorio, es decir, retirarse.

Esta situación le dejó, junto con la empresa Corporación Gacela S.A.C., en una imposibilidad insalvable de incumplimiento frente a La Entidad.

- vii) En ningún momento quiso incumplir con su compromiso frente a La Entidad, en consecuencia, no tiene responsabilidad alguna, pues su aporte sería combustible y vehículos; pero, sin las autorizaciones, los choferes propuestos y evaluados por el comité y sin el contrato de consorcio, no podían suscribir el contrato, siendo la empresa Gacela Tours S.A. la responsable por no mantener su ofrecimiento.
 - viii) Finalmente, solicitó el uso de la palabra.
8. Mediante escritos presentados el 20 y 22 de junio de 2012, la empresa Corporación Gacela S.A.C. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo según los siguientes argumentos:
- i) Con fecha 13 de enero de 2012 suscribió conjuntamente con las empresas Petróleos de América S.A.C. y Gacela Tours S.A. el documento denominado “Promesa Formal de Consorcio”, a través del cual se comprometieron a formalizar el contrato asociativo en caso de ser favorecidos con la buena pro, de conformidad con el artículo 145 del Reglamento, siendo su obligación proveer personal administrativo y tener el control administrativo del contrato.

- ii) El Consorcio nombró a la empresa de mayor experiencia y titular de los permisos de transporte, como representante común, es decir, a la empresa Gacela Tours S.A., quien fue la encargada de presentar las propuestas técnicas y económicas, así como de asistir al acto de otorgamiento de la buena pro.
- iii) Con fecha 17 de enero de 2012 en acto público la empresa Gacela Tours S.A. presentó las propuestas del Consorcio Corpega, del cual formaban parte.

Una vez presentadas, la citada empresa manifestó que su representante lo hizo por error, al estar incomunicado y no poderle informar de la decisión de su directorio de no participar.

- iv) Con fecha 23 de enero de 2012 se otorgó la buena pro al Adjudicatario, por el monto de S/. 3'374,915.64, solicitándole en la fecha, la presentación de la documentación correspondiente a fin de suscribir la Orden de Trabajo a Terceros/Contrato.
- v) Con el fin de cumplir con la presentación de la documentación requerida, la empresa Gacela Tours S.A. debía suscribir el contrato y entregar: a) la autorización vigente para brindar el servicio de transporte de personal, conforme al reglamento de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en ómnibus y otras modalidades para la provincia de Lima, b) fotocopia de las licencias de conductores profesionales vigentes de los choferes y coordinador, c) certificado de antecedentes penales, d) fotocopia de DNI, e) record de conductor de los choferes y coordinador, así como, f) el examen médico de salud ocupacional.
- vi) La empresa Gacela Tours S.A. le comunicó, a su requerimiento, a través de la Carta de fecha 24 de enero de 2012, su decisión de no firmar el contrato de consorcio y no entregar la documentación solicitada para la suscripción del contrato, debido a que el costo del servicio no cubría los gastos a efectuar. Esta situación le dejó en una imposibilidad insalvable y ajena a su voluntad de presentar la documentación previa para la firma del contrato dentro del plazo otorgado.

- vii) Junto con la empresa Petróleos de América S.A. informaron a La Entidad lo sucedido, pues se encontraban en una situación que les impedía presentar la documentación para la firma del contrato.
 - viii) El recurrente no quiso incumplir con su compromiso frente a La Entidad, en consecuencia, no tiene responsabilidad alguna, pues sin las autorizaciones, los choferes propuestos y evaluados por el comité y sin el contrato de consorcio, no podían suscribir el contrato, siendo la empresa Gacela Tours S.A. la responsable por no mantener su ofrecimiento.
 - ix) Finalmente, solicitó el uso de la palabra.
9. Por decreto de fecha 27 de junio de 2012, se tuvo por apersonadas a las empresas Petróleos de América S.A. y Corporación Gacela S.A.C., por presentados sus descargos, por señalados sus domicilios procesales y se dejó a consideración de la Sala las solicitudes de uso de la palabra.
10. Mediante escrito presentado el 17 de julio de 2012, la empresa Gacela Tours S.A. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo según los siguientes argumentos:
- i) Su representada participó en consorcio junto con las empresas Petróleos de América S.A. y Corporación Gacela S.A.C., a quienes invitó a participar.
 - ii) Ante la aceptación de las citadas empresas, les indicó que su representada como concedora del negocio, experiencia en el rubro y contar con las autorizaciones, sería la que tomaría las decisiones y representaría al consorcio.
 - iii) Antes que su representante presente por error la propuesta técnica y económica, hicieron saber a La Entidad, que el estudio de los costos del servicio no cubría la inversión a realizar y, que la empresa que obtenga la buena pro, la estaría subsidiando.
 - iv) Con fecha 17 de enero de 2012, su representante se acercó a las oficinas de La Entidad con los sobres técnico y económico, siendo que veinticinco (25) minutos antes de ingresar a la sala donde se iba a realizar el acto, fue incomunicado por la seguridad de la Planta Conchán, al retenerse en la recepción sus teléfonos celulares, por lo que

su representante no tuvo la oportunidad de enterarse oportunamente que no participarían del concurso.

- v) Por error involuntario y ante la ignorancia de la decisión tomada por su directorio, su representante entregó los sobres a los miembros del Comité Especial, y en ese momento, personal administrativo de su empresa pudo ingresar y comunicar verbalmente a su representante que no participarían, hecho que inmediatamente fue comunicado al Comité Especial, limitándose a dejar constancia de este hecho en el Acta del día 17 de enero de 2012; sin embargo, no devolvió los “sobres” aduciendo que ya habían sido entregados.
 - vi) En todo momento, incluso antes que se abran los sobres, manifestaron su voluntad de no participar en el proceso, tal como consta en el acta de dicho día, lo que fue ignorado por los miembros del Comité Especial en su afán de concluir con su proceso.
 - vii) La entrega de los “sobres” se debió a que su representante no pudo enterarse a tiempo de la decisión de su directorio, al haber sido incomunicado por el personal de seguridad de La Entidad, unos veinticinco (25) minutos antes del inicio del proceso, induciéndole a error, no existiendo intencionalidad o dolo en su accionar.
 - viii) Las empresas Petróleos de América S.A. y Corporación Gacela S.A.C., no tuvieron conocimiento de los hechos descritos hasta después de acontecidos, pues ellas le requirieron para la suscripción del contrato del consorcio y posterior suscripción del contrato con La Entidad, siendo que su empresa les comunicó la decisión de no continuar participando pues habían retirado la propuesta, y fue La Entidad y los miembros del Comité Ad-Hoc, quienes sin hacer caso al representante del consorcio, continuaron con el proceso hasta su culminación con el otorgamiento de la buena pro.
 - ix) Finalmente solicitó el uso de la palabra.
11. Por decreto de fecha 18 de julio de 2012, se tuvo por apersonada a la empresa Gacela Tour S.A., por presentado su descargo, por señalado su domicilio procesal, se dejó a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal.

12. Por decreto de fecha 3 de octubre de 2012, se convocó a la diligencia de audiencia pública para el día 11 de octubre de 2012.
13. Por decreto de fecha 10 de octubre de 2012, se dejó sin efecto el decreto de fecha 3 de octubre de 2012, a través del cual se convocó a la diligencia de audiencia pública para el día 11 del mismo mes y año.
14. Mediante Memorando N° 18-2012 se precisó que la denuncia de La Entidad versaba respecto de la infracción de no mantener la oferta hasta el consentimiento de la buena pro, en consecuencia, por decreto de fecha 11 de octubre de 2012 se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las empresas Corporacion Gacela S.A.C., Gacela Tours S.A. y Petroleos de America S.A. integrantes del Consorcio Corpega, por su supuesta responsabilidad al no haber mantenido su oferta hasta el consentimiento de la buena pro, en el marco del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria, para la contratación del “Servicio de transporte de personal de operaciones Conchán”, asimismo se dispuso notificar a las supuestas empresas infractoras a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles cumplan con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente. Por otro lado, se dejó sin efecto el decreto de fecha 18 de julio de 2012, mediante el cual se remitió el presente expediente a la Tercera Sala del Tribunal.
15. Mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2012, la empresa Corporación Gacela S.A.C. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo bajo los mismos argumentos presentados a través de su escrito de fecha 20 de junio de 2012.
16. Mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2012, la empresa Petróleos de América S.A. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo bajo los mismos argumentos a través de su escrito de fecha 20 de junio de 2012.
17. Mediante escrito presentado el 12 de noviembre de 2012, la empresa Gacela Tours S.A. se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador y formuló su descargo bajo los mismos argumentos presentados a través de su escrito de fecha 17 de julio de 2012.

18. Por decreto de fecha 15 de noviembre de 2012, se solicitó subsanar la presentación de su descargo en el extremo que debía indicar su domicilio procesal o, ratificar el domicilio procesal fijado por escrito de fecha 20 de junio de 2012, otorgándole para tal efecto el plazo de dos (2) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente.
19. Por decreto de fecha 4 de diciembre de 2012, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal se tuvo por apersonadas a las empresas Corporación Gacela S.A.C., Petróleos de América S.A. y Gacela Tours S.A., por presentados sus descargos, por señalados sus domicilios procesales, se dejó a consideración de la Sala las solicitudes de uso de la palabra, se hizo efectivo el apercibimiento respecto de la empresa Gacela Tours S.A. al no haber subsanado sus descargos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.
20. Mediante escrito presentado el 4 de diciembre de 2012, la empresa Gacela Tours S.A. ratificó el domicilio procesal señalado en su escrito presentado el 20 de junio de 2012.
21. Por decreto de fecha 6 de diciembre de 2012 se tuvo por señalado el domicilio procesal de la empresa Gacela Tours S.A.
22. Por decreto de fecha 16 de enero de 2013, se convocó a la diligencia de audiencia pública para el día 22 de enero de 2013, la misma que fue declarada frustrada por inasistencia de las partes.
23. Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2013, la empresa Petróleos de América S.A. reiteró los alegatos formulados como parte de sus descargos, solicitando se le libere de toda sanción al no haber existido intencionalidad o dolo de su parte, toda vez que el incumplimiento se produjo por el accionar de un tercero.
24. Por decreto de fecha 29 de enero de 2013 se dejó a consideración de la Sala los argumentos expuestos por la empresa empresa Petróleos de América S.A.
25. Mediante escrito presentado el 24 de enero de 2013, la empresa Corporación Gacela S.A.C. reiteró los alegatos formulados como parte de sus descargos, solicitando se le libere de toda responsabilidad al no haber

existido intencionalidad o dolo de su parte, para no suscribir el contrato de otorgamiento de buena pro, toda vez que el incumplimiento se produjo por las razones expuestas.

26. Por decreto de fecha 29 de enero de 2013 se dejó a consideración de la Sala los argumentos expuestos por la empresa Corporación Gacela S.A.C.
27. Mediante escrito presentado el 4 de febrero de 2013, la empresa Gacela Tours S.A. manifestó no haber sido notificada con arreglo a ley, el decreto de programación de audiencia pública para el día 22 de enero de 2013.
28. Por decreto de fecha 7 de febrero de 2013, se comunicó a la empresa Gacela Tours S.A., que de conformidad con lo establecido en la Directiva N° 8-2012-OSCE/CD, las actuaciones procedimentales de los procedimientos administrativos sancionadores se notifican a través del Toma Razón Electrónico, siendo notificada la clave de acceso a través de la Cédula de Notificación N° 22656/2012.TC el 27 de octubre de 2012.
29. Por decreto de fecha 27 de febrero de 2013, se solicitó la siguiente información a La Entidad:

A LA ENTIDAD (PETRÓLEOS DEL PERÚ S.A.):

- Sírvase remitir la Carta s/n mediante la cual el Consorcio Corpega comunicó a su representada, con fecha 18 de enero de 2012, el retiro formal de su propuesta técnica y económica, en el marco del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria.
 - Sírvase remitir la Carta N° GOPC-CMA-0041-2012 del 19 de enero de 2012, mediante la cual su representada, a través del Órgano Ad-Hoc, no aceptó el retiro de la propuesta del Consorcio Corpega, en el marco del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria.
30. Mediante Carta N° GRCO-AD-0085-2013 y Carta N° GRCO-AD-0090-2013 presentadas el 4 y 8 de marzo de 2013, La Entidad remitió la información solicitada.
 31. Por decreto de fecha 11 de marzo de 2013, se dejó a consideración de la Sala la información remitida por La Entidad.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1) del artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 y sus modificatorias, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades, o por denuncia.
2. En la medida que los hechos materia de denuncia derivan del desarrollo de la modalidad de una adquisición y contratación propia de Petroperú, resulta pertinente evaluar previamente el marco normativo que rige a dicha Entidad, a fin de determinar la competencia de este Tribunal para conocer la denuncia de autos.

Por Ley N° 28840⁽²⁴⁾ se declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización de Petroperú, estableciéndose que sus actividades debían desarrollarse en el marco de dicha Ley, su Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 43 y su modificatoria, la Ley N° 26224, su Estatuto Social, y supletoriamente por las disposiciones de la Ley General de Sociedades.

La Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 establece que las adquisiciones y contrataciones de Petroperú se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el Consucode (en la actualidad, OSCE). Asimismo, establece que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú serán definidas en su Reglamento y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.

En esa línea, mediante Resolución N° 456-2006-CONSUCODE/PRE⁽²⁵⁾ se aprobó el Reglamento de Adquisiciones y Contrataciones de Petróleos del Perú S.A.-PETROPERÚ S.A., en adelante el Reglamento de Petroperú, el cual tiene como objetivo regular de manera integral y uniforme los procedimientos de adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios y obras necesarios para el cumplimiento del objeto social de Petroperú.

(24) Publicada el 23 de julio de 2006.

(25) Publicada el 29 de octubre de 2006 y modificada por la Resolución N° 171-2008-CONSUCODE/PRE.

Precisamente, en el numeral 4 del Reglamento de Petroperú se prevé que el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado⁽²⁶⁾, su Reglamento y sus modificatorias, le son aplicables, en lo que resulte, en los aspectos referidos al RNP, Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (Seace), recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

En tal sentido, el Tribunal de Contrataciones del Estado, es competente para avocarse a la aplicación de sanción solicitada por Petroperú.

Naturaleza de la infracción

3. Para el caso concreto, el procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad del Adjudicatario al no haber mantenido su oferta hasta el consentimiento de la buena pro, infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, concordante con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, normas vigentes al momento de suscitarse los hechos, ello en el marco del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria.
4. Cabe precisar que el literal ii. d) del numeral 1) del artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, establece que el postor se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro; lo cual implica que el postor, al elaborar y presentar su propuesta, debe actuar con responsabilidad y seriedad, toda vez que la norma antes citada lo obliga a mantener la oferta que propone hasta el acto de consentimiento del otorgamiento de la buena pro o, luego de obtenida esta, hasta suscribir el contrato.

Configuración de la infracción

5. El supuesto de hecho contenido en la infracción imputada se configura cuando el Adjudicatario no mantiene su oferta hasta el consentimiento de

(26) Derogado por el Decreto Legislativo N° 1017.

la buena pro, debido a que la retira (de manera tácita o expresa) luego de haberla presentado y, hasta antes de haber quedado consentida la buena pro, de resultar ganador.

Debe mencionarse que, en virtud del Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, para la configuración de la presente causal de aplicación de sanción, no corresponde emitir pronunciamiento sobre la naturaleza justificada o injustificada de la conducta del infractor, sino basta con la verificación objetiva de que el Adjudicatario declinó de su oferta.

6. A fin de verificar el momento en el que se habría configurado la infracción imputada corresponde indicar el calendario del proceso de selección bajo análisis, siendo el siguiente:

| CALENDARIO | | |
|------------------------------|---------------------|------------------|
| ACTIVIDAD | FECHA INICIO | FECHA FIN |
| Venta y/o entrega de bases | 28/12/2011 | 12/01/2012 |
| Presentación de consultas | 28/12/2011 | 04/01/2012 |
| Absolución de consultas | 11/01/2012 | 11/01/2012 |
| Integración de las bases | 11/01/2012 | 11/01/2012 |
| Presentación de propuestas | 17/01/2012 | 17/01/2012 |
| Otorgamiento de la buena pro | 23/01/2012 | 23/01/2012 |

7. En el caso de autos, La Entidad denunció que, mediante Carta⁽²⁷⁾ s/n de fecha 17 de enero de 2012, recibida el 18 del mismo mes y año, el Adjudicatario habría retirado su propuesta, bajo los siguientes términos:

(27) Obrante a folio 404 del expediente administrativo.

Lima, 17 de enero de 2012

Señores:

Petróleos del Perú - PETROPERÚ S.A. - Operaciones Conchán.
Órgano Ad-Hoc

Referencia: CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ-“Servicio de Transporte de Personal de Operaciones Conchán”.

Asunto: Retiro de propuesta.

De nuestra consideración:

Por la presente yo, Abraham Víctor Valenzuela García, identificado con DNI N° 08269662,

Es preciso indicar en este punto, que La Entidad mediante Carta N° GOPC-CMA-0041-2012 del 19 de enero de 2012, informó al Adjudicatario que existe la obligación de mantener la oferta hasta la firma del contrato, por tanto no se le aceptó el retiro de su propuesta.

8. En ese sentido, de lo reseñado tenemos que la fecha de presentación de propuestas del proceso por Competencia Mayor N° CMA-0019-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria fue el **17 de enero de 2012**, fecha en la cual el Adjudicatario presentó su propuesta.

Asimismo, se observa que al haberse presentado una sola propuesta el otorgamiento de la buena pro quedó consentido en la misma fecha de su publicación, esto es, el **23 de enero de 2012**.

9. Sobre la base de lo expuesto, y atendiendo al tenor de la misiva cursada por el Adjudicatario el 18 de enero de 2012, así como, el momento en que dicha comunicación se efectuó, resulta claro que aquella contiene una manifestación expresa de desistirse de la oferta presentada, configurándose de este modo el supuesto de hecho de la infracción que nos ocupa, consistente en no mantener la oferta hasta el consentimiento de la buena pro, incumpliendo de esa manera lo establecido en el artículo 42 del Reglamento, en virtud del cual el Adjudicatario se comprometía a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso de resultar favorecido con la buena pro.
10. Por otro lado, de la revisión de la documentación remitida por La Entidad, se observa que mediante Carta N° GOPC-AD-UL-168-2012 de fecha

23 de enero de 2012, notificada en la misma fecha al Adjudicatario, se le requirió la documentación correspondiente a fin de suscribir la Orden de Trabajo a Terceros, indicándole que el plazo para la presentación de la documentación solicitada vencía indefectiblemente el 30 de enero de 2012.

En razón de ello, mediante Carta de fecha 27 de enero de 2011, presentada a La Entidad el 30 del mismo mes y año, las empresas Petróleos de América S.A. y Corporación Gacela S.A.C., manifestaron la imposibilidad de cumplir con la obligación de entregar documentación para la firma del contrato, debido a que su consorciada Gacela Tours S.A. les comunicó, a su requerimiento (Carta de fecha 24 de enero de 2012), que no suscribiría, ni entregaría documentación alguna, por tanto, asumiría las sanciones que le pudieran corresponder por el error al que consideraban que fueron originados por La Entidad. Resaltaron además, que la empresa Gacela Tours S.A. era la titular de las autorizaciones para poder brindar el servicio de transporte de personal, era la empleadora y tenía en su poder la documentación de los choferes propuestos. Asimismo, era la empresa de experiencia y la representante común del consorcio.

11. De lo expuesto, se observa que La Entidad continuó con las etapas del proceso de selección, al citar al Adjudicatario con el fin de suscribir el contrato respectivo, lo que generó a su vez que las empresas Petróleos de América S.A. y Corporación Gacela S.A.C., informaran su imposibilidad de tal suscripción por las razones expuestas; sin embargo, se ha verificado que la infracción imputada se configuró con la sola presentación de la Carta s/n 17 de enero de 2012, recibida el 18 del mismo mes y año por La Entidad, pues fue a través de esta que el Adjudicatario manifestó su voluntad, desde un primer momento, de retirar su propuesta, por consiguiente, no corresponde considerar las actuaciones posteriores a fin de verificar la configuración de la infracción imputada.
12. Ahora bien, mediante decreto de fecha 11 de octubre de 2012 se dispuso efectuar una corrección en el decreto de fecha 17 de abril de 2012, a fin de que el Adjudicatario presente sus descargos respecto a su supuesta responsabilidad al no haber mantenido su oferta hasta el consentimiento de la buena pro, para lo cual se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles.

Pese a ello, los descargos presentados por las empresas Petróleos de América S.A.C. y Corporación Gacela S.A.C. refieren a que la responsabilidad

de no haber presentado la documentación y haber suscrito el contrato, recae únicamente en la empresa Gacela Tours S.A., debiendo absolvérseles de sanción.

Sin embargo, lo expuesto no desvirtúa la infracción imputada, puesto que ha quedado acreditado que las empresas Petróleos de América S.A.C. y Corporación Gacela S.A.C. manifestaron su voluntad de no mantener su oferta, al haber suscrito la Carta s/n de fecha 17 de enero de 2012, presentada ante La Entidad el 18 del mismo mes y año, contradiciendo gravemente las Declaraciones Juradas de Compromiso - Formato A, suscritas por cada una de las empresas citadas, a través de las cuales declararon bajo juramento lo siguiente: “e. Me comprometo a mantener mi oferta hasta la firma del contrato/emisión de la Orden de Compra/Orden de Trabajo a Terceros, según corresponda”.

13. Por otro lado, la empresa Gacela Tours S.A. manifestó, a través de sus descargos, que por error, su representante presentó los “sobres”, pues había sido comunicado por parte de la seguridad de la Planta Conchán, no pudiéndole advertir que no participarían del proceso. Indicó además, que en todo momento, incluso antes que se abran los “sobres”, manifestó su voluntad de no participar en el proceso, tal como consta en el acta de dicho día, lo que fue ignorado por los miembros del Comité Especial.

Finalmente, señaló que las demás integrantes del Consorcio Corpega no tuvieron conocimiento de los hechos descritos hasta después de acontecidos, pues ellas le requirieron para la suscripción del contrato de consorcio y, posterior suscripción del contrato con La Entidad, a lo que les comunicó la decisión de no continuar participando pues habían retirado la propuesta, y fue La Entidad y los miembros del Comité Ad-Hoc, quienes continuaron con el proceso hasta el otorgamiento de la buena pro, sin tomar en cuenta lo expresado por su representante.

Ahora bien, lo alegado por la empresa Gacela Tours S.A. no desvirtúa la infracción imputada, puesto que esta, de conformidad con la Declaración Jurada de Compromiso - Formato A, declaró bajo juramento lo siguiente: “e. Me comprometo a mantener mi oferta hasta la firma del contrato/emisión de la Orden de Compra/Orden de Trabajo a Terceros, según corresponda”.

Asimismo, aludir que los demás integrantes del Consorcio Corpega no tuvieron conocimiento de los hechos descritos hasta después de acontecidos, queda desvirtuado con la presentación de la Carta s/n de fecha 17 de enero de 2012, presentada ante La Entidad el 18 del mismo mes y año, pues esta fue suscrita por los representantes legales de las empresas Petróleos de América S.A.C. y Corporación Gacela S.A.C., por lo que se colige que ambas al suscribir la citada carta, manifestaron su voluntad de no mantener su oferta, optando por el retiro de esta.

14. De conformidad con lo anteriormente esbozado, este Colegiado concluye que en el caso de autos se ha configurado la infracción tipificada en el literal a) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo que corresponde imponerle sanción administrativa, a todos los integrantes del Consorcio Corpega.

GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

15. El numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establece que los postores que incurran en la causal establecida en el literal a) del numeral 51.1 serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.
16. En tal sentido, y a efectos de graduar la sanción a imponerse, deben aplicarse los criterios consignados en el artículo 245 del Reglamento, entre ellos, la naturaleza de la infracción, la reiterancia, las condiciones del infractor y la conducta procesal del mismo.
 - a) **Naturaleza de la infracción:** Desde el momento en que el Adjudicatario presenta su propuesta, queda obligado a mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, lo que le obliga a proponer ofertas serias, asumiendo la responsabilidad en caso de que no suceda ello, con el propósito de evitar retrasos en el logro de las metas institucionales de La Entidad, lo que a su vez, perjudica el interés público y el bienestar común.
 - b) **Daño causado:** Debe tenerse en cuenta que la infracción cometida por el Adjudicatario ocasionó una demora en el cumplimiento de las metas programadas por La Entidad, pues al no haber un segundo lugar en orden de prelación, La Entidad tenía, de corresponder, que

convocar nuevamente a un proceso de selección a fin de obtener el servicio requerido.

- c) **Reiterancia:** El Adjudicatario no cuenta con antecedentes de haber sido inhabilitado anteriormente para participar en procesos de selección, ni para contratar con el Estado.
 - d) **Conducta procesal del infractor:** El Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento y presentó sus descargos.
17. De igual forma, para la determinación de la sanción, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
18. Por último, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por parte del Adjudicatario, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el 18 de enero de 2012.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Ana Teresa Revilla Vergara y la intervención de los Vocales Mariela Nereida Sifuentes Huamán y Adrián Juan Jorge Vargas de Zela, atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE de fecha 30 de octubre de 2012, publicada el 8 de noviembre de 2012, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la empresa Corporación Gacela S.A.C., por un periodo de

doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.

2. Sancionar a la empresa Gacela Tours S.A., por un periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
3. Sancionar a la empresa Petroleos de America S.A., por un periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
4. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Sifuentes Huamán.

Revilla Vergara.

Vargas de Zela.

007 **Citación para suscribir el contrato: Constituye una condición para la configuración de la infracción**

Resulta indispensable para determinar posibles responsabilidades por no mantener oferta hasta la suscripción del contrato, determinar en principio si hubo una correcta y oportuna citación para la firma del contrato, en la medida que de no haber ocurrido ello surge la potestad, y no así la obligatoriedad del Postor, de instar a La Entidad para suscribir el contrato.

Resolución N° 601-2013-TC-S4

Lima, 21 de marzo de 2013

Visto en sesión de fecha 20 de marzo de 2013 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 68/2013.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa MULTI SERVICE DRAGER S.R.L., por su supuesta responsabilidad en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, en el marco de los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), realizada por el Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres (Juntos), y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 26 de julio de 2012, el Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres (Juntos), en adelante La Entidad, convocó el Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), para la contratación del “Servicio de Limpieza y Mantenimiento para la Sede Central y Equipos Regionales del Programa Juntos”, según relación de ítems, bajo el sistema de suma alzada y con un valor referencial ascendente a la suma total de S/. 653 090,16 (seiscientos cincuenta y tres mil noventa y 16/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
2. El 7 de setiembre de 2012, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, y el 17 del mismo mes y año, tuvo lugar el acto público de otorgamiento de la buena pro, fecha en la cual resultó favorecida respecto de los ítems N° 2 (Bagua), N° 6 (Cajamarca), N° 10 (Loreto Iquitos), N° 16

(Loreto Yurimaguas) y N° 17 (Condorcanqui) la empresa Consorcios & Compañía Palacios Trading S.A.C.

3. Mediante Resolución de Dirección Ejecutiva N° 71-2012-MIDIS/PNADP-DE de fecha 23 de octubre de 2012, publicada en el Seace el mismo día, La Entidad declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la empresa Multi Service Drager S.R.L., contra el otorgamiento de la buena pro en el marco de los ítems N° 2, 6, 9, 10, 16 y 17, dándose por agotada la vía administrativa.
4. Mediante Carta N° 980-2012-MIDIS/PNADP-UA de fecha 8 de noviembre de 2012, La Entidad puso en conocimiento de la empresa Consorcios & Compañía Palacios Trading S.A.C., que luego de efectuada la fiscalización posterior respecto de la documentación presentada como parte de su propuesta técnica, se había determinado que las Constancias de Trabajo presentadas respecto de su personal propuesto, no eran auténticas, y en consecuencia, no resultaba posible suscribir el contrato respectivo respecto de los ítems adjudicados, procediéndose al retiro de la buena pro en aquellos, de conformidad con lo previsto en la normativa de la materia.
5. Mediante Carta N° 989-2012-MIDIS/PNADP-UGA de fecha 14 de noviembre de 2012, notificada el 15 del mismo mes y año, La Entidad procedió a comunicar al postor Multi Service Drager S.R.L., en adelante el Postor, que habiendo quedado en segundo lugar en el orden de prelación, se le citaba a fin de suscribir el contrato respecto de los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17, otorgándole un plazo no mayor a diez días hábiles para tal efecto.
6. Mediante Carta N° 0475-2012/M.S DRAGER S.R.L. presentada el 27 de noviembre de 2012, el Postor remitió a La Entidad la documentación requerida para la firma del contrato, solicitando que se fije fecha y hora para llevar a cabo la suscripción del contrato.
7. Mediante Informe N° 886-2012-MIDIS/PNADP-UA-CL de fecha 11 de diciembre de 2012, publicado en el Seace el 12 del mismo mes y año, La Entidad declaró desierto los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria).
8. Mediante Oficio N° 008-2013-MIDIS/PNADP-UA de fecha 2 de enero de 2013, recibido el 9 del mismo mes y año, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la

supuesta responsabilidad en la que habría incurrido el Postor de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

9. Mediante decreto de fecha 14 de enero de 2013, notificado el 18 de febrero del mismo año, se admitió a trámite la solicitud de aplicación de sanción planteada por La Entidad, y se dispuso el inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Postor por su supuesta responsabilidad en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, en el marco de los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), infracción tipificada en el literal a) numeral 51.1 artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, y se le otorgó el plazo de ley para la presentación de sus descargos.
10. El 4 de marzo de 2013, el Postor presentó sus descargos, bajo los siguientes argumentos:
 - a. De la revisión de los antecedentes administrativos del caso, se aprecia que el otorgamiento de la buena pro originalmente adjudicada a favor de la empresa Consorcios & Compañía Palacios Trading S.A.C. quedó consentida y firme el 23 de octubre de 2012, fecha en la que se resolvió el recurso de apelación interpuesto, de manera que la citación a dicho postor debía haber procedido entre los días 24 y 25 de octubre de 2012, teniendo de este modo como plazo máximo hasta el día 8 de noviembre de 2012 para presentar la documentación y suscribir el contrato con La Entidad.
 - b. El 8 de noviembre de 2012, La Entidad le comunica a dicha empresa que debido a la presentación de supuesta documentación falsa no sería posible proceder a la suscripción del contrato, dejándose sin efecto el otorgamiento de la buena pro a su favor. En este sentido, La Entidad debió esperar que esta pérdida de la buena pro quedara consentida, lo cual ocurrió recién el 20 de noviembre de 2012, con lo cual, se debió citar a su representada el 21 o 22 de noviembre de 2012, y no como erradamente se anticipó La Entidad el 15 de noviembre de 2012.
11. Mediante decreto de fecha 7 de marzo de 2013, se tuvo por apersonado al Postor, por presentados sus descargos, y se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para su pronunciamiento.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El inicio del presente procedimiento administrativo sancionador ha sido decretado a consecuencia de la supuesta comisión, por parte de la empresa Multi Service Drager S.R.L., de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽²⁸⁾, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, modificada por Ley N° 29873, en adelante la Ley, referente a no mantener su oferta has la suscripción del contrato, en el marco de los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos.
2. Ahora, si bien la supuesta infracción fue cometida al momento de la entrada en vigencia de las modificatorias a Ley y el Reglamento de las contrataciones del Estado, dispuestas mediante Ley N° 29873 y Decreto Supremo N° 138-2012-E, para verificar si se dio cumplimiento con el procedimiento de citación y demás formalidades previstas para la configuración de la causal que nos ocupa, debe tenerse en cuenta la normativa vigente a la fecha de la convocatoria del proceso de selección del cual deriva la denuncia materia de análisis, debido a que la Contratista sometió su actuación a la normativa vigente en dicho periodo; y en ese sentido, teniendo en cuenta que el Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria) fue convocado el 26 de julio de 2012, fecha en la cual aún no se encontraban vigentes las modificaciones antes descritas dispuestas respecto de la Ley de Contrataciones, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; de manera que debe colegirse que para el análisis de la validez del procedimiento de citación se aplicará dicha normativa.
3. En dicho sentido, conviene recordar que a tenor de lo establecido en el literal d) del artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento, todo Postor se compromete a mantener su oferta durante el proceso de selección y a suscribir el contrato en caso

(28) **Artículo 51.- Infracciones y Sanciones Administrativas**

Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.

(...).

de resultar favorecido con la buena pro; lo cual implica que al elaborar y presentar su propuesta debe actuar con responsabilidad y seriedad, toda vez que la norma antes citada lo obliga a mantener la oferta que propone hasta el acto de otorgamiento de la buena, debiendo mantener los términos que haya descrito en esta.

4. En este orden de ideas, se evidencia de los antecedentes administrativos del caso, que el otorgamiento de la buena pro en el marco de los ítems N° 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), tuvo lugar el 17 de setiembre de 2012, de manera que el consentimiento de la misma, tuvo lugar con la emisión de la Resolución de Dirección Ejecutiva N° 71-2012-MIDIS/PNADP-DE de fecha 23 de octubre de 2012, publicada en el Seace el mismo día, mediante la cual La Entidad declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto por la empresa MULTI SERVICE DRAGER S.R.L.⁽²⁹⁾ contra el otorgamiento de la buena pro en los citados ítems y se dio por agotada la vía administrativa, y en dicho sentido, al amparo de lo dispuesto en el artículo 148 del Reglamento, La Entidad debía proceder a la citación para la firma del contrato respecto del ganador de la buena pro dentro de los dos días siguientes a dicha fecha, siendo el plazo máximo que podría haber sido fijado para tal efecto el día 8 de noviembre de 2012.
5. Ahora bien, tal como se aprecia de los antecedentes administrativos que obran en el expediente, mediante Carta N° 980-2012-MIDIS/PNADP-UA de fecha 8 de noviembre de 2012, La Entidad puso en conocimiento de la empresa Consorcios & Compañía Palacios Trading S.A.C., que no resultaba posible suscribir el contrato respectivo respecto de los ítems adjudicados, procediéndose al retiro de la buena pro a su favor.
6. En este sentido, cabe recordar que el artículo 148 del Reglamento establece que dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, La Entidad deberá citar al postor ganador otorgándole el plazo establecido en las Bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a suscribir el contrato con toda la documentación requerida, y si dicho adjudicatario no

(29) Téngase presente a estos efectos, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 108 del Reglamento, la interposición del recurso de apelación suspende el proceso de selección.

lo hiciese dentro del término otorgado, **perderá automáticamente la buena pro** sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable. Agrega además el citado artículo, que en tal caso, **el órgano encargado de las contrataciones llamará al postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación para que suscriba el contrato**, procediéndose conforme al plazo dispuesto en el inciso precedente.

En ese orden de ideas, corresponde determinar de manera previa, si La Entidad ha seguido el debido procedimiento para suscribir el contrato.

7. Fluye de los antecedentes reseñados que la pérdida automática de la buena pro del postor originalmente adjudicado tuvo lugar el día **8 de noviembre de 2012**, en consecuencia, La Entidad debió citar al postor que ocupó el segundo lugar dentro de los dos días (2) siguientes a dicha fecha, vale decir, entre el **9 y 12 de noviembre de 2012**.
8. En ese sentido, y a efectos de acreditar el cumplimiento del debido procedimiento para suscribir el contrato, La Entidad remitió al Postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación, la Carta N° 989-2012-MIDIS/PNADP-UGA notificada el **15 de noviembre de 2012**, mediante la cual se le citaba a fin de suscribir el contrato respecto de los ítems N°s 2, 6, 10, 16 y 17, otorgándole un plazo no mayor a diez días hábiles para tal efecto.
9. Como se aprecia, La Entidad ha cursado la carta de citación al Postor que ocupó el segundo lugar en el orden de prelación de manera extemporánea al plazo establecido en la normativa de contrataciones aplicable a los hechos materia de análisis, toda vez que como se ha indicado en el numeral 6 de la presente Fundamentación, **es de dos (2) días hábiles posteriores al consentimiento de la buena pro**.
10. En relación con lo anterior, es relevante señalar que las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento son de orden público y, por tanto, de obligatorio cumplimiento por las partes involucradas en los procesos de selección, ya que determinan las normas básicas que deben observar tanto los postores como las Entidades en las contrataciones y adquisiciones que estas últimas tienen a su cargo.

11. Por lo tanto, se ha constatado que La Entidad, al cursar la citación para la firma de contrato de manera extemporánea, no ha observado el procedimiento establecido para la suscripción del contrato, cuyo cumplimiento supone una condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo por la comisión del supuesto de hecho contenido en el literal a) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, consistente en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, en la medida que resulta indispensable para determinar posibles responsabilidades por dicho hecho, determinar en principio si hubo correcta y oportuna citación para la firma del contrato, en la medida que de no haber ocurrido ello surge la potestad, y no así la obligatoriedad del Postor, de instar a La Entidad para siempre suscribir el contrato.
12. Por lo expuesto, se considera que en el caso de autos, no corresponde iniciar procedimiento administrativo sancionador a la empresa denunciada por la comisión de la infracción consistente en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, tipificada en el literal a) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
13. Asimismo, y sin perjuicio de lo anteriormente señalado, se considera que dada la evidencia de los hechos antes descritos (citación extemporánea) tampoco es posible verificar la existencia de indicios acerca de la configuración de la causal precitada, en el extremo referido a la no suscripción injustificada de contrato, en la medida que no se ha verificado el supuesto hecho necesario para ello (citación oportuna y adecuada).

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Renato Adrián Delgado Flores y la intervención de las Vocales María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y María Hilda Becerra Farfán, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012; y, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa Multi Service Drager S.R.L., por su supuesta responsabilidad en no mantener su oferta hasta la suscripción del contrato, en el marco de los ítems N°s 2, 6, 10, 16 y 17 del Concurso Público N° 002-2012-PNADP (Primera Convocatoria), infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada por Ley N° 29873, debiendo archivarse el presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Rojas Villavicencio de Guerra.

Becerra Farfán.

Delgado Flores.

CAPÍTULO II

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, ORDEN DE COMPRA O DE SERVICIOS

La infracción administrativa de resolución de contrato, orden de compra o de servicios está contenida en el inciso b) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

008 Resolución del contrato: Entidad podrá resolver el contrato en forma total y parcial

En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total y parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.

Resolución N° 1129-2011-TC-S4

Lima, 28 de junio de 2011

Visto en sesión de fecha 28 de junio de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1715/2010.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el CONSORCIO integrado por las empresas Constructora & Servicios El Milagro S.A.C. (Conssermil S.A.C.) y Empresas de Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L. por su supuesta responsabilidad en la resolución del Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSA-LUD-2009, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0913M00311 (Primera Convocatoria), convocada por la Red Asistencial Amazonas del Seguro Social de Salud; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de octubre de 2009, la Red Asistencial Amazonas del Seguro Social de Salud, en adelante La Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0913M00311 (Primera Convocatoria) para la contratación del servicio de “mantenimiento de equipos médicos y biomédicos de la Red Asistencial Amazonas por el periodo de 12 meses”, bajo el sistema de suma alzada y con un valor referencial ascendente a la suma de S/. 143 798,64 (ciento cuarenta y tres mil setecientos noventa y ocho y 64/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.
2. El 4 de noviembre de 2009, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la buena pro, fecha en la cual resultó favorecido el Consorcio integrado por las empresas Constructora & Servicios El Milagro S.A.C. (Conssermil

S.A.C.) y Empresas De Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., en adelante el Consorcio, por su oferta económica ascendente a la suma de S/. 132 000,00 (ciento treinta y dos mil y 00/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de ley.

3. El 1 de diciembre de 2009, La Entidad y el Consorcio suscribieron el Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, para la prestación del servicio de “mantenimiento de equipos médicos y biomédicos de la Red Asistencial Amazonas por el periodo de 12 meses”, por el monto de S/. 132 000,00 y con un plazo de vigencia que a tenor de lo estipulado en su cláusula quinta se extendía del 1 de diciembre de 2009 al 31 de noviembre de 2010.
4. Mediante Carta N° 005-OA-DRAAM-ESSALUD-2010 de fecha 12 de julio de 2010, notificada según certificación notarial el 19 del mismo mes y año, La Entidad puso en conocimiento del Consorcio su decisión de resolver el Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, por acumulación máxima de penalidad debido al incumplimiento de sus obligaciones.
5. Mediante Carta N° 1048-OA-RAAM-ESSALUD-2010 de fecha 22 de noviembre de 2010, recibida el 29 del mismo mes y año, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la supuesta responsabilidad en la que habría incurrido el Consorcio al haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, por acumulación de máxima penalidad.
6. Mediante decreto de fecha 2 de diciembre de 2010, notificado el 28 de enero de 2011, se requirió previamente a La Entidad que cumpliera con subsanar su comunicación, debiendo adjuntar un informe técnico legal complementario respecto de la procedencia y supuesta responsabilidad en la que habría incurrido el Consorcio, debiendo indicar entre otros, si la controversia había sido sometida a procedo arbitral u otro mecanismo de solución de conflictos.
7. Mediante Carta N° 102-OA-RAAM-ESSALUD-2011 de fecha 7 de febrero de 2011, recibida el 10 del mismo mes y año, La Entidad remitió la información solicitada.
8. Mediante decreto de fecha 16 de febrero de 2011, notificado el 15 de marzo de 2011, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra las empresas Constructora & Servicios el Milagro

S.A.C. (Conssermil S.A.C.) y Empresas De Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., integrantes del Consorcio, por supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, infracción tipificada en el literal b) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

9. Mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2011, subsanado el 1 de abril del mismo año, el Consorcio solicitó el uso de la palabra y presentó sus descargos, bajo los siguientes términos:
 - a) Como se observa de los términos de referencia del proceso de selección, el objetivo de la contratación era el mantenimiento de los equipos médicos y biomédicos de la Red Asistencial Amazonas, siendo el caso que los diferentes documentos cursados por diferentes instancias administrativas de La Entidad reclaman un supuesto incumplimiento en la no mantención constante de la caja chica solicitada para los repuestos y trabajos de mantenimiento realizados, y no así respecto del personal designado para el trabajo ni en la carencia de repuestos para los equipos de mantenimiento, por lo que quedaría demostrado que su representada sí cumplió con el desarrollo del objeto de la convocatoria a satisfacción de la contratante.
 - b) Además, se puede apreciar que el descuento que se realiza por penalidad está referido al mantenimiento de la caja chica y no al objeto de la convocatoria, el cual está orientado al mantenimiento de los equipos.
 - c) Es necesario indicar que conforme se desprende de la Orden de Compra N° 4501234968, el servicio culminó en noviembre de 2010, sin que La Entidad hubiera realizado indicación al contrario con relación a resolver el contrato, ni realizado el procedimiento descrito en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - d) Por lo tanto, al no haberse seguido el procedimiento establecido en la normativa legal vigente, no puede pretender La Entidad solicitar sanción para su representada bajo el supuesto de una resolución contractual, en la medida que se cumplió con la prestación pactada.

10. Mediante decreto de fecha 5 de abril de 2011, notificado el 12 de mayo del mismo año, se requirió previamente a las empresas integrantes del Consorcio que subsanaran la presentación de sus descargos, debiendo remitir copia literal de los poderes del representante legal de la empresa MARECAR S.C.R.L.
11. El 17 de mayo de 2011, el Consorcio subsanó la presentación de sus descargos.
12. Mediante decreto de fecha 19 de mayo de 2011, se tuvo por apersonadas a las empresas integrantes del consorcio, por presentados sus descargos, y se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para su pronunciamiento.
13. El 8 de junio de 2011, se declaró frustrada la diligencia de Audiencia Pública por inasistencia de las partes.
14. Mediante decreto de fecha 8 de junio de 2011, se requirió a La Entidad remitir copia integral del cargo de notificación de la Carta N° 005-OA-DRAAM-ESSALUD-2010.
15. Mediante Carta N° 466-OA-RAAM-ESSALUD-2011 de fecha 14 de junio de 2011, recibido el 16 del mismo mes y año, La Entidad remitió la información adicional solicitada.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente caso está referido a la imputación formulada contra las empresas Constructora & Servicios El Milagro S.A.C. (CONSSERMIL S.A.C.) y Empresas de Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., integrantes del Consorcio, por su supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0913M00311 (Primera Convocatoria), cuya infracción se encuentra tipificada en el literal b) del artículo 51⁽¹⁾ de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017,

(1) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...) b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

(...).

en lo sucesivo la Ley, norma vigente al momento de suscitarse la supuesta infracción materia de denuncia.

Al respecto, la infracción contemplada en el numeral antes acotado establece como supuesto de hecho indispensable para su configuración, la resolución del contrato, orden de compra o de servicios, según corresponda, **por causal atribuible al Contratista.**

2. Conforme a los criterios adoptados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que se configure el supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, **debe necesariamente acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de servicios fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al propio contratista**, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en concordancia con el artículo 168 del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, y atendiendo al procedimiento regulado en el artículo 169 del citado cuerpo normativo.
3. En dicho sentido, el literal c) del artículo 40 de la Ley, dispone que en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total y parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.
4. Seguidamente, el artículo 168 del Reglamento, contempla como causales de resolución por incumplimiento, los casos en los cuales El Contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, o **haya llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades**, y/o paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación.
5. Asimismo, el artículo 169 del Reglamento prescribe que si alguna de las partes faltara al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. Seguidamente, **el citado artículo establece expresamente**

que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, casos en los cuales bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

6. Sobre el particular, el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General consagra el **principio de tipicidad**, conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica, mientras que el numeral 2 del mismo artículo hace referencia al **principio del debido procedimiento**, por cuya virtud las Entidades aplicarán sanciones sujetando su actuación al procedimiento establecido, respetando las garantías inherentes al debido procedimiento.
7. Así, pues, fluye de los actuados que La Entidad, luego de cursadas sendas comunicaciones, mediante Carta N° 005-OA-DRAAM-ESSALUD-2010 de fecha 12 de julio de 2010, notificada notarialmente por medio de correo certificado el 19 de julio de 2010, puso en conocimiento del Consorcio su decisión de resolver en forma total el Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, por haber acumulado la máxima penalidad por mora en el incumplimiento de obligaciones.
8. En razón de lo expuesto, ha quedado acreditado que La Entidad cumplió con el procedimiento de resolución contractual previsto en la normativa de la materia y esbozado en el numeral 5 de la presente fundamentación, el cual para el caso concreto de acumulación del monto máximo de penalidad no requiere de un emplazamiento previo a la Contratista.
9. Nótese, que contrariamente a lo señalado por la Contratista en su escrito de descargos, con relación a un supuesto incumplimiento por parte de La Entidad del procedimiento de resolución de contrato previsto en la normativa de la materia, la Carta N° 005-OA-DRAAM-ESSALUD-2010 de fecha 12 de julio de 2010, mediante la cual La Entidad le comunicó la resolución contractual, fue efectivamente notificada por conducto notarial vía correo certificado el 19 de julio de 2010, recibida por una persona de sexo femenino, quien firmó en señal de conformidad.
10. Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, sostiene el Consorcio con motivo de la presentación de sus descargos, que de acuerdo a los

términos de referencia del proceso de selección, el objetivo de la contratación era el mantenimiento de los equipos médicos y biomédicos de la Red Asistencial Amazonas, siendo el caso que los diferentes documentos cursados por diferentes instancias administrativas de La Entidad reclamaban un supuesto incumplimiento por no haber mantenido de manera constante la caja chica solicitada para los repuestos y trabajos de mantenimiento realizados, y no así respecto del personal designado para el trabajo ni en la carencia de repuestos para los equipos de mantenimiento, por lo que quedaría demostrado que su representada sí cumplió con el desarrollo del objeto de la convocatoria a satisfacción de la contratante.

11. Al respecto, nótese que de conformidad con lo señalado en las Especificaciones Técnicas obrante en el Capítulo II de las Bases Administrativas de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0913M00311 (Primera Convocatoria), las cuales conforme a la Cláusula Tercera del Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009 son parte integrante del mismo, se aprecia en lo atañe al acápite “Recursos Económicos/Repuestos”, que era obligación de la Contratista, durante la vigencia del contrato, mantener un “Capital de Trabajo Mensual” equivalente a S/. 3 500,00 nuevos soles, a ser empleado para el suministro de repuestos, materiales y/o insumos de menor cuantía que las actividades de mantenimiento demanden.
12. En efecto, teniendo a la vista los antecedentes remitidos por La Entidad se aprecian diversas misivas y correos electrónicos cursados por La Entidad al Consorcio mediante los cuales le comunicaba el porcentaje de penalidad en la que estaba incurriendo al persistir en su incumplimiento respecto del depósito en la caja chica, pago de sus trabajadores y apoyo al personal destacado, situaciones que se encontraban previstas a manera de obligaciones contractuales, máxime si el Consorcio con motivo de la presentación de sus descargos, únicamente se ha limitado a señalar que si cumplió con el objeto de la prestación a satisfacción de La Entidad, sin acreditarlo con la respectiva conformidad ni mucho menos remitir documento alguno que permita corroborar que en su momento levantó cada una de las observaciones efectuadas por el organismo contratante.
13. Por las consideraciones expuestas, no habiendo el Consorcio aportado argumento alguno que pueda eximirle de responsabilidad respecto del incumplimiento de sus obligaciones, así como respecto de la acumulación de la máxima penalidad, se colige que la resolución del Contrato

N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, estuvo motivada por causal atribuible a aquel, por lo que el hecho imputado califica como infracción administrativa según la causal de imposición de sanción tipificada en el literal b) del artículo 51 de la Ley, debiendo concluirse la existencia de responsabilidad de las empresas integrantes del Consorcio en su comisión.

14. En relación con la sanción imponible, el artículo 51 de la Ley establece que aquellos contratistas que den lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte, serán inhabilitados temporalmente para contratar con el Estado por un periodo no menor a un año ni mayor de tres años.
15. De manera previa a la graduación de la sanción, cabe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 239 del Reglamento, según el cual las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato, se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que les corresponde.
16. A mayor abundamiento, el artículo 145 del Reglamento, prevé que los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo, estando facultada La Entidad, en dichos casos, para demandar a cualquiera de ellos por los daños y perjuicios causados, e igualmente, que el incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se hayan individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno.
17. En ese orden de ideas, a efectos de graduar la sanción administrativa a imponerse, debe considerarse los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento⁽²⁾. De esta manera, en lo que concierne a la naturaleza de la infracción, es importante señalar

(2) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

que la conducta efectuada por ambas empresas integrantes del Consorcio, reviste de una considerable gravedad en la medida que desde el momento en que se asumió un compromiso contractual frente a La Entidad, sus integrantes se encontraban llamados a cumplir cabalmente con lo ofrecido, máxime si es conocido que ante un eventual incumplimiento se verían seriamente afectados intereses de carácter público, así como retrasado el cumplimiento de las metas institucionales de La Entidad.

18. Asimismo, en lo que atañe al daño causado, es relevante tomar en cuenta, por un lado, la cuantía que subyace al Contrato N° 019-OA-RAAM-ESSALUD-2009, por el monto de S/. 132 000,00; y, por el otro, que su incumplimiento por parte del Consorcio generó un daño a La Entidad, en perjuicio de sus intereses, causando retraso en el cumplimiento de sus objetivos, los cuales habían sido programados y presupuestados con anticipación.
19. Por su parte, en cuanto al criterio de reiterancia, es importante tener en consideración que la Empresa de Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., integrante del Consorcio, ha sido sancionada en anteriores oportunidades por los periodos de catorce y doce meses, mediante Resoluciones N° 1861-2010-TC-S3 y N° 1872-2010-TC-S2, respectivamente, por la comisiones de las infracciones prevista en la normativa de contrataciones.
20. De otro lado, en cuanto a la conducta procesal del infractor, durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador las empresas integrantes del Consorcio, de manera conjunta han presentado sus descargos de manera oportuna, facilitando la labor de este Colegiado en la determinación de las responsabilidades del caso.
21. Asimismo, en lo que atañe a las condiciones del infractor, cabe tener en consideración respecto de la empresa Constructora & Servicios El Milagro S.A.C. (Conssermil S.A.C.), integrante del Consorcio, la ausencia de antecedentes en la comisión de infracciones tipificadas en la normativa de contrataciones.
22. Finalmente, resulta importante traer a colación el principio de razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que imponga sanciones o establezca restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los

límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

23. En consecuencia, con base en los criterios anteriormente aludidos, corresponde imponer a la empresa Constructora & Servicios El Milagro S.A.C. (Conssermil S.A.C.) la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de doce (12) meses; y a la Empresa de Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., integrante del Consorcio, la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de catorce (14) meses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Jorge Enrique Silva Dávila y la intervención de los Vocales Dr. Martín Zumaeta Giudichi y Dra. Dammar Salazar Díaz, atendiendo a la reconfiguración de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 29 de marzo de 2010, y lo previsto en el Acuerdo N° 001/2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad,

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa Constructora & Servicios el Milagro S.A.C. (Conssermil S.A.C.), integrante del Consorcio, sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1.b) del artículo 51 de la Ley, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Imponer a la Empresa de Servicios Múltiples Marecar S.C.R.L., integrante del Consorcio, sanción administrativa de inhabilitación temporal por el

periodo de catorce (14) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1.b) del artículo 51 del Reglamento, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.

3. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila

Zumaeta Giudichi

Salazar Díaz

009 Remisión de carta notarial: Su contenido debe precisar la obligación incumplida

En caso de que La Entidad remita al contratista una carta notarial en la cual no indique de manera clara y precisa cuál es la obligación contractual incumplida, el proveedor se verá imposibilitado de poder subsanar los errores advertidos por La Entidad. Tal hecho implica que no puede atribuírsele responsabilidad alguna si el contrato es resuelto.

Resolución N° 922-2011-TC-S3

Lima, 31 de mayo de 2011

Visto en sesión de fecha 31 de mayo de 2011 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 5228/2008.TC sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra del señor Luis Rufino Delgado Villar por su supuesta responsabilidad consistente en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL derivado del otorgamiento de la buena pro del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de mayo de 2007, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima - Sedapal, en lo sucesivo La Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C para la prestación del servicio de consultoría para la elaboración del Perfil de Proyecto de Inversión Ampliación y Remodelación de los Ambientes del Centro de Servicios Comas, por un valor referencial ascendente a S/.15,838.90 (quince mil ochocientos treinta y ocho con 90/100 nuevos soles).
2. El 8 de junio de 2007, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la buena pro, habiendo resultado ganador el Postor Luis Rufino Delgado Villar, en adelante el Contratista, por su oferta económica ascendente a S/.14,255.01.
3. El 22 de junio de 2007, fue suscrito el Contrato N° 135-2007-SEDAPAL entre La Entidad y el Contratista, cuya cláusula séptima establecía que el

plazo para la prestación del servicio era de cuarenta (40) días naturales, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato, plazo que no incluía el tiempo en que la unidad formuladora y evaluadora de Sedapal realizara la revisión del estudio.

4. Mediante Carta Notarial N° 505-2008-EAG de fecha 28 de febrero de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 19 de marzo de 2008, La Entidad dio respuesta al “Informe Final” presentado por el Contratista, indicándosele que dicho documento mantenía algunas observaciones que fueron señaladas en su Carta N° 1056-2007-ETN de fecha 11 de setiembre de 2007, señalando además que el estudio presentado no cumplía en su totalidad con lo señalado en el Anexo N° 01 del Contrato y los términos de referencia, y que la presentación del estudio había excedido ampliamente la fecha de presentación, en virtud a ello se otorgó al Contratista un plazo de tres días a fin de que de cumplimiento a lo señalado anteriormente, bajo responsabilidad de apercibimiento de resolución de contrato.
5. Mediante Carta Notarial N° 566-2008-EAG de fecha 17 de marzo de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 7 de marzo de 2008, La Entidad dio respuesta al “Informe Final” presentado por el Contratista, indicándosele que dicho documento mantenía algunas observaciones que fueron señaladas en su Carta N° 1056-2007-ETN de fecha 11 de setiembre de 2007, señalando además que el estudio presentado no cumplía en su totalidad con lo señalado en el Anexo N° 01 del Contrato y los términos de referencia y que la presentación del estudio había excedido ampliamente la fecha de presentación, en virtud a ello se otorgó al Contratista un plazo de dos (2) días a fin de que dé cumplimiento a lo señalado anteriormente, bajo responsabilidad de apercibimiento de resolución de contrato.
6. Mediante Carta Notarial N° 689-2008-EAG de fecha 7 de mayo de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 10 de mayo de 2008, La Entidad le informó que el 19 de marzo de 2008 le fue remitida la Carta Notarial N° 566-2008-EAG mediante la cual le fue concedido un plazo de tres (3) días para hacer entrega del estudio final, no obstante no cumplió con lo exigido en el plazo otorgado, toda vez que recién el 4 de abril de 2008 entregó el estudio, no obstante esta última versión también se encontraba incompleta según los términos de referencia. De este modo, habiéndose vencido largamente al plazo contractual establecido, se procedió a resolver el contrato.

7. El 30 de diciembre de 2008, La Entidad presentó en la Mesa de Partes del Tribunal un escrito mediante el cual denunció al Contratista por haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL. En el mencionado escrito señaló que mediante Carta N° 1056-2008-EAG de fecha 11 de setiembre de 2007 se remitió al Consultor las observaciones hechas al Informe Final, no obstante se detectó que había habido un error en la remisión de las cartas cursadas respecto al destinatario, razón por la cual se volvió a cursar las cartas con sus respectivos requerimientos.

El 28 de diciembre de 2007, el Consultor presentó el Informe Final mediante el cual comunicó estar efectuando el levantamiento de observaciones. Mediante Carta Notarial N° 505-2008-EAG de fecha 28 de febrero de 2008 le fue comunicado al Contratista que las observaciones no habían sido subsanadas, razón por la cual se le otorgaba un plazo de tres días para subsanarlas. El 11 de marzo de 2008, el Consultor remitió el Estudio Final, manifestando haber absuelto todas las observaciones, mediante Carta Notarial N° 566-2008 se comunicó al Consultor que las observaciones permanecían, otorgándosele un plazo de dos días para subsanarlas.

8. En atención a la documentación remitida, mediante decreto de fecha 5 de enero de 2009, se dispuso el inicio de procedimiento sancionador en contra del señor Luis Rufino Delgado Villar por su supuesta responsabilidad consistente en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL derivado del otorgamiento de la buena pro del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C. En virtud a ello, se otorgó al Contratista un plazo de diez (10) días hábiles para remitir sus descargos a la imputación hecha en su contra.
9. El 13 de marzo de 2009, el señor Luis Rufino Delgado Villar presentó un escrito mediante el cual adjuntó sus descargos a la imputación hecha en su contra, en atención a los siguientes fundamentos:
 - 9.1 Es cierto que no fue presentado el Informe Final en la fecha establecida, pese a todos los esfuerzos realizados, no obstante este retraso se debió a que La Entidad no brindó la información de manera oportuna, además, la información básica para el desarrollo del Perfil fue errónea, pues le fue indicado que la construcción del Centro de Servicios de Puente Piedra atendería los requerimientos de los

distritos de Santa Rosa, Ventanilla y Ancón, por lo que no deberían ser considerados dichos distritos para el desarrollo del Perfil.

- 9.2 Durante la primera reunión de trabajo efectuada, se coordinó con los funcionarios de Sedapal a fin de que se le brinde la información respectiva y se solicitó la apertura del cuaderno de proyectos, para efectos de la determinación de la población solo se consideraron 5 distritos, al entregar el primer informe, Sedapal observó los puntos antes citados, lo que demuestra que la información manifestada por Sedapal lo indujo a error, lo que motivó la pérdida de tiempo en la implementación de estas observaciones.
 - 9.3 Durante la ejecución del servicio, el coordinador de los trabajos por parte de La Entidad fue cambiado en más de dos oportunidades, lo cual conllevó a que cada encargado tuviera diferentes criterios para revisar el trabajo presentado, generando ello demoras adicionales.
 - 9.4 Luego de varias idas y vueltas, con entregas de informes completos que eran observados por Sedapal tomó la decisión de elaborar nuevamente el Perfil de Inversión con base en las encuestas elaboradas y se reunió con el Ing. Irauka, en dicha reunión, ambas partes demostraron la mejor disposición para culminar los trabajos, comprometiéndose a elaborar el perfil nuevamente, en coordinación directa y estrecha con los funcionarios de Sedapal, razón por la cual movilizó un equipo completo compuesto de un arquitecto, asistentes para levantamiento planimétricos, personal para complementar encuestas, etc. al Centro de Servicios de Comas, y estando allí, se le indicó que no podía entrar a efectuar los trabajos pues estaban en huelga. No obstante ello, quiso nuevamente comunicarse con dicho Centro de Servicios, sin embargo se le indicó en reiteradas oportunidades que no podía ser atendido por diversas razones.
 - 9.5 Luego de recibida la carta notarial mediante la cual fue resuelto el contrato, presentó una Carta S/N mediante la cual indicaba su predisposición a presentar el perfil con las observaciones y/o modificaciones debidamente subsanadas cuando La Entidad lo indicara.
10. El 17 de marzo de 2009, el Contratista presentó un nuevo escrito mediante el cual reiteró sus argumentos de defensa formulados anteriormente.

11. Mediante decreto de fecha 19 de marzo de 2009, se tuvo por apersonado al señor Luis Rufino Delgado Villar, por señalado su domicilio procesal, por presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.
12. Teniendo en cuenta que mediante Resolución N° 102-2009-OSCE/PRE de fecha 1 de abril de 2009 se designó a la Cuarta Sala del Tribunal como competente para conocer los procedimientos administrativos sancionadores, mediante decreto de fecha 21 de mayo de 2009 se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para que resuelva.
13. Teniendo en cuenta que mediante Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE de fecha 15 de febrero de 2011, se dispuso la reconfiguración de las Cuatro Salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, designándose a los Presidentes y Vocales conformantes de cada Sala; mediante decreto de fecha 16 de febrero de 2011 se dispuso reasignar el Expediente a la Tercera Sala del Tribunal y continuar el procedimiento según su estado, con conocimiento de las partes.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente caso está referido a la imputación formulada contra Luis Rufino Delgado Villar por su supuesta responsabilidad consistente en haber originado la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL derivado del otorgamiento de la buena pro del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C, infracción tipificada en el numeral 2) del artículo 294 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en adelante el Reglamento.
2. Al respecto, el numeral 2) del artículo 294 del Reglamento establece que los postores, participantes, proveedores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte. La infracción referida establece como supuesto de hecho indispensable para su configuración, la resolución del contrato, orden de compra o de servicios, según corresponda, **por causal atribuible al Contratista**.
3. Respecto a ello, el numeral 1) del artículo 225 del Reglamento dispone que La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 41 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y

Adquisiciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, en adelante la Ley, **cuando el Contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.**

4. No obstante ello, La Entidad para resolver el contrato en atención a la causal antes citada, deberá cumplir de manera obligatoria el procedimiento de resolución previsto en el artículo 226 del Reglamento, según el cual **en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte que resulte perjudicada con tal hecho (en este caso, La Entidad) deberá requerir a la otra mediante carta notarial para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no mayor de cinco días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.** Dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, La Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superarán en ningún caso los quince (15) días. Vencido dicho plazo y de continuar el incumplimiento contractual, la citada disposición reglamentaria precisa que la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
5. Asimismo, el literal c) del artículo 41 de la Ley ha dispuesto que en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato; en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. **El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación por El Contratista.** Tomando en consideración la precitada normativa, debe primero verificarse que La Entidad cumplió cabalmente el procedimiento de resolución contractual.
6. En ese sentido, de los antecedentes remitidos por La Entidad, se observa que esta remitió al Contratista, **vía conducto notarial**, las siguientes comunicaciones:
 - Carta Notarial N° 505-2008-EAG de fecha 28 de febrero de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 19 de marzo de 2008, en la que La Entidad dio respuesta al “Informe Final” presentado por el

Contratista, indicándosele que dicho documento mantenía algunas observaciones que fueron señaladas en su Carta N° 1056-2007-ETN de fecha 11 de setiembre de 2007, señalando además que el estudio presentado no cumplía en su totalidad con lo señalado en el Anexo N° 01 del Contrato y los términos de referencia y que la presentación del estudio había excedido ampliamente la fecha de presentación, en virtud a ello se otorgó al Contratista un plazo de tres días a fin de que dé cumplimiento a lo señalado anteriormente, bajo responsabilidad de apercibimiento de resolución de contrato.

- Carta Notarial N° 566-2008-EAG de fecha 17 de marzo de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 7 de marzo de 2008, en la que La Entidad dio respuesta al “Informe Final” presentado por el Contratista, indicándosele que dicho documento mantenía algunas observaciones que fueron señaladas en su Carta N° 1056-2007-ETN de fecha 11 de setiembre de 2007, señalando además que el estudio presentado no cumplía en su totalidad con lo señalado en el Anexo N° 01 del Contrato y los términos de referencia y que la presentación del estudio había excedido ampliamente la fecha de presentación, en virtud a ello se otorgó al Contratista un plazo de dos (2) días a fin de que dé cumplimiento a lo señalado anteriormente, bajo responsabilidad de apercibimiento de resolución de contrato.
 - Carta Notarial N° 689-2008-EAG de fecha 7 de mayo de 2008, recibida en la dirección del Contratista el 10 de mayo de 2008, en la que La Entidad le informó que el 19 de marzo de 2008 le fue remitida la Carta Notarial N° 566-2008-EAG mediante la cual le fue concedido un plazo de tres días para hacer entrega del estudio final, no obstante no cumplió con lo exigido en el plazo otorgado, toda vez que recién el 4 de abril de 2008 entregó el estudio, no obstante esta última versión también se encontraba incompleta según los términos de referencia. De este modo, habiéndose vencido largamente al plazo contractual establecido, se procedió a resolver el contrato.
7. Respecto a ello, La Entidad ha informado que, mediante la Carta N° 1056-2007-ETN del 11 de setiembre de 2007, le fueron informadas al Contratista las observaciones hechas a su Informe Final presentado, de este modo puede colegirse que mediante dicho documento el Contratista tomó conocimiento de todas las observaciones que tendría que corregir a fin de cumplir con la entrega del trabajo final.

Es así como, de acuerdo a lo informado por La Entidad⁽³⁾, luego de remitida dicha comunicación, el 28 de diciembre de 2007 el Contratista presentó una carta S/N mediante la cual informó estar efectuando el levantamiento de observaciones, en respuesta a ello le fue remitida la primera Carta Notarial (N° 505-2008-EAG de fecha 28 de febrero de 2008) mediante la cual se le informó lo siguiente: “se mantienen algunas observaciones que fueran señaladas en nuestra Carta N° 1056-2007-ETN del 11 de setiembre de 2007 y otras no han sido absueltas completamente” y se le otorgó un plazo de tres (3) días para subsanar las observaciones.

Es en respuesta a dicha comunicación, el Contratista presentó una Carta S/N de fecha 11 de marzo de 2008 mediante la cual remitió el Estudio Final de Preinversión a nivel perfil del proyecto, manifestando estar con las observaciones debidamente subsanadas. No obstante ello, La Entidad expidió una nueva Carta Notarial (N° 566-2008-EAG) de fecha 17 de marzo de 2008, mediante la cual nuevamente indicó al Contratista lo siguiente: “se mantienen algunas observaciones que fueran señaladas en nuestra Carta N° 1056-2007-ETN del 11 de setiembre de 2007 y otras no han sido absueltas completamente” y se le otorgó un plazo de dos (2) días para subsanar las observaciones.

Finalmente, La Entidad ha informado que el Contratista le remitió la Carta S/N de fecha 4 de abril de 2008, mediante la cual se adjuntó el Informe Final, manifestando estar haciendo llegar el levantamiento de observaciones, no obstante ello, La Entidad le remitió la Carta Notarial mediante la cual resolvió el contrato.

8. Teniendo en cuenta ello, puede colegirse que el Contratista llegó a presentar varias versiones del Informe Final objeto del contrato, sin embargo, el mismo habría sido observado en reiteradas oportunidades, respecto a ello, es criterio reiterado de este Tribunal que la Carta Notarial mediante la cual se requiere al Contratista cumplir sus obligaciones contractuales debe indicar de manera clara y precisa cuáles son las obligaciones contractuales incumplidas, es decir indicar, por ejemplo, claramente las observaciones aún no absueltas, ello resulta de vital importancia, en la medida que importa la posibilidad del Contratista de poder subsanar los errores advertidos por La Entidad.

(3) Ver Informe N° 474-2008-EAG, obrante a fojas N° 164 del Expediente Administrativo.

9. Teniendo como marco lo señalado en el párrafo precedente, es posible advertir que si bien hubo comunicaciones en las cuales se informó al Contratista las observaciones aún no absueltas, no ha pasado desapercibido para este Colegiado que luego de presentada la última versión del Informe Final (mediante Carta S/N de fecha 11 de marzo de 2008 expedida por el Contratista) la Carta Notarial mediante la cual La Entidad volvió a informar al Contratista de las observaciones a dicho informe, no detallaba cuáles eran las observaciones aún pendientes, verificándose que solo indicó que “se mantienen algunas observaciones que fueran señaladas en nuestra Carta N° 1056-2007-ETN del 11 de setiembre de 2007 y otras no han sido absueltas completamente”.
10. Esto último, reviste importancia, en la medida que si bien el Contratista estaba en la obligación de presentar el Informe, y de esta manera cumplir su obligación contractual, no es menos cierto que para ello resultaba necesario que La Entidad le indicara cuáles eran las observaciones que aún no habían sido subsanadas y que, por tanto, debían ser absueltas.
11. Tomando en cuenta los argumentos expuestos, es posible colegir entonces que La Entidad remitió al Contratista una carta notarial en la cual no se indicaba de manera clara y precisa cuál era la obligación contractual incumplida, es decir cuáles eran los errores pendientes de subsanación. En ese sentido, dicha situación acarreó en el Contratista la imposibilidad de poder subsanar los errores advertidos por La Entidad, lo cual originó la resolución del contrato, la cual, en el caso en concreto, no puede ser imputable al Contratista.
12. En consecuencia, con base en los criterios antes indicados, este Colegiado considera que corresponde declarar no ha lugar la imposición de sanción en contra del señor Luis Rufino Delgado Villar por su supuesta responsabilidad consistente en haber originado la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL derivado del otorgamiento de la buena pro del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C, infracción tipificada en el numeral 2) del artículo 294 del Reglamento.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Patricia Seminario Zavala y la intervención de los señores Vocales Dra. Wina Isasi Berrospi y el Dr. Carlos Navas Rondón atendiendo a la

reconformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 15 de febrero de 2011, el Acuerdo de Sala Plena N° 001-2011-TC y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

Declarar **NO HA LUGAR** la imposición de sanción en contra del señor Luis Rufino Delgado Villar por su supuesta responsabilidad consistente en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 135-2007-SEDAPAL derivado del otorgamiento de la buena pro del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0017-2007-SEDAPAL-C, infracción tipificada en el numeral 2) del artículo 294 del Reglamento.

Regístrese, comuníquese y publíquese
ss.
Seminario Zavala.
Isasi Berrospi.
Navas Rondón.

010 Presunción: El incumplimiento es atribuible a la parte que debió ejecutar las prestaciones

Existe una presunción legal que el incumplimiento de obligaciones o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es atribuible a la parte que debió ejecutarlas, salvo que esta demuestre que el incumplimiento se produjo, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación o que la causa de ella fue un caso fortuito o fuerza mayor.

Resolución N° 457-2012-TC-S1

Lima, 2 de mayo de 2012

Visto en sesión del 2 de mayo de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1437/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa CORPORACIÓN ETV S.A.C., por su presunta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución de la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28/03/2011, la cual fue materia del proceso de selección por Competencia Menor N° 028-2011/OPC/PETROPERÚ, para la “Adquisición de Materiales para Reemplazo de Camlock, Válvula y Accesorios de la Línea de Blancos” convocado por Petróleos del Perú S.A. - Petroperú; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 7 de marzo de 2011, Petróleos del Perú S.A. - Petroperú, en adelante La Entidad, convocó el proceso de selección por Competencia Menor N° 028-2011/OPC/PETROPERÚ, para la “Adquisición de Materiales para Reemplazo de Camlock, Válvula y Accesorios de la Línea de Blancos”; cuyo valor referencial era reservado.
2. El 15 de marzo de 2011, se llevó a cabo el acto de evaluación de propuestas y otorgamiento de la buena pro, adjudicándose a favor de la empresa CORPORACIÓN ETV S.A.C.
3. El 28 de marzo de 2011, La Entidad emitió la Orden de Compra RCO-11330164-OF siendo remitida en la misma fecha a la empresa

CORPORACIÓN ETV S.A.C., en adelante el Contratista, con fecha de entrega al 2 de mayo de 2011.

4. Mediante Carta N° AD-L-ADQ-062-2011 de fecha 10 de mayo de 2011, La Entidad comunicó al Contratista que el 2 de mayo de 2011 se cumplió el plazo para la entrega de los materiales correspondientes a la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF.
5. Con Carta N° 2011-04/CETV de fecha 12 de mayo de 2011, el Contratista manifestó lo siguiente:
 - a) El 18 de marzo de 2011, recibida la comunicación que la empresa fue adjudicada con la buena pro, por lo que el 20 de marzo de 2011, se comunicó al fabricante Aktek Technology Engineering Co. Ltd. su Orden de Compra N° 012-2011.
 - b) Con fecha 21 de marzo de 2011, se realizó la remesa del dinero convenido (40%) realizada por la empresa de su grupo empresarial Importaciones Yosmar S.A.C.
 - c) Con fecha 30 de marzo de 2011, el fabricante confirmó la recepción del dinero transferido y definió el plazo de entrega en 5 semanas desde la recepción de los fondos, siendo la fecha estimada definida para el 27 de abril de 2011; sin embargo, el fabricante a través del correo electrónico de fecha 21 de marzo de 2011 se comprometió a mejorar el plazo de entrega a 4 semanas, plazo que luego no pudo mantener.
 - d) Pese a que el fabricante confirmó la recepción del dinero transferido y definió el plazo de entrega en 5 semanas desde la recepción de los fondos, habiéndose efectuado una transferencia bancaria a su favor, el fabricante manifestó al Contratista la cancelación de atención del requerimiento, porque a pesar de haber elaborado al 70% los bienes, no podrán continuar con la parte final del proceso, debido a que movieron su planta de fabricación a otra locación.
 - e) Mediante correo electrónico de fecha 4 de mayo de 2011, el fabricante ratificó su imposibilidad de atender la Orden de Compra, a pesar de que su representada había solicitado reconsiderar dicha decisión indicándoles la factibilidad de poder coordinar con La Enti-

- dad para obtener una ampliación de plazo contractual por motivos de fuerza mayor.
- f) Posteriormente, se solicitó al fabricante la remisión de una carta suscrita por ellos en la que se explique todo lo ocurrido mediante una vía más formal que el correo electrónico, la cual no fue remitida.
 - g) En ese sentido, se encuentran en la imposibilidad material de atender el suministro, sustentado el accionar diligente para atención de dicho requerimiento, por lo que solicitan autorizar la disolución de mutuo acuerdo del presente contrato.
6. Mediante Carta N° AD-0229-2011 de fecha 26 de mayo de 2011, diligenciada notarialmente el 30 de mayo de 2011, La Entidad solicitó al Contratista que en el plazo de cinco (5) días contados a partir de la recepción de la presente carta, cumpla su compromiso, bajo apercibimiento de resolver el contrato, manifestando no aceptar la disolución del contrato de mutuo acuerdo.
 7. Mediante Carta N° AD-0261-2011 de fecha 9 de junio de 2011, diligenciada notarialmente el 13 de junio de 2011, La Entidad comunicó al Contratista la resolución del Contrato/Orden de Compra N° RCO-11330164-OF.
 8. Mediante formulario de denuncia presentado el 13 de octubre de 2011, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado la supuesta infracción cometida por el Contratista, consistente en haber dado lugar a la resolución del Contrato/Orden de Compra N° RCO-11330164-OF; a fin de sustentar la aplicación de infracción al Contratista, remitió el Informe Técnico y el Informe Legal N° GOPC-AL-011-2011 manifestando lo siguiente:
 - i) La empresa Corporación ETV S.A.C., al participar en el proceso de selección, materia de análisis, conocía perfectamente las Bases y condiciones del mismo y supuestamente contaba con los materiales solicitados y sin impedimento alguno para satisfacer el requerimiento de La Entidad.
 - ii) El numeral 5.8 del Reglamento de Petroperú S.A. establece que los procesos que se rigen por el reglamento en mención están sujetos a

las normas del Sistema Nacional de Control, siendo OSCE quien supervisará los procesos de contrataciones que realizará Petroperú S.A. de conformidad con el literal j) del artículo 58 y siguientes de la ley de Contrataciones del Estado.

- iii) En ese sentido, comunican al OSCE la infracción cometida por el Contratista por incumplimiento de entrega del material contenido en la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF, materiales para reemplazo de Camlock, válvulas y accesorios de la línea de blancos, con la finalidad que de acuerdo a sus atribuciones aplique las sanciones que amerite.
9. Con decreto de fecha 18 de octubre de 2011, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se le requirió a La Entidad que cumpla, con subsanar su comunicación, debiendo remitir copia legible de la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28 de marzo de 2011, toda vez que de la revisión de la copia que adjuntan, el número de la Orden de Compra figura incompleto; documentación a ser remitida en el plazo de cinco (5) días hábiles.
 10. Con Carta N° GOPC-AD-0055-2012 de fecha 20 de enero de 2012, La Entidad remitió la información solicitada.
 11. Mediante decreto del 26 de enero de 2012, se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por supuesta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución de la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28/03/2011, por causal atribuible a su parte, derivado del proceso de selección Competencia Menor N° CME-0028-2011-OPC/PETROPERÚ - Primera Convocatoria (ítem N° 01), efectuado por PETRÓLEOS DEL PERÚ - PETROPERÚ S.A. - Operaciones Conchán, para la “Adquisición de Materiales para Reemplazo de Camlock, Válvula y Accesorios de la Línea de Blancos”. Conforme a ello, se otorgó al Contratista un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
 12. Mediante decreto del 6 de marzo de 2012, se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos al no haber cumplido la empresa Corporación ETV S.A.C., con presentar sus

descargos, por lo que se remitió el expediente a la Primera Sala para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad de la empresa Corporación ETV S.A.C., por haber dado lugar a la resolución del Contrato/Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28 de marzo de 2011, la cual fue materia de la Competencia Menor N° 028-2011/OPC/PETROPERÚ, para la “Adquisición de Materiales para Reemplazo de Camlock, Válvula y Accesorios de la Línea de Blancos”, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽⁴⁾, en adelante la Ley, norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados.
2. Como cuestión previa, debe señalarse que mediante Ley N° 28840⁽⁵⁾ se declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización de Petróleos del Perú S.A. - Petroperú S.A., estableciéndose que sus actividades deben desarrollarse en el marco de dicha Ley, su Ley Orgánica, el Decreto Legislativo N° 43 y su modificatoria, la Ley N° 26224, su Estatuto Social y supletoriamente por las disposiciones de la Ley General de Sociedades.
3. Asimismo, la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 refiere que las adquisiciones y contrataciones de Petroperú se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el OSCE; estableciéndose que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú serán definidas en su Reglamento y se registrarán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.
4. Al respecto, mediante Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE publicada el 11 de diciembre de 2009 en el diario oficial *El Peruano*, se aprobó el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú S.A., en adelante el Reglamento de Petroperú, el cual tiene como objetivo regular de manera integral y uniforme los procedimientos de contrataciones de bienes,

(4) Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.

(5) Publicada el 23 de julio de 2006.

servicios y obras necesarios para el cumplimiento del objeto social de Petroperú.

5. De igual modo, debe tenerse presente que el numeral 5.12 del citado Reglamento de Petroperú, dispone que es aplicable el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, en los aspectos referidos al Registro Nacional de Proveedores (RNP), Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones del Estado. Asimismo, dispone que Petroperú está obligado a comunicar al tribunal los hechos que den lugar a sanción de acuerdo a las causales previstas en el Decreto Legislativo N° 1017 y el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840.
6. En ese sentido, este Colegiado resulta competente para pronunciarse sobre la supuesta responsabilidad del Contratista, por la resolución de Contrato-Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28 de marzo de 2011, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la cual establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.
7. De acuerdo al análisis efectuado, corresponde inicialmente indicar que el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en concordancia con el numeral 1) del artículo 168 de su Reglamento, dispone que La Entidad podrá resolver el contrato, si es que el Contratista incumple injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerida para ello. En ese sentido, debe tenerse presente que, para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada en el numeral precedente, se requiere previamente acreditar que el contrato haya sido resuelto por causa atribuible al Contratista, y que La Entidad haya observado la formalidad del procedimiento de resolución de contrato prevista en el artículo 169 del Reglamento.
8. En concordancia con lo anteriormente señalado, el Reglamento de Petroperú mantiene la misma metodología para efectos de resolver el contrato, es así que el numeral 10.11 establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por el incumplimiento de la otra. En el caso de Petroperú, esta

podrá resolver el contrato cuando el Contratista incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese haber sido requerido para corregir tal situación⁽⁶⁾.

Asimismo, su numeral 10.13 señala que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato, y, dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, La Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a 15 días. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.

9. Como se aprecia, la regulación prevista por el Reglamento de Petroperú guarda coherencia con la prevista en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento. En efecto, en su artículo 169 prevé que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato y si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial.
10. En ese orden de ideas, corresponde determinar, de manera previa, si La Entidad ha seguido el debido procedimiento para la resolución del citado

(6) 10.11 Cualquiera de las partes puede resolver al contrato por el incumplimiento de la otra. Petroperú podrá resolver el contrato cuando el Contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para corregir tal situación; o
- b) Haya acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de prestación a su cargo; o
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación;

La resolución del contrato por incumplimiento del contratista se comunicará al OSCE para las acciones pertinentes.

El Contratista podrá resolver el contrato cuando Petroperú incumpla injustificadamente sus obligaciones esenciales, contempladas en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerida para corregir tal situación.

Asimismo, las partes, o cualquiera de ellas, podrán resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor. En los casos de los contratos de servicios no personales celebrados con personas naturales, además se podrá resolver por acuerdo de partes.

contrato, conforme a lo previsto en los artículos 168 y 169 del Reglamento, en tanto que para que este Tribunal emita su pronunciamiento en torno a la comisión de la referida infracción, debe, previamente, analizar si se ha cumplido formalmente el procedimiento correspondiente para la resolución del Contrato, que en el presente caso es la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF emitida el 28 de marzo de 2011.

11. Al respecto, de la documentación obrante en autos, se observa que La Entidad remitió al Contratista las siguiente cartas:
 - a) Carta N° GOPC-AD-0229-2011, notificada por conducto notarial el 30 de mayo de 2011, mediante la cual La Entidad le otorgó al contratista el plazo de cinco (5) días contados a partir de la recepción de la presente, para que cumplan su compromiso, bajo apercibimiento de resolver el contrato.
 - b) Carta N° GOPC-AD-0229-2011, notificada por conducto notarial el 13 de junio de 2011, por la cual La Entidad comunicó la resolución del Contrato-Orden de Compra N° RCO-11330164-OF de fecha 28 de marzo de 2011 en aplicación del numeral 10.11 del Reglamento de Contrataciones de Petroperú.
12. En ese sentido, al establecerse que la resolución de contrato se resolvió de acuerdo a la normativa en contratación pública, corresponde a este Colegiado determinar si dicha conducta resultó justificada o no, en tanto que solamente el incumplimiento que obedece a causas injustificadas atribuibles a los contratistas es sancionable administrativamente, en estricta observancia del Principio de Tipicidad previsto en el numeral 4) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, en cuya virtud solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o por analogía.
13. Al respecto, cabe anotar que existe una presunción legal que el incumplimiento de obligaciones o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, es atribuible a la parte que debió ejecutarlas, salvo que esta demuestre que el incumplimiento se produjo, a pesar de haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación o que la causa de ella fue

un caso fortuito o fuerza mayor⁽⁷⁾. No obstante lo señalado, es preciso tener en cuenta que el Contratista no ha formulado sus descargos, a pesar de haber sido debidamente notificado mediante Cédula N° 2037/2012.TC⁽⁸⁾, según el cargo que consta en autos.

14. Asimismo, de acuerdo a la información remitida por La Entidad, el Contratista les comunicó, en respuesta a la Carta N° GOPC-AD-L-ADQ-062-2011 de fecha 10 de mayo de 2011, que no cumplió con la entrega de los bienes dentro del plazo establecido debido a la imposibilidad por parte del fabricante de elaborarlos pese a que ya se había efectuado un adelanto, por lo que solicitó la disolución de mutuo acuerdo del citado contrato tramitado con la Orden de Compra N° RCO-11330164-OF.

En relación a lo señalado, debe señalarse que de acuerdo a la revisión del contenido de las Bases, así como de la propuesta técnica del Contratista, se aprecia que atendiendo sus posibilidades, este declaró como plazo de entrega de los bienes, 23 días calendario los que se contarían desde la notificación de la Orden de Compra, evidenciándose que el plazo máximo de entrega estaba previsto para el 2 de mayo de 2011. No obstante ello, el Contratista manifestó con Carta N° 2011-04/CETV de fecha 12 de mayo de 2011 que el fabricante definió el plazo de entrega dentro de cinco (5) semanas contados desde la recepción de los fondos, hecho que ocurrió el 30 de marzo de 2011; en tal sentido, dicho plazo superaba el ofertado en la propuesta técnica y a la fecha establecida en la orden de compra, es decir, 2 de mayo de 2011. Tales aspectos, en opinión de este Colegiado no se configuran como causales de caso fortuito o fuerza mayor.

15. En consecuencia, atendiendo que dentro del presente expediente no existe medio probatorio que justifique el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, este Tribunal considera que corresponde imponerle sanción administrativa por haber incurrido en la causal prevista en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de La Ley.

(7) La anotada presunción legal se sustenta en el artículo 1329 del Código Civil, el cual establece que “se presume que la inexecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor”, artículo aplicable al presente caso de conformidad con el artículo IX, del Título Preliminar del mismo cuerpo normativo: “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

(8) Documento que obra a fojas 073 del expediente administrativo sancionador.

16. En tal sentido, en el presente caso la sanción se aplicará de conformidad a lo señalado en el precitado artículo, el que establece que los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los literales a), b), c), d) e), f) h), i), j y k) serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año, ni mayor de tres (3) años.
17. Asimismo, la sanción que se impondrá deberá ser graduada dentro de los límites dispuestos en el artículo 245 del Reglamento, considerando los siguientes criterios: 1) Naturaleza de la infracción; 2) Intencionalidad del infractor; 3) Daño causado; 4) Reiterancia; 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada; 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo; 7) Condiciones del infractor y 8) Conducta procesal del infractor.
18. Al respecto, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 3) del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, modificado por Decreto Legislativo N° 1029 del 24 de junio de 2008, por medio del cual 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 o bien jurídico protegido; b) El perjuicio económico causado; c) La repetición 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.
19. Atendiendo a lo señalado anteriormente, en lo que concierne a la naturaleza de la infracción cometida por el Contratista, es necesario que este Tribunal preste atención al daño causado por el infractor, el cual reviste una considerable gravedad en la medida que desde el momento en que aquel asumió un compromiso contractual frente a La Entidad, se obligó a cumplir cabalmente con lo ofrecido, afectando el cumplimiento de las metas institucionales de La Entidad en agravio de intereses de carácter público.

20. Por otro lado, de la verificación en el registro de inhabilitados a cargo del Registro Nacional de Proveedores del OSCE, se ha evidenciado que la empresa CORPORACIÓN ETV S.A.C. no presenta antecedentes registrales de inhabilitación temporal.
21. Con relación a la conducta procesal, conviene precisar que durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, el Contratista no ha presentado los descargos correspondientes dentro del plazo concedido, situación que se mantiene hasta la fecha de emisión de la presente resolución.
22. En consecuencia, con base en los criterios antes indicados, este Colegiado considera que corresponde imponerle a la empresa CORPORACIÓN ETV S.A.C., la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado, por el periodo de doce (12) meses, de acuerdo a los argumentos expuestos.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa Corporación ETV S.A.C., la sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, conforme a los fundamentos expuestos.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley. Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de ley correspondiente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

011 **Compromiso contractual: las partes se obligan al cumplimiento de las prestaciones recíprocas que constan en él**

El contratista y La Entidad que firman el contrato, haciendo constar su conformidad con los términos del documento en mención, se obligan al cumplimiento de las prestaciones recíprocas que constan en él. En este sentido, la conducta realizada por El Contratista reviste una considerable gravedad en la medida que desde el momento en que asumió un compromiso contractual con La Entidad, se encontraba llamado a cumplir cabalmente con lo ofrecido.

Resolución N° 003-2012-TC-S1

Lima, 3 de enero de 2012

Visto en sesión del 2 de enero de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 539/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el señor Ulises Panes Beraún, por su presunta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución del contrato en el proceso de selección electrónico de Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2010-2010/AGRO RURAL-DZJUNIN, segunda convocatoria, bajo el sistema de precios unitarios, para la contratación del “Servicio de un Supervisor para el Proyecto Conservación de Praderas Naturales en Zonas Altoandinas de la Subcuenta del Río Shullcas Junín”; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 11 de agosto de 2010, el PROGRAMA DE DESARROLLO PRODUCTIVO AGRARIO RURAL-AGRO RURAL (AGRO RURAL), en adelante “la Entidad”, convocó el proceso de selección electrónico de Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2010-2010/AGRO RURAL-DZJUNIN, segunda convocatoria, bajo el sistema de precios unitarios, para la contratación del “Servicio de un Supervisor para el Proyecto Conservación de Praderas Naturales en Zonas Alto Andinas de la Subcuenta del Río Shullcas Junín”, por un valor referencial ascendente a S/. 18,000.00 (dieciocho mil con 00/100 nuevos soles), incluido los impuestos de Ley y cualquier otro

concepto que incida en el costo total del servicio; conforme a las siguientes consideraciones:

| Ítem | Cantidad | Detalle | Unidad de Medida | Costo unitario Referencial | Costo total referencial |
|------|----------|---|------------------|----------------------------|-------------------------|
| 1 | 06 | Contratación del servicio de un supervisor para el proyecto conservación de praderas naturales en zonas altoandinas de la subcuenta del río Shullcas Junín. | Mes | 3,000.00 | 18,000.00 |

- El 17 de agosto de 2010 tuvo lugar el acto de presentación de propuestas, contándose con la participación del señor Ulises Panéz Beraún, en lo sucesivo “el Contratista”, que presentó la siguiente propuesta económica:

| Cantidad | Detalle | Precio Unitario | Precio Total |
|----------|---|-----------------|--------------|
| 06 | Contratación del servicio de un supervisor para el proyecto conservación de praderas naturales en zonas altoandinas de la subcuenta del río Shullcas Junín. | 2,700.00 | 16,200.00 |

- El 17 de agosto de 2010, luego de realizarse la calificación y evaluación de propuestas, La Entidad adjudicó la buena pro al Contratista por el monto de S/. 16,200.00 (dieciséis mil doscientos con 00/100 nuevos soles).
- El 7 de setiembre de 2010, firmó el Contrato N° 019-2010, derivado del proceso de selección electrónico de Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2010- 2010/AGRO RURAL-DZJUNIN, segunda convocatoria.

Dentro de las cláusulas del contrato se estableció lo siguiente:

Tercera.- El monto total del servicio materia de contratación asciende a S/. 10,170.00 (diez mil ciento setenta con 00/100 nuevos soles), a todo costo incluido IGV. “Cabe precisar que el presente monto contractual ha sido modificado en relación al monto adjudicado, de acuerdo al informe presentado por el área usuaria, debido a que la Comunidad Andina de Naciones - CAN, quien financia la contrapartida, tiene retrasos en la adquisición de bienes que forman parte de la Ejecución programada en el Expediente Técnico para el presente año”.

Quinta.- El plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el 8 de setiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010.

5. Con fecha 15 de setiembre de 2010, La Entidad remitió la Carta Notarial N° 2331, debidamente diligenciada el 16 de setiembre del mismo año, donde requiere al Contratista para que en un plazo de cinco (5) días hábiles, satisfaga el cumplimiento de sus obligaciones; ello en mérito a que, desde la firma del contrato hasta la fecha de emisión de la carta no se habría apersonado a La Entidad para realizar las actividades que figuran en los términos de referencia.
6. Con fecha 27 de setiembre de 2010, La Entidad remitió la Carta Notarial N° 2367, debidamente diligenciada el 29 de setiembre del mismo año, mediante la cual pone en conocimiento del Contratista que habiendo vencido el plazo otorgado mediante la Carta Notarial N° 2331 y persistiendo el incumplimiento de sus obligaciones, se dio por resuelto el Contrato suscrito con fecha 7 de setiembre de 2010.
7. Con fecha 25 de abril de 2010, La Entidad presentó el formulario de Aplicación de Sanción, mediante el cual pone en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo “el Tribunal”, que el Contratista ha dado lugar a la resolución del contrato por causas atribuibles a su parte.
8. Por decreto de fecha 28 de abril de 2011, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por su supuesta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 019-2010 de fecha 7 de setiembre de 2010, derivado del proceso de selección electrónico de Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2010-2010/AGRO RURAL-DZJUNIN, segunda convocatoria, para la contratación del “Servicio de un Supervisor para el Proyecto Conservación de Praderas Naturales en Zonas Alto Andinas de la Subcuenta del río Shullecas Junín”. En el mismo decreto, se emplazó al Postor para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en el expediente.
9. Mediante Escrito de fecha 9 de noviembre de 2011, el Contratista presentó sus descargos, donde precisa lo siguiente:
 - i) Que al momento de la suscripción del Contrato N° 019-2010, del 7 de setiembre de 2010, fue sorprendido por La Entidad, puesto que,

el monto contemplado en el contrato fue de “S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 nuevos soles), a pesar de que se le había adjudicado la buena pro por S/. 16,200.00 (dieciséis mil doscientos con 00/100 nuevos soles)”. Lo cual generó desaliento y consternación en el Contratista.

- ii) Que, La Entidad había realizado la notificación de las Cartas Notariales de requerimiento y resolución contractual, al domicilio que el Contratista había consignado en la ciudad de Huancavelica, sin tener en cuenta y/o verificar sus datos personales en Reniec.
 - iii) Que tomó conocimiento de las mencionadas cartas, a través de los propietarios del inmueble, quienes le dieron a conocer el contenido de la Cartas dos (2) meses después.
 - iv) Que habiéndose resuelto el contrato ya no había motivo para dar respuesta a las Cartas Notariales cursadas por La Entidad, menos aún de apersonarse a la misma; “esto en el entender que (la Entidad) había aceptado su responsabilidad del incumplimiento de las Bases y del Contrato”.
 - v) Que el suscrito no incumplió con el contrato, sino fue La Entidad quien no cumplió al variar el monto de su propuesta técnica, por lo que, hace mal en solicitar que se le sancione cuando fue esta quien incumplió con los términos de referencia, siendo las causas de la resolución imputables a La Entidad.
10. Con decreto de fecha 16 de noviembre de 2011, se tuvo por apersonado al Postor a la instancia administrativa, y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resolviera.
11. Mediante decreto de fecha 30 de noviembre de 2011, se programó fecha y hora para llevar a cabo la Audiencia Pública en la cual La Entidad y el Contratista realizarían sus respectivos informes técnico y/o legal. La Audiencia Pública programada para el 14 de diciembre del año en curso, se declaró frustrada como consecuencia de la inasistencia de las partes.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente expediente ha sido remitido a la Primera Sala Tribunal de Contrataciones del Estado para que se pronuncie respecto a la supuesta

responsabilidad del Contratista, por haber dado lugar a la resolución del Contrato, de fecha 7 de setiembre de 2010, derivado del proceso de selección electrónico de Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2010-2010/ AGRO RURAL-DZJUNIN, segunda convocatoria, bajo el sistema de precios unitarios, para la contratación del “Servicio de un Supervisor para el Proyecto Conservación de Praderas Naturales en Zonas Alto Andinas de la Subcuenta del río Shullcas Junín”, tipificado en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo “la Ley”.

2. Para tales efectos, debe tenerse en cuenta que el Tribunal tiene a su cargo el conocimiento de los procesos de aplicación de sanción administrativa de suspensión o inhabilitación para contratar con el Estado, en los casos expresamente previstos en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos descritos.
3. Al respecto, el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General consagra el Principio de Tipicidad, conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica. Por su parte, el numeral 2 del mismo artículo hace referencia al Principio del Debido Procedimiento, conforme al cual las Entidades aplicarán sanciones sujetando su actuación al procedimiento establecido, respetando las garantías inherentes al debido procedimiento.
4. En ese orden de ideas, el artículo 168 del Reglamento señala al incumplimiento injustificado de obligaciones como causal de resolución contractual, siendo que, acorde con el artículo 169 del Reglamento, para tales efectos deberá requerirse al contratista –en forma previa– el cumplimiento, otorgándole un plazo no mayor a cinco (5) días, dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, La Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no superarán en ningún caso los quince (15) días, plazo que se otorgará necesariamente en el caso de obras, siendo que en caso de continuar el incumplimiento detectado podrá darse por resuelto el contrato mediante la remisión de la respectiva carta notarial. El cumplimiento de este procedimiento es condición sine qua non para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo.

5. Conforme a lo expuesto, debe asumirse que, para que exista una resolución válida del contrato, es imperativo que La Entidad observe el procedimiento descrito y cumpla con las formalidades previstas en la normativa.
6. En el caso materia de análisis, La Entidad ha denunciado que el Contratista ha incumplido con las obligaciones derivadas del Contrato de fecha 7 de setiembre de 2010, por el Servicio de Supervisión para el Proyecto Conservación de Praderas Naturales en Zonas Alto Andinas de la Subcuenta del río Shullcas Junín, motivo por el que resolvió el contrato; por lo que, corresponde determinar si La Entidad requirió al Contratista para que cumpla las obligaciones a su cargo siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento.
7. Conforme a los criterios adoptados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que se configure el supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, debe necesariamente acreditarse que el contrato ha sido resuelto por causal atribuible al propio contratista, de conformidad con el literal c) del artículo 40 de la Ley.
8. En relación a ello, de la revisión del expediente administrativo se puede apreciar que La Entidad remitió la Carta Notarial N° 2331, debidamente diligenciada el 16 de setiembre de 2010, mediante la cual requiere al Contratista para que en un plazo de cinco (5) días hábiles, satisfaga el cumplimiento de sus obligaciones; sin embargo, vencido el plazo otorgado y persistiendo el incumplimiento, La Entidad envió la Carta Notarial N° 2367, debidamente diligenciada el 29 de setiembre de 2010, mediante la cual La Entidad comunicó al Contratista la resolución del Contrato.

Asimismo, se aprecia de la documentación obrante en autos, que la dirección consignada en las Cartas Notariales descritas, corresponde a la misma que el Contratista declaró en el Anexo 1 de su Propuesta Técnica y en el Contrato de fecha 7 de setiembre de 2010.
9. De esta manera, conforme a las consideraciones expuestas, este Tribunal ha verificado que La Entidad ha cumplido con la formalidad establecida para resolver el contrato, según lo estipulado el artículo 169 del Reglamento.
10. Ahora bien, en el escrito de descargo presentado por el Contratista, precisa que fue sorprendido por La Entidad, puesto que, el monto contemplado en el contrato fue de “S/. 10,000.00 (diez mil con 00/100 nuevos soles), a

pesar de que se le había adjudicado la buena pro por S/. 16,200.00 (dieciséis mil doscientos con 00/100 nuevo soles)”. Sin perjuicio de ello, tanto el Contratista como La Entidad firmaron el contrato, haciendo constar su conformidad con los términos del documento en mención, obligándose ambos al cumplimiento de las prestaciones recíprocas que constan en él.

11. Por otra parte, si bien el Contratista ofertó S/. 16,200.00 (dieciséis mil doscientos con 00/100 nuevo soles) por un servicio que debía ser prestado durante seis (6) meses, a un precio unitario de S/. 2,700.00 (dos mil setecientos con 00/100 nuevos soles) por mes, el contrato firmado estipula en su cláusula quinta que “el plazo de ejecución de la prestación se extenderá desde el 8 de setiembre de 2010 hasta el 31 de diciembre de 2010”, por el cual se recibiría una contraprestación de S/. 10,170.00 (diez mil ciento setenta con 00/100 nuevos soles), a todo costo incluido IGV, que también da como resultado un monto unitario de S/. 2,700.00 (dos mil setecientos con 00/100 nuevos soles) mensual.

Es así que, correspondería realizar el siguiente cuadro comparativo:

| DOCUMENTO | MONTO TOTAL | TIEMPO DE EJECUCIÓN | MONTO UNITARIO |
|-----------|---------------|---------------------|----------------|
| Oferta | S/. 16,200.00 | 6 meses | S/. 2,700.00 |
| Contrato | S/. 10,170.00 | 3 meses con 23 días | S/. 2,700.00 |

12. Como es de verse, existió un incumplimiento por parte del Contratista respecto del Contrato N° 019-2010 del 7 de setiembre de 2010, el que fue firmado por este en señal de consentimiento y compromiso mutuo, respecto a las obligaciones recíprocas contenidas en el documento suscrito.
13. En relación a la sanción imponible, el numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establece que aquellos contratistas que den lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte serán inhabilitados temporalmente para contratar con el Estado por un periodo no menor de uno (1) ni mayor de tres (3) años, a cuyo efecto debe tomarse en cuenta los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento.
14. De esta manera, en lo que concierne a la naturaleza de la infracción, es importante señalar que la conducta realizada por el Contratista reviste una considerable gravedad en la medida que desde el momento en que asumió

un compromiso contractual con La Entidad, se encontraba llamado a cumplir cabalmente con lo ofrecido.

15. En lo que concierne al criterio de reiterancia, debe valorarse que el Contratista no cuenta con antecedentes de haber sido inhabilitado en anterior oportunidad por este Tribunal, lo cual apela a favor del Contratista al momento de determinar la sanción a imponerse.
16. Finalmente, resulta importante traer a colación el **Principio de Razonabilidad** consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
17. En consecuencia, con base en los criterios antes señalados, este Colegiado considera que corresponde aplicar al Contratista la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de doce (12) meses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de las Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a Ulises Panez Beraún con doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción prevista en el literal b) del numeral 51.1 del artículo

51 de la Ley; sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.

2. Poner la presente resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores para las anotaciones de ley correspondientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

012 **Acreditación del cumplimiento: El Contratista debe comprobar que cumplió con la entrega del bien**

La entidad no tiene que acreditar el incumplimiento incurrido, sino que es el deudor, en este caso El Contratista, quien debe comprobar que cumplió con la entrega del bien en los términos establecidos en las bases integradas del proceso de selección y en el respectivo contrato. En este sentido, se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.

Resolución N° 324-2012-TC-S2

Lima, 28 de marzo de 2012

Visto en sesión de fecha 28 de marzo de 2012, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1206-2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Sol Del Sur LD S.A.C., por su supuesta responsabilidad por la resolución del contrato de fecha 31 de julio de 2009, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 53-2009/ESSALUD-RAA y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 26 de mayo de 2009, el Seguro Social de Salud-EsSalud, en adelante La Entidad, convocó el proceso de selección de Adjudicación Directa Selectiva N° 53-2009/ESSALUD-RAA, para “la adquisición de víveres secos”, por un valor referencial de S/. 322,230.77 (trescientos veintidós mil doscientos treinta con 77/100 nuevos soles).
2. Con fecha 5 de junio de 2009, de acuerdo al calendario del proceso de selección, el Comité Especial otorgó la buena pro, del ítem N° 02 “arroz extra” a la empresa SOL DEL SUR LD S.A.C. quedando el citado proceso expedito para la suscripción del contrato correspondiente.
3. El 1 de julio de 2009, La Entidad y la empresa SOL DEL SUR LD S.A.C., en lo sucesivo El Contratista, suscribieron el contrato: “Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítems por subasta inversa electrónica

N° 0906S00531-2009-ESSALUD/RAA-ítem N° 02”, emitiéndose para el año 2009 las siguientes órdenes de compra: N°s 4501183038, 4501183044, 4501191662, 4501191658, 45011919637 y 4501191603, siendo atendidas únicamente las tres (3) primeras.

4. Mediante Carta N° 422-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009 el área usuaria de La Entidad informó que el arroz entregado por El Contratista tenía problemas de calidad presentando poco rendimiento y mala cocción, por lo que con Carta N° 361-UADQ-OA-OADM-G-RAA-ESSALUD-09 de fecha 14 de octubre de 2009, se le requirió para que en un plazo no mayor a 48 horas proceda a efectuar el respectivo cambio.
5. A través de la Carta Notarial N° 1114-OA-OADM-RAA-ESSALUD-09 de fecha 28 de octubre de 2009 debidamente recepcionada el día 29 del mismo mes y año, la Entidad le requirió al Contratista para que en un plazo de 72 horas proceda a realizar el cambio del arroz extra materia de la Orden de Compra N° 4501183038, debido al incumplimiento de las condiciones de calidad ofertadas, ya que el área usuaria informó que el arroz era de pésimo rendimiento, y tenía una mala calidad en la cocción.
6. Debido a que el nuevo arroz entregado por el Contratista no levantó las observaciones formuladas con anterioridad, mediante Cartas N° 422-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009, N° 430-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009, N° 442-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009, N° 462-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009 y N° 465-SERV.NUT.GADYT.RAA.ESSALUD.2009 el área usuaria de la Entidad volvió a solicitar el cambio del bien internado.
7. Con Informe N° 069-SERV.NUTR-GADYT-HNGAI-ESSALUD-09 de fecha 9 de noviembre de 2009 el área usuaria de la Entidad informó que el día jueves 5 de dicho mes, con participación de un representante del Contratista, de la Jefa de la Unidad de Adquisición, y de otros funcionarios de la Entidad, realizaron la cocción de la tercera muestra de arroz entregada por el Contratista obteniéndose como resultado una mala cocción del producto (mazacotudo y crudo) no teniendo buen rendimiento, elevándose en dicha diligencia el acta correspondiente.
8. Mediante Carta Notarial N° 22-OA-OADM-RAA-ESSALUD-2010, de fecha 21 de setiembre de 2010, debidamente recepcionada el día 25 del mismo mes y año, la Entidad le comunicó al Contratista la resolución del

contrato suscrito con fecha 1 de julio de 2009, debido al incumplimiento por parte de este de la subsanación de las observaciones efectuadas.

9. Mediante escrito ingresado ante la mesa de partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, el 6 de setiembre de 2011, la Entidad comunicó la resolución del contrato: “Adjudicación Directa Selectiva según relación de ítem por subasta inversa electrónica N° 0906S00531-2009-ESSALUD/RAA-ítem N° 02”, por causal atribuible al Contratista.
10. Mediante decreto del 9 de setiembre de 2011, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra la empresa SOL DEL SUR LD S.A.C., por su supuesta responsabilidad en la resolución del Contrato de fecha 7 de julio de 2009 derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 53-2009/ESSALUD-RAA, por causal atribuible a su parte; infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017. Asimismo, se le otorgó el plazo de diez (10) días para que presente los descargos respectivos, bajo apercibimiento de resolver el expediente administrativo con la documentación obrante en autos.
11. Con escrito ingresado a través de la Mesa de Partes del Tribunal el 28 de noviembre de 2011, debidamente subsanado el día 30 de dicho mes y año, el Contratista, cumplió con presentar sus descargos, en los que indicó, entre otras cosas, lo siguiente:
 - i) Que, se puede apreciar que solo en la sede Grau de La Entidad tienen problemas de poco rendimiento y mala cocción con el arroz entregado, mientras que en las otras sedes como Hngai, Vitarte, Castilla, Díaz Ufano, San Isidro Labrador, Voto Bernales y Pizarro nunca manifestaron disconformidad con el producto internado.
 - ii) Que, su producto cuenta con el correspondiente certificado de calidad de acuerdo a lo establecido en la Ficha Técnica aprobada por OSCE, para el arroz extra 5%.
 - iii) Que, si La Entidad identificó malas condiciones en el producto entregado debió tomar una muestra al azar, remitirlo a un laboratorio certificado por Indecopi, y esperar a que este sea quien señale que el producto no era aceptable.

- iv) Que, La Entidad les solicitó retirar, de sus almacenes, el arroz entregado, sin embargo cuando fueron a recogerlo se les devolvió otra marca de arroz, evidenciándose con eso que La Entidad consumió todo lo entregado por ellos, siendo cuestionable que fuera de mala calidad ya que si hubiese sido así, lo hubieran separado y no lo hubieran consumido.
 - v) Que, la verdadera razón del comportamiento de La Entidad es que quería resolver el contrato y adquirir directamente el producto.
12. Mediante decreto de fecha 5 de diciembre de 2011, se tuvo por apersonada a la empresa SOL DEL SUR LD S.A.C., por presentados sus descargos y se remitió el presente expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que emita la resolución correspondiente.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la supuesta responsabilidad de la empresa Sol del Sur LD S.A.C. por la resolución del Contrato de fecha 31 de julio de 2009, derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 53-2009/ESSALUD-RAA, por causal atribuible a su parte, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante La Ley, norma vigente al momento de producirse los hechos imputados⁽⁹⁾.
2. Debemos iniciar el presente análisis indicando que, conforme a los criterios adoptados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que se configure el supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, **debe necesariamente acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de servicios ha sido resuelto por causal atribuible al propio contratista**, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley y siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en lo sucesivo el Reglamento. Por tanto,

(9) Tal como se ha señalado en los antecedentes, La Entidad le comunicó al Contratista la Resolución parcial del contrato mediante Carta Notarial de fecha 25 de setiembre de 2010, momento en el que ya se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobados mediante Decreto Legislativo N° 1017 y Decreto Supremo N° 184-2008-EF, respectivamente.

resulta imprescindible verificar preliminarmente si La Entidad observó el procedimiento de resolución del vínculo contractual.

3. Al respecto, el literal c) del artículo 40⁽¹⁰⁾ de la Ley, dispone que en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, preliminarmente observada por La Entidad y que no haya sido subsanada, esta última podrá resolver en forma total o parcial el contrato, mediante el envío por vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.
4. Ahora bien, el Procedimiento de Resolución Contractual, cuya observancia es condición necesaria para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo, se encuentra previsto en el artículo 169 del Reglamento⁽¹¹⁾, según el cual en caso de incumplimiento contractual de una de las partes, la que resulte perjudicada con tal hecho requerirá a la primera notarialmente para que en un plazo no mayor de cinco días, satisfaga sus obligaciones bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto, la complejidad y/o de la contratación, La Entidad podrá establecer plazos mayores, los cuales no podrán superar en ningún caso los quince días. De continuar el incumplimiento contractual, el artículo antes mencionado precisa que la parte perjudicada comunicará a la otra notarialmente la resolución total o parcial del contrato.

(10) **“Artículo 40.-**

(...)

c) Resolución de contrato por Incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica (...).”

(11) **“Artículo 169.- Procedimiento de resolución de contrato.-**

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, La Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no puede ser revertida. En este caso bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

(...).”

5. Del análisis de la documentación obrante en autos, se advierte que, a través de la Carta Notarial N° 1114-OA-OADM-RAA-ESSALUD-09⁽¹²⁾ de fecha 28 de octubre de 2009 debidamente recepcionada el día 29 del mismo mes y año, La Entidad le requirió al Contratista para que en un plazo de 72 horas proceda a realizar el cambio del arroz extra materia de la Orden de Compra N° 4501183038, debido al incumplimiento de las condiciones de calidad ofertadas, ya que el área usuaria informó que el arroz era de pésimo rendimiento, y tenía una mala calidad en la cocción.
6. Al persistir el incumplimiento por parte del Contratista, mediante Carta Notarial N° 22-OA-OADM-RAA-ESSALUD-2010, de fecha 21 de setiembre de 2010, debidamente recepcionada el día 25 del mismo mes y año, La Entidad le comunicó al Contratista la resolución del contrato suscrito el 31 de julio de 2009 debido al incumplimiento por parte de este de la subsanación de las observaciones efectuadas.
7. De esta manera, se ha demostrado que La Entidad requirió válidamente al Contratista para que cumpla sus obligaciones, y es ante la persistencia de dicho incumplimiento que, resolvió parcialmente, de pleno derecho, el contrato correspondiente, de acuerdo con el procedimiento previsto en el artículo 169 del Reglamento, sin que este –según lo informado por La Entidad– la haya cuestionado utilizando los mecanismos de solución de controversias previstos en la citada norma.
8. En este punto, cabe precisar que, de acuerdo a lo establecido por la norma aplicable, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, siendo que la parte que se tiene por afectada, tiene el derecho de solicitar su inicio⁽¹³⁾. Entonces, considerando que el Contratista no solicitó discutir la resolución del contrato dentro de los plazos establecidos en la norma conforme a su derecho, debe entenderse que consintió la misma, no

(12) Documento obrante a fojas 071 del expediente administrativo.

(13) **Artículo 170.- Efectos de la Resolución.-**

(...)

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

siendo obligación de La Entidad recurrir a tales mecanismos como condición para proceder a la resolución del vínculo contractual.

9. Siendo de este modo, corresponde determinar si el Contratista es responsable de la resolución parcial del Contrato suscrito con fecha 31 de julio de 2009 por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales, ya que en el supuesto de haberlas cumplido o no haberlo hecho por razones de caso fortuito o fuerza mayor, nos encontraríamos ante una causa justificante eximiente de responsabilidad administrativa.
10. Sobre el particular, es necesario indicar que en los casos de incumplimiento de obligaciones, existe la presunción legal establecida en el artículo 1329 del Código Civil⁽¹⁴⁾, según el cual se entiende que el incumplimiento es producto de la falta de diligencia del deudor. Esto genera en la persona del deudor el deber de demostrar lo contrario y acreditar que, pese a haber actuado con la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la prestación, le resultó imposible cumplirla.
11. En virtud de dicha presunción legal, la cual impone al Contratista la carga de demostrar que el incumplimiento contractual no le es imputable, se advierte que este ha presentado sus descargos, en los que ha manifestado que, la verdadera razón por la cual La Entidad le resolvió el contrato es porque quería contratar directamente el producto, no siendo lógico que de las 8 sedes abastecidas con el mismo arroz solo una de ellas manifieste su disconformidad, sobre todo cuando La Entidad no procedió a enviar una muestra del arroz para que sea un centro autorizado por Indecopi quien determinara si existía algún defecto con el producto entregado.
12. Al respecto debemos señalar que, en la medida que el deudor es el responsable de acreditar el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, si consideraba que la observación efectuada por La Entidad no era procedente, debió, en un actuar diligente, llevar una muestra del bien entregado a una empresa certificadora para que esta, con la autoridad correspondiente, determine el cumplimiento de las condiciones establecidas en el compromiso asumido con la suscripción del contrato correspondiente.

(14) **Artículo 1329.-** Se presume que la inejecución de la obligación o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso obedece a culpa leve del deudor.

Es decir La Entidad no tiene que acreditar el incumplimiento incurrido, sino que es el deudor, en este caso el Contratista, quien debe comprobar que cumplió con la entrega del bien en los términos establecidos en las Bases Integradas del proceso de selección y en el respectivo contrato.

13. De esta manera a fin de contradecir la observación efectuada por La Entidad, la sucesiva resolución del contrato o presentar en esta instancia una prueba eximente de su responsabilidad debió de realizar las actuaciones conducentes a obtener un pronunciamiento técnico respecto de las buenas condiciones en las que se encontraba el arroz entregado a La Entidad, actuación que, al parecer no ha sido realizada, ya que no se ha presentado, para el presente procedimiento, ningún elemento que acredite objetiva y fehacientemente que el bien entregado por ellos, cumplía con los requerimientos exigidos.

Más aún si, en el presente caso, el Contratista dejó consentir la resolución del contrato suscrito con fecha 1 de julio de 2009, y no recurrió a ninguno de los mecanismo previstos en la norma para cuestionar la resolución decretada.

14. Así también, debemos señalar que, obra en el presente expediente acta de fecha 5 de noviembre de 2009 a través del cual se dejó constancia del defecto encontrado por La Entidad en el arroz entregado por el Contratista, en el que expresamente se señala lo siguiente:

“Acta: Cocción del arroz

Muestra de arroz de la empresa ‘SOL DEL SUR LD S.A.C.’”

Se inicia la reunión con los sptes representantes.

Jefa de la Unidad de Adquisiciones Lic. Pilar Revoredo Rego.

Jefa de la Unidad de Programación Lic. Erica Mori.

Jefe del Servicio de Nutrición Lic. Esther García.

Supervisora de la Unidad de Prevención Lic. Carmen Chávez L.

Representante de la empresa ‘SOL DEL SUR LD S.A.C.’ Sr. José Sinche Baldeón.

Hora 9:35 a.m.

El representante de la empresa da las indicaciones para iniciar la cocción de la muestra.

Tipo de muestra: F.P. julio 09

F.V. julio 10

Se ejecutan las siguientes indicaciones:

Cantidad de agua 1x1

Es decir 90 kilos de arroz por 90 litros de agua

Aceite de 4 litros

Sal 2 kgs

Se agrega a la marmita el arroz a las 9.43 a.m.

Se espera su cocción en 40 minutos.

Son las 10.35 a.m., el arroz está crudo.

Se agrega 10 Lts. de agua para mejorar la cocción y se da 20 minutos para su cocción. **Sigue crudo.**

Se solicita el cambio de arroz.

Firmado por Jefe de la Unidad de Adquisiciones, la Supervisora de la Unidad Hospitalaria de La Entidad y el señor José Sinche Baldeón” (el resaltado es nuestro).

15. De esta manera podemos evidenciar que efectivamente existía un defecto en el bien entregado por el Contratista, falla conocida por este ya que la referida acta fue suscrita por su representante conjuntamente con los correspondientes funcionarios de La Entidad.
16. Sobre el particular, es necesario tener en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 49⁽¹⁵⁾ de La Ley, los contratistas están obligados

(15) “Artículo 49.- Cumplimiento de lo pactado

Los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato, así como a lo dispuesto en los incisos 2) y 3) del artículo 1774 del Código Civil”.

a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente en el curso del proceso de selección o en la formalización del contrato. En esta misma línea, el artículo 201⁽¹⁶⁾ del Reglamento prevé que el contrato es obligatorio para las partes que lo suscriben.

17. Es así que, el Contratista no ha demostrado que el bien entregado por este cumplía con las condiciones requeridas por La Entidad, máxime si obra en el presente expediente un documento que demuestra lo contrario y si respecto al incumplimiento de obligaciones, existe la presunción legal por la que se asume que esta es producto de la falta de diligencia del postor deudor, lo cual implica que es su deber demostrar lo contrario.
18. Conforme a lo antes expuesto, y en la medida en que se ha demostrado que La Entidad cumplió el procedimiento de resolución contractual, que el Contratista no ha presentado argumentos que permitan demostrar su cumplimiento y que adicionalmente no ha cuestionado la resolución del contrato en la vía correspondiente, se colige entonces que el Contratista ha incurrido en la causal de aplicación de sanción por dar lugar a la resolución al Contrato de fecha 1 de julio de 2009 derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 53-2009/ESSALUD-RAA, para el ítem N° 02, por lo que existe mérito para imponerle la correspondiente sanción administrativa.
19. Ahora bien, en relación a la graduación de la sanción imponible, el artículo 51 de la Ley establece que aquellos contratistas que den lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte serán inhabilitados temporalmente para contratar con el Estado por un **periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años**, conforme a los criterios para la

(16) **Artículo 201.- Contenido del Contrato**

El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.

El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En todo caso son de aplicación supletoria las normas del Código Civil.

determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento⁽¹⁷⁾.

20. De esta manera, en lo que atañe al daño causado, es importante tomar en cuenta que el incumplimiento de la prestación contenida en el contrato de fecha 1 de julio de 2009, por parte del Contratista, generó un daño a La Entidad, en perjuicio de sus intereses, causando el retraso en el cumplimiento de sus objetivos, los cuales habían sido programados y presupuestados con anticipación.
21. Asimismo, es importante indicar que el Contratista cuenta con antecedentes en la comisión de infracciones previstas en la Ley, lo cual será tomado en consideración por esta Sala como criterio agravante de la sanción a imponerse.
22. Por otro lado, en lo referido a la conducta procedimental del Contratista, hay que mencionar que se apersonó a esta instancia y presentó sus descargos en el plazo correspondiente, ayudando al normal desarrollo del presente procedimiento administrativo.
23. Finalmente, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(17) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, se considerarán los siguientes criterios:

1. Naturaleza de la infracción.
2. Intencionalidad del infractor.
3. Daño causado.
4. Reiterancia.
5. El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
6. Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
7. Condiciones del infractor.
8. Conducta procesal del infractor.

24. En consecuencia, no existiendo mayores circunstancias que permitan atenuar la responsabilidad de el Contratista en la comisión de la infracción, corresponde imponerle la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de catorce (14) meses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Patricia Seminario Zavala y la intervención de los señores vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dr. Carlos Fonseca Oliveira, y atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011/OSCE-PRE de fecha 21 de setiembre de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa SOL DEL SUR LD S.A.C., la sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de **atorce (14) meses** en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Seminario Zavala.

Basulto Liewald

Fonseca Oliveira

013 **Formalidad de la resolución: La Entidad debe resolver el contrato conforme al procedimiento establecido en la normativa**

Para que la infracción imputada se configure, es menester que La Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si La Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo La Entidad exclusiva responsabilidad.

Resolución N° 403-2013-TC-S2

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión de fecha 28 de febrero de 2013 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 583/2012.TC, sobre el procedimiento de aplicación de sanción iniciado contra la empresa MIKICONT S.R.L., por su supuesta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución de contrato, orden de compra o de servicio por causal atribuible a su parte derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2011/RED DE SALUD JAUJA, efectuado por el Gobierno Regional de Junín, para el “Servicio de Mantenimiento y Reparaciones de Tanques de Agua (diversos pabellones) del Hospital Domingo Olavegoya”; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 15 de noviembre de 2011, el Gobierno Regional de Junín, en adelante La Entidad, convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2011/RED DE SALUD JAUJA, para el “Servicio de Mantenimiento y Reparaciones de Tanques de Agua (diversos pabellones) del Hospital Domingo Olavegoya”, por un valor referencial ascendente a S/. 28,402.75 (veintiocho mil cuatrocientos dos con 75/100 nuevos soles).
2. El 16 de noviembre de 2011, se realizó el acto de presentación de propuestas técnicas y el 18 del mismo mes y año la calificación y evaluación de las

mismas, así como el otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa Mikicont S.R.L., en adelante la Contratista.

3. El 28 de noviembre de 2011, La Entidad suscribió el Contrato N° 0473-2011-RSJ-UL, para el mantenimiento y reparación de tanques de agua de los diversos pabellones del Hospital Domingo Olavegoya.
4. Con Carta Notarial N° 352-12 de fecha 11 de febrero de 2012, notificada el 14 del mismo mes y año, La Entidad comunicó la resolución del contrato de servicios por haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora.
5. Mediante Formulario de Aplicación de Sanción, presentado ante la Oficina Zonal de Huancayo e ingresado a la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, el 13 de abril de 2012, La Entidad comunicó, los hechos antes expuestos. Asimismo, remitió el Informe N° 129-2012-OAJ-RSJ de fecha 23 de febrero de 2012 en el cual señala, entre otros puntos, que la resolución de contrato no ha sido sometida a procedimiento de arbitraje ni conciliación.
6. Con decreto de fecha 18 de abril de 2012 se inicio el procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, solicitándole que en el plazo de diez (10) días calendarios presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
7. No habiendo cumplido el Contratista con presentar sus descargos, mediante decreto de fecha 26 de octubre de 2012 se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
8. Mediante decreto de fecha 9 de noviembre de 2012 se dejó sin efecto el decreto indicado en el numeral precedente remitiéndose de la Primera Sala a la Segunda Sala el expediente.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente caso está referido a la imputación formulada por La Entidad contra la empresa Mikicont S.R.L., por su supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 0473-2011-RSJ-UL, por haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora, derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2011/RED DE SALUD JAUJA, infracción tipificada en el literal b) del artículo 51.1) del artículo 51 de

la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley.

Naturaleza de la infracción

2. Conforme a los criterios adoptados por este Tribunal en anteriores oportunidades, para que se configure el supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, **debe necesariamente acreditarse que el contrato (perfeccionado ya sea a través de documento contractual u orden de compra o de servicio) fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al propio contratista**, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en concordancia con el artículo 168 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en lo sucesivo el Reglamento, y atendiendo al procedimiento regulado en el artículo 169 del citado cuerpo normativo.

Al respecto, el literal c) del artículo 40 de la Ley, dispone que en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato, en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica.

3. El artículo 168 del Reglamento contempla como causales de resolución de contrato, el incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarios, pese a haber sido requerido el Contratista para ello, o cuando ha llegado a acumular el monto máximo de penalidad por mora o el monto máximo de otras penalidades establecidas en las Bases, y/o cuando paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación.
4. Asimismo, el artículo 169 del Reglamento prescribe que si alguna de las partes faltara al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial. Seguidamente, el citado artículo establece expresamente que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la

resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, casos en los cuales bastará comunicar al contratista, mediante carta notarial, la decisión de resolver el contrato.

5. De la lectura de las disposiciones reseñadas y conforme a los criterios utilizados por este Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure, es menester que La Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si La Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo La Entidad exclusiva responsabilidad.
6. En el caso de autos, se aprecia que La Entidad remitió al Contratista la Carta N° 352-2012 de fecha 11 de febrero de 2012, notificada el 14 del mismo mes y año, a través de la cual le comunicó que acumuló el monto máximo de penalidad por mora; motivo por el cual, procedía a resolver el Contrato N° 0473-2011-RSJ-UL.
7. En razón a lo expuesto, se observa que La Entidad ha resuelto de pleno derecho el contrato de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 169 del Reglamento.

Sobre el consentimiento de la resolución contractual

8. Cabe señalar que, mediante Acuerdo N° 006/2012 del 20 de setiembre de 2012, la Sala Plena del Tribunal acordó que en el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de La Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esta decisión haya quedado consentida por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia, conforme lo previsto en la Ley y su Reglamento.
9. A través del Informe N° 0129-2012-OAJ-RSJ de 23 de febrero de 2012 La Entidad informó que la controversia no ha sido sometida a procedimiento arbitral o conciliación, por lo que debe considerarse que la misma ha quedado consentida.

10. En consecuencia, este Colegiado considera que corresponde sancionar a la empresa MIKICONT S.R.L., por haber incurrido en la infracción prevista en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

Graduación de la sanción imponible

11. El numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establece que los contratistas que incurran en la causal establecida en el literal b) del numeral 51.1, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado, por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.

A efectos de graduar la sanción a imponerse, deben aplicarse los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento.

12. Bajo esta premisa, debe considerarse la naturaleza de la infracción que reviste considerable gravedad en la medida que, desde el momento en que un Contratista asume un compromiso contractual frente a La Entidad, queda obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido.
13. En cuanto al daño causado, debe tenerse en cuenta que la resolución del contrato –cuya cuantía asciende a S/. 28,402.75 (veintiocho mil cuatrocientos dos con 75/100 nuevos soles)– implica no solamente dilación de tiempo y recursos, sino un impedimento para que La Entidad cumpla con sus fines de manera oportuna, en el presente caso se requería el “servicio de mantenimiento y reparaciones de tanques de agua (diversos pabellones) del Hospital Domingo Olavegoya”.
14. De igual forma, en cuanto a la conducta procesal del infractor, es necesario tener presente que el Contratista no se apersonó a la instancia ni expuso sus descargos.
15. Por otro lado, se aprecia que el Contratista no ha sido inhabilitado para participar en procesos de selección ni para contratar con el Estado anteriormente.
16. Resulta importante considerar el **Principio de Razonabilidad** consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

17. Por último, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, tuvo lugar el 14 de febrero de 2012, fecha en la que se resolvió el vínculo contractual.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Juan Vargas de Zelay la intervención de las Vocales Mariela Nereida Sifuentes Huamán y Ana Teresa Revilla Vergara, y atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012, y estando a lo establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 008/2012.TC expedido el 8 de noviembre de 2012, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 15 de noviembre de 2012, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. **SANCIONAR** a la empresa **MIKICONT S.R.L.** por el periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE del 3/10/2012.

ss.

Sifuentes Huamán.

Revilla Vergara.

Vargas de Zela

014 Medios alternativos: Resolución del contrato puede someterse a conciliación o arbitraje

Constituye una facultad del Contratista solicitar a La Entidad someter la resolución del contrato, sea a conciliación, ante un centro de conciliación público acreditado por el Ministerio de Justicia, y/o arbitraje, ante una institución arbitral o arbitraje ad hoc; siendo el caso que lo solicite, estar en la obligación de comunicarlo en la presentación de sus descargos, constituyéndose en un medio de defensa a su favor en el procedimiento administrativo sancionador, a efectos que sea suspendido por parte de este Tribunal.

Resolución N° 404-2013-TC-S1

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión del 28 de febrero de 2013, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 107/2012.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa A. CH. MÉDICA E.I.R.L., por su supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del contrato, derivado del ítem N° 3 de la Licitación Pública N° 004-2011-HNDM por relación de ítems, para la “Adquisición de mobiliario por reposición - Camas hospitalarias”, convocado por el Hospital Nacional Dos de Mayo; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 18 de marzo de 2011 el Hospital Nacional Dos de Mayo, en adelante La Entidad, convocó la Licitación Pública N° 004-2011-HNDM por relación de ítems, para la “Adquisición de mobiliario por reposición - Camas hospitalarias”, por un valor referencial ascendente a S/. 2 405 464.34 (dos millones cuatrocientos cinco mil cuatrocientos sesenta y cuatro y 34/100 nuevos soles).

Dentro de los ítems materia de convocatoria se encuentra el siguiente:

| Ítem | Descripción | Cantidad | Precio Unitario | Valor Referencial |
|------|--|----------|-----------------|-------------------|
| 3 | Velador Metálico con tablero de acero inoxidable | 519 | S/. 686.13 | S/. 356,101.47 |

El 20 de junio de 2011 presentaron sus respectivas propuestas para el ítem N° 3, los siguientes postores: a) Comercializadora JHS S.A.C., b) Consorcio Facom Industrias S.A.C & Famutop Internacional E.I.R.L., c) Itálica Service S.A.C., d) Mobilia Industrial S.A.C., e) Consorcio Importaciones & Exportaciones Médicas S.A.C. y Biomédica Tecnología & Servicios S.A.C., f) A. Ch. Médica E.I.R.L., g) Consorcio Joel Metal E.I.R.L. y KeslyDetails S.A.C., h) Representaciones Jenimed E.I.R.L., e i) Muebles Metálicos San Cristóbal S.A.C.

El 27 de junio de 2011 se llevó a cabo el Otorgamiento de la buena pro a favor de la empresa A. Ch. Médica E.I.R.L., en adelante el Contratista.

El 25 de julio de 2011, La Entidad y el Contratista suscribieron el Contrato N° 447-2011-HNDM.

2. Mediante Oficio N° 018-2010-OEA-HNDM, presentado el 19 de enero de 2012, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, que el Contratista no había cumplido cabalmente con sus obligaciones contractuales al haber presentado bienes que no cumplen manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas y determinadas en las Bases Integradas, situación que determinó la resolución del Contrato N° 447-2011-HNDM. Así también, informó que el Contratista dejó transcurrir el plazo de ley para someter a conciliación o arbitraje, alguna controversia relacionada a la resolución del contrato.
3. A fin de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, el 24 de enero de 2012, el Tribunal solicitó a La Entidad que, cumpla en el plazo de diez (10) días hábiles, con lo siguiente: i) Remitir una copia legible de las cartas notariales cursadas al Contratista, por medio de las cuales le requirió el cumplimiento de sus obligaciones y le comunicó la resolución del Contrato N° 447-2011-HNDM, las cuales deben haber sido recibidas por el Contratista y/o con la respectiva diligencia notarial; ii) Indicar si la controversia ha sido sometida a procedimiento arbitral y remitir el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, de ser el caso.

4. Con fecha 27 de junio de 2012, el Tribunal le reiteró a La Entidad su pedido de remitir la información solicitada el 24 de enero de 2012, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente.
5. Mediante decreto, de fecha 12 de julio de 2012, se remitió el expediente a la Tercera Sala a fin que se evalúe la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador en contra del Contratista.
6. Mediante Oficio N° 3051-2012-DG-HNDM, presentado el 12 de julio de 2012, La Entidad remitió el Informe N° 372-2012-OL-HNDM, y las Cartas Notariales dirigidas al Contratista.
7. Visto el Acuerdo N° 369/2012.TC-S3, expedido por la Tercera Sala, el 26 de julio de 2012, y con decreto del 1 de agosto de 2012, el Tribunal dispuso el inicio de procedimiento administrativo sancionador en contra del Contratista, por su supuesta responsabilidad en haber dado lugar a la resolución del contrato N° 447-2011-HNDM, derivado del ítem N° 3 de la Licitación Pública N° 004-2011-HNDM, por causal atribuible a su parte. Asimismo, se le otorgó al Contratista el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente.
8. El 22 de agosto de 2012, el Contratista presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:
 - i) El 23 de agosto de 2011, se les hizo entrega de la Orden de Compra N° 2744, sin registro SIAF, es decir, no estaba comprometida en el sistema del MEF. El mismo día, con Guía de Remisión N° 001-3837, se hizo la primera entrega de 186 unidades de mesas de noche, por lo que el Comité se reunió para hacer la verificación y recepción de los mismos, levantándose un acta y haciendo algunas observaciones.
 - ii) Con fecha 31 de agosto de 2011, se solicitó a La Entidad el recojo de las mesas de noche para levantar las observaciones, demorándose más de un mes en dar autorización para recogerlas. El 26 de setiembre de 2011, se solicitó nueva fecha para la verificación de un nuevo lote de mesas de noche, sin embargo, con Carta Notarial N° 251-2011-OL-HNDM del 4 de octubre de 2011, La Entidad le

- comunicó que hasta la fecha no habían sido levantadas las observaciones efectuadas.
- iii) El 6 de octubre de 2011, se ingresó la Carta N° 001-3838 con 175 unidades de mesa de noche y, el 7 de octubre de 2011, se ingresó al Hospital la Guía de Remisión N° 3239 con 158 unidades de mesa de noche, dándose respuesta a la carta notarial antes mencionada.
 - iv) El 11 de noviembre de 2011 recibieron la Carta Notarial N° 083-2011-OEA-HNDM, comunicándoles la resolución del contrato, pese a las continuas conversaciones que tuvieron con personal del área de Logística de La Entidad.
 - v) El 5 de diciembre de 2011 se remitió una carta al Director Ejecutivo de Administración indicando que se habían levantado las observaciones y, solicitando las razones por las cuales, hasta la fecha no se había emitido el acta final de recepción y la negativa de facilitarles la documentación requerida para tomar conocimiento de la desconformidad por parte de La Entidad.
 - vi) Debido a que adjuntos a la notificación efectuada por el Tribunal, venían los diversos informes solicitados en varias oportunidades a La Entidad, recién pudo tomarse conocimiento de la observación efectuada por el Comité de Recepción, la cual pudo subsanarse en su momento, si es que se le hubiese facilitado la información correspondiente.
9. En la misma fecha, con Oficio N° 3418-2012-DG-HNDM, La Entidad remitió la carta notarial de resolución de contrato.
 10. Mediante decreto del 27 de agosto de 2012, se tuvo por apersonado al procedimiento administrativo sancionador al Contratista y se remitió el expediente a la Tercera Sala para su pronunciamiento.
 11. El 5 de setiembre de 2012, el Contratista presentó nuevamente sus descargos.
 12. Atendiendo a que mediante Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE de fecha 30 de octubre de 2012, publicada el 8 de noviembre de 2012, se dispuso la reconfiguración de las Salas del Tribunal, con decreto del 9 de noviembre de 2012, se dejó sin efecto el decreto de remisión a la Sala precedente y se

remitió de la Tercera Sala a la Primera Sala el presente expediente para el pronunciamiento correspondiente.

13. Con decreto del 17 de enero de 2013, se programó Audiencia Pública, la que se declaró frustrada por inasistencia de las partes.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado para determinar si el Contratista ha incurrido en responsabilidad por haber dado lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos.

Análisis del procedimiento formal de resolución contractual

2. La infracción materia de análisis establece para su configuración, que el contrato, orden de compra u orden de servicios, fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al propio contratista.
3. El literal c) del artículo 40 de la Ley dispone que, en caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por La Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste su decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por la autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la comunicación por El Contratista.
4. El artículo 168 del Reglamento de la Ley, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante el Reglamento, señala que La Entidad podrá resolver el contrato, en los casos que El Contratista: i) Incumpla injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello; ii) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo por otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o iii) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación.

Seguidamente, el artículo 169 del Reglamento establece que, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, La Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a los quince (15) días. Adicionalmente, establece que si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

5. Conforme a lo expuesto, en primer lugar corresponde determinar si La Entidad ha observado el debido procedimiento para la resolución del contrato, en tanto que, para que este Tribunal emita pronunciamiento relativo a la configuración de la comisión de la referida infracción, se debe previamente analizar si se ha cumplido formalmente con dicho procedimiento.
6. De la documentación obrante en el expediente, se observa que mediante Carta Notarial N° 251-2011-OLHNDM de fecha 30 de setiembre de 2011, diligenciada notarialmente el 4 de octubre de 2011, La Entidad requirió al Contratista el cumplimiento de la entrega de los bienes estipulados en el Contrato N° 447-2011-HNDM, en un plazo de tres (3) días calendario, bajo apercibimiento de resolver dicho contrato, de acuerdo con lo establecido en el artículo 169 del Reglamento.

Igualmente, se aprecia que, ante el incumplimiento del Contratista, mediante Carta N° 083-2011-OEA-HNDM de noviembre de 2011, notificada notarialmente el 24 de noviembre del mismo año, La Entidad comunicó al Contratista que resolvió el contrato.

7. Conforme se aprecia de lo expuesto precedentemente, La Entidad observó diligentemente el procedimiento de resolución de contrato establecido en el artículo 169 del Reglamento.

Sobre el consentimiento de la resolución contractual

8. De acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la Ley, las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución,

inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato.

El artículo 170 del Reglamento señala que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido ese plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

9. En ese sentido, de acuerdo a lo informado por La Entidad –a través del Informe N° 718-2011-ETAJS-OAJ-HNDM, en el cual señaló que el Contratista dejó transcurrir el plazo de ley para someter a conciliación o arbitraje la resolución del contrato–, así como de la presentación de los descargos del Contratista –al evidenciarse que no solicitó conciliación y/o arbitraje conforme lo establece la normativa en contrataciones públicas y las normas de la materia–, se ha verificado que la controversia no ha sido sometida a ningún mecanismo de solución de conflictos. Por tanto, esta Sala concluye que la resolución del contrato por causa atribuible al Contratista ha quedado consentida.
10. Es importante precisar, que constituye una facultad del Contratista solicitar a La Entidad someter la resolución del contrato, sea a conciliación, ante un centro de conciliación público acreditado por el Ministerio de Justicia, y/o arbitraje, ante una institución arbitral o arbitraje ad hoc; siendo el caso que lo solicite, estar en la obligación de comunicarlo en la presentación de sus descargos, constituyéndose en un medio de defensa a su favor en el procedimiento administrativo sancionador, a efectos de que sea suspendido por parte de este Tribunal.
11. Conviene mencionar lo establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 de fecha 20 de setiembre de 2012 emitido por este Tribunal, según el cual: “(...) En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de La Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una

conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por La Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral”.

12. En consecuencia, corresponde imponerle a la empresa A. Ch. Médica E.I.R.L., sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por haber dado lugar a la resolución del contrato, por causal atribuible a su parte, derivado del ítem N° 3 de la Licitación Pública N° 004-2011-HNDM por relación de ítems, para la “Adquisición de mobiliario por reposición - Camas hospitalarias”.

Graduación de la sanción imponible

13. El numeral 51.2 del artículo 51 de la Ley establece que los contratistas que incurran en la causal establecida en el literal b) del numeral 51.1 serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año, ni mayor de tres (3) años.
14. A efectos de graduar la sanción a imponerse, deben aplicarse los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento.
15. Bajo esta premisa, debe considerarse la naturaleza de la infracción que reviste considerable gravedad en la medida que, desde el momento en que un proveedor asume un compromiso contractual frente a La Entidad, queda obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido. En términos generales, el incumplimiento por parte del contratista ocasiona un retraso en el logro de las metas institucionales de La Entidad, lo que a su vez, perjudica el interés público y el bienestar común.
16. En cuanto al daño causado debe tenerse en cuenta que la resolución del contrato –cuya cuantía asciende a S/. 197 220.00.00 para el caso del ítem N° 3– implica no solamente dilación de tiempo y recursos, sino un impedimento para que La Entidad cumpla con sus fines de manera oportuna.

17. Respecto a las condiciones del infractor, es necesario señalar que el Contratista fue inhabilitado para participar en procesos de selección y contratar con el Estado en una anterior oportunidad, por el lapso de diez (10) meses debido a la presentación de documentación falsa y/o inexacta, inhabilitación que culminó el 29 de julio de 2010.
18. Por otra parte, debe valorarse el hecho que el Contratista se apersonó a la instancia y, por tanto, expuso sus descargos respecto de la infracción imputada.
19. Resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 3) del artículo 230 de la LPAG, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
20. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción por parte del Contratista tuvo lugar el 24 de noviembre de 2011, fecha en la cual se notificó la resolución del Contrato N° 447-2011-HNDM.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Mario Fabricio Arteaga Zegarra, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012 en la Separata de Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificatoria, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la empresa A. Ch. Médica E.I.R.L. por un periodo de dieciséis (16) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en pro-

cesos de selección y contratar con el Estado, por dar lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Inga Huamán.

Ferreyra Coral.

Arteaga Zegarra.

015 **Responsabilidad del proveedor: Entidad debe haber requerido previamente la ejecución de las prestaciones**

La Entidad podrá resolver el contrato, si es que El Contratista incumple injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido para ello. En ese sentido, se debe tener presente que, para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada en el numeral precedente, se requiere previamente acreditar que La Entidad observó la formalidad del procedimiento de resolución de contrato

Resolución N° 609-2013-TC-S2

Lima, 21 de marzo de 2013

Visto en sesión de fecha 20 de marzo de 2013, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1510/2012.TC, sobre la aplicación de sanción a Vilma Liliana Gamarra Pacheco, por haber dado lugar a la resolución del contrato; oído el informe oral y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 8 de abril de 2010, la Gerencia Subregional Tayacaja - Gobierno Regional de Huancavelica, en adelante La Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 029-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP Derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP - Segunda Convocatoria - Decreto de Urgencia N° 078-2009, convocada para el Servicio de Residente de Obra: “Construcción de Infraestructura y Equipamiento de la I.E. N° 31302 de la Localidad de Paltarumi del Distrito de Daniel Hernández, Provincia de Tayacaja - Huancavelica”, cuyo valor referencial fue de S/. 33,600.00 (treinta y tres mil seiscientos con 00/100 nuevos soles).

Consta en Acta de fecha 16 de abril de 2010, el otorgamiento de la Buena Pro a favor de la postora Vilma Liliana Gamarra Pacheco, el cual fue publicado en el portal del Seace el 21 de abril de 2010.

Con fecha 23 de abril de 2010, La Entidad suscribió el Contrato N° 102-2010/GSRT con Vilma Liliana Gamarra Pacheco, en adelante la Contratista.

2. Con Oficio N° 0273-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-G presentado el 9 de octubre de 2012 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, La Entidad comunicó la resolución del contrato y remitió, entre otros, la Opinión Legal N° 0470-2012-GOB.REG.HVCA/GSRT-DSRAJ de fecha 12 de setiembre de 2011, señalando lo siguiente:

- i) Con fecha 23 de abril de 2010, suscribieron el Contrato N° 102-2010/GSRT con la Contratista, para el Servicio de Residencia de Obra “Construcción de Infraestructura y Equipamiento de la I.E. N° 31302 de la Localidad de Paltarumi del Distrito de Daniel Hernández, Provincia de Tayacaja - Huancavelica”, teniendo un plazo de ejecución de 105 días calendarios a partir del día siguiente de la entrega del terreno. La entrega del terreno fue el 27 de abril de 2010, siendo la fecha de inicio real de la obra el 17 de mayo de 2010.
- ii) Mediante Informe N° 439-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-DUI, emitido por la Dirección de la Unidad de Infraestructura, se señala que de acuerdo a la última valorización del Residente de Obra, se describe un avance físico valorizado en 91.91% con valorizaciones y proyecciones de partidas no ejecutadas, valorización correspondiente al último mes de trabajo, el mismo que sustenta el último periodo de trabajo correspondiente al mes de abril de 2011; sin embargo, la valorización efectuada para el proceso de corte de obra y estado situacional de la obra al mes de junio de 2012, en el cual se detalla y se valoriza las partidas reales ejecutadas a la fecha de corte, arroja un porcentaje de avance físico de 64.96%.

Asimismo, se refiere que el estado situacional de la calidad de los materiales empleados en la obra y de los trabajos realizados, presentan incompatibilidad en el tipo de material contratado (puertas y ventanas), tuberías instaladas de características no recomendadas en los sistemas de drenaje de aguas servidas y pluviales.

A su vez, se han realizado modificaciones al planteamiento real de la obra (expediente técnico), las cuales no cuentan con las autorizaciones respectivas ni los tratamientos correctos.

- iii) Mediante Memorando N° 0524-2012/GOB.REG.HVCA.GSRT/DRSA/OT la Tesorería de La Entidad informó que habían realizado el pago a la Contratista de aproximadamente el 75% del monto estipulado en el contrato.
 - iv) De lo expuesto, se tiene que la Contratista ha aportado información falsa en las valorizaciones presentadas, habiéndose informado un avance físico de 91.91%, habiéndose valorizado partidas aún no ejecutadas.
 - v) No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.
 - vi) Opinaron por la procedencia de la resolución del Contrato N° 102-2010/GSRT.
3. Mediante decreto de fecha 12 de octubre de 2012, de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador se requirió a La Entidad para que cumpla con subsanar su comunicación, debiendo remitir copia legible de la carta notarial mediante la cual comunicó la resolución del Contrato N° 102-2010/GSRT de fecha 23 de abril de 2010, debiendo observarse de la misma, que fue debidamente recibida por la denunciada o, en su defecto, que se efectuó la respectiva diligencia notarial; indicar si la controversia había sido sometida a procedimiento arbitral u otro mecanismo de solución de conflictos y, de ser el caso, adjuntar la demanda arbitral y el Acta de Instalación Arbitral. Asimismo, adjuntar un Informe Técnico-Legal Ampliatorio en donde se pronuncie respecto a la supuesta documentación falsa o información inexacta que habría presentado la contratista durante la ejecución del contrato antes citado, de acuerdo a lo señalado en el numeral quinto de la Opinión Legal N° 0470-2012-GOB.REG.HVCA/GSRT-DSRAJ, del mismo modo deberá adjuntar la documentación que acredite la supuesta falsedad de los documentos materia de la presente denuncia, en mérito a la verificación posterior realizada; otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de

poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, en caso de incumplimiento del requerimiento.

4. Con Oficio N° 0318-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-G presentado ante el Tribunal el 12 de noviembre de 2012, La Entidad remitió el Informe Legal N° 194-2012-GOB.REG.HVCA/GSRT-DSRAJ de fecha 6 de noviembre de 2012, en el cual señaló lo siguiente:
 - i) Reiteró los argumentos expuestos en la Opinión Legal N° 0470-2012-GOB.REG.HVCA/GSRT-DSRAJ de fecha 12 de setiembre de 2011.
 - ii) Mediante Informe N° 442-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-DUI la Dirección de la Unidad de Infraestructura de La Entidad, puso en conocimiento que a la fecha del cumplimiento del plazo contractual (setiembre de 2010), se reportó un avance físico del 45.29%, conforme se evidencia en la quinta valorización presentada por la Contratista. Asimismo, se informó que existen desfases presupuestales en los rubros de mano de obra, servicios y materiales.
 - iii) No obstante el tiempo transcurrido la Contratista no ha solicitado ningún procedimiento para someter a conciliación o arbitraje la controversia surgida.
5. Mediante decreto de fecha 13 de diciembre de 2012, vista la razón expuesta por Secretaria del Tribunal, se tiene que La Entidad remitió la documentación solicitada de manera incompleta, entre los cuales se encuentra el Informe Legal N° 0194-2012-GOB.REG.HVCA/GSRT-DSRAJ de fecha 06/11/2012, el cual indica en el considerando tercero: “(...) la Arq. Vilma Liliana Gamarra Pacheco, ha brindado información falsa en las valorizaciones presentadas, por lo que originó irresponsablemente la resolución del contrato N° 102-2010/GSRT (...)”. Sin embargo, no señala de manera clara y precisa por qué contendría información falsa las valorizaciones presentadas, cuáles serían estas, ni tampoco acredita la supuesta falsedad de las mismas en mérito a la fiscalización posterior realizada; en tal sentido, se remitió el presente expediente a la Segunda Sala del Tribunal, a efectos de que emita su pronunciamiento sobre la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador contra la Contratista.

6. Con fecha 21 de diciembre de 2012, el Tribunal emitió el Acuerdo N° 850-2012-TC-S2, mediante el cual se dispuso lo siguiente:

“(…).

1. **INICIAR** procedimiento administrativo sancionador contra Vilma Liliana Gamarra Pacheco, por su presunta responsabilidad por dar lugar a la resolución del Contrato N° 102-2010/GSRT de fecha 23 de abril de 2010, suscrito en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 029-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP Derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP - Segunda Convocatoria - Decreto de Urgencia N° 078-2009, infracción tipificada en el literal b) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.

(…).

4. Declarar **NO HA LUGAR** al inicio del procedimiento administrativo sancionador contra Vilma Liliana Gamarra Pacheco, por su presunta responsabilidad al haber presentado documentación falsa o información inexacta, en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 029-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP Derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 009-2010/GOB.REG.HVCA/GSRT-CEP - Segunda Convocatoria - Decreto de Urgencia N° 078-2009, infracción tipificada en el literal i) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.

(…)”.

7. Mediante decreto de fecha 24 de enero de 2013, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal, no habiendo cumplido la Contratista (Vilma Liliana Gamarra Pacheco), con presentar sus descargos y obrando en autos los antecedentes administrativos remitidos por La Entidad se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.
8. Con escrito presentado el 24 de enero de 2013, la Contratista se apersonó al procedimiento y señaló lo siguiente:

- i) La ejecución de la obra se inició el 17 de mayo de 2010, y se paralizó en dos oportunidades por causas atribuibles a La Entidad, al no abastecer materiales en su oportunidad.
- ii) Con fecha 30 de octubre de 2010, solicitaron la ampliación del plazo de ejecución de obra.
- iii) La obra se ha ejecutado por administración directa, debido a la demora al desabastecimiento de materiales, al alza de costo de materiales y mayores metrados, conforme se evidencia en el Informe N° 006-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-UI/RO-VLGP de fecha 12 de julio de 2012, documento que fue emitido por la Gerencia a la Unidad de Infraestructura, el que no obtuvo respuesta.
- iv) La obra no se ha culminado al 100% por haberse agotado el presupuesto, habiéndose solicitado la ampliación presupuestal para su culminación. Adicionó que el expediente había sido elaborado por ella y que fue debidamente sustentado en La Entidad, aprobándose en el mes de mayo, motivo por el cual tuvo que estar permanentemente en la ciudad de Huancavelica gestionando el presupuesto.
- v) El Presupuesto ampliatorio se aprobó en el mes de mayo de 2012, estando a la espera de la comunicación por parte de La Entidad para la culminación de la obra; sin embargo, no recibió comunicación alguna respecto al reinicio de la obra, corte de la obra o resolución del contrato.
- vi) En el expediente que ha sido remitido al Tribunal, se adjunta el Acta de Constatación de fecha 11 de junio de 2012, sin la presencia de su representada, habiéndose descerrajado los ambientes como el almacén y las oficinas donde se encontraban documentos y diversos materiales.
- vii) El 13 de junio de 2012, se le informa que deberá hacer entrega de la documentación mediante un Cronograma con fechas; la que no es procedente debido a que aún se encontraba vigente el contrato.
- viii) El 10 de julio de 2012, se enteró del reinicio de la obra extraoficialmente, no habiendo recibido ninguna comunicación por parte de La Entidad, motivo por el cual hace llegar una carta notarial

- a La Entidad con fecha 13 de julio de 2012, no habiendo obtenido respuesta por parte de La Entidad.
- ix) El 25 de setiembre de 2012, recepcionó la Carta Notarial con la Resolución N° 0291-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-G de fecha 18 de setiembre de 2012.
 - x) Precisó que ha cumplido a cabalidad con sus funciones como Residente de Obra y que el retraso en la obra se ha debido a razones ajenas a sus funciones, como ya las ha referido.
9. Mediante decreto de fecha 29 de enero de 2013, se dejó a consideración de la Sala el escrito presentado por la Contratista.
10. Con escrito presentado el 26 de febrero de 2013 ante el Tribunal, la Contratista solicitó el uso de la palabra en Audiencia Pública.
11. Mediante decreto de fecha 13 de marzo de 2013, se señaló fecha para la Audiencia Pública para el 19 de marzo de 2013, la que se llevó a cabo con la participación de la Contratista.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1) del artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. Para el caso en concreto, el procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad de la Contratista por haber dado lugar a la resolución del contrato, infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, en lo sucesivo la Ley, concordante con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en lo sucesivo el Reglamento, normas de aplicación al caso concreto.

Naturaleza de la infracción

3. Al respecto, debe indicarse que el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en concordancia con el numeral 1) del artículo 168 de su Reglamento, disponen que La Entidad podrá resolver el contrato, si es que El Contratista incumple injustificadamente sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias, pese a haber sido requerido para ello. En ese sentido, se debe tener presente que, para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada en el numeral precedente, se requiere previamente acreditar que La Entidad observó la formalidad del procedimiento de resolución de contrato prevista en el artículo 169 del Reglamento, y que el contrato ha sido resuelto por causa atribuible al Contratista. Asimismo, no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.
4. En ese orden de ideas, corresponde determinar, de manera previa, si La Entidad ha seguido el debido procedimiento para la resolución del citado contrato, conforme a lo previsto en los artículos 168 y 169 del Reglamento, en tanto que, para que este Tribunal emita su pronunciamiento en torno a la comisión de la referida infracción, debe previamente analizar si se ha cumplido formalmente el procedimiento correspondiente para la resolución del Contrato N° 102-2010/GSRT de fecha 23 de abril de 2010.

Sobre el procedimiento formal de la resolución contractual

5. En el caso que nos ocupa, se ha constatado que La Entidad, mediante Carta Notarial, notificada mediante conducto notarial el 28 de setiembre de 2012, comunicó a la Contratista la resolución del Contrato materializada en la Resolución Gerencial Sub Regional N° 0291-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-G.

De la revisión de la Resolución Gerencial Subregional N° 0291-2012/GOB.REG.HVCA/GSRT-G de fecha 18 de setiembre de 2012, se puede apreciar que La Entidad resolvió el Contrato N° 102-2010/GSRT en virtud a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento, precisando que no será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución

del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

6. Conforme a lo expuesto, se tiene que La Entidad resolvió el contrato porque la Contratista había acumulado el monto máximo de penalidad del monto contractual.
7. Al respecto, es preciso señalar que el cumplimiento del procedimiento para la resolución del contrato es indispensable para evaluar la existencia de eventuales responsabilidades de carácter administrativo.

Debemos precisar que el procedimiento que debe seguir La Entidad a fin de resolver un contrato, debe ofrecer seguridad y otorgar al contratista la oportunidad de poder efectuar su descargo, ello en aplicación de los principios que regulan la contratación pública.

Asimismo, el tercer párrafo del artículo 169 del Reglamento establece que no será necesario efectuar un requerimiento cuando la resolución del contrato se deba **a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora o por otras penalidades**, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

8. De lo expuesto, se tiene que La Entidad ha cumplido con la formalidad que la Ley y su Reglamento prevé para la resolución del contrato.
9. Por otro lado, la Contratista como parte de sus descargos ha señalado que existieron inconvenientes para la prestación del servicio, ya que existió la aprobación de un presupuesto adicional para la obra donde brindaba el servicio la Contratista, asimismo, ha señalado que la obra fue paralizada debido a que no había abastecimiento de materiales.
10. En relación a lo expuesto, se tiene que la Contratista no ha cuestionado la resolución del contrato en la vía arbitral o conciliatoria, razón por la cual se tiene por consentida la misma.
11. En mérito a lo expuesto, tenemos que se trata de una resolución contractual por causa atribuible a la Contratista, la cual se encuentra debidamente consentida, razón por la cual resulta accesorio analizar si existieron o no causas justificantes para el incumplimiento del contrato por parte de la Contratista.

12. Por las consideraciones expuestas, se colige que la resolución del Contrato N° 102-2010/GSRT de fecha 23 de abril de 2010, estuvo motivada por causa atribuible a la Contratista, al haber incumplido con sus obligaciones contractuales, por lo que el hecho imputado califica como infracción administrativa según la causal de imposición de sanción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley, debiendo concluirse en la existencia de responsabilidad administrativa por parte de la Contratista.

Sobre la determinación de la sanción a imponerse

13. El artículo 51 de la Ley establece que aquellos contratistas que den lugar a la resolución del contrato por causal atribuible a su parte serán inhabilitados temporalmente para contratar con el Estado por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento.
14. De esta forma, en lo referente a la naturaleza de la infracción, su incumplimiento motivó a que La Entidad resolviera el Contrato N° 102-2010/GSRT de fecha 23 de abril de 2010; sin embargo, es preciso señalar que conforme a los hechos expuestos, se tiene que la obra en la cual la Contratista prestaba el servicio de residente de obra, fue paralizada en más de una oportunidad lo cual también repercutió en el cumplimiento de la prestación a cargo de la Contratista.

En lo que atañe al daño causado, no se puede dejar de lado que los hechos suscitados que repercutieron en el incumplimiento de dicho contrato, se debe a los inconvenientes que se suscitaron con la ejecución de la obra en la cual la Contratista prestaba el servicio; más aún, cuando de autos se desprende que dicha obra terminó siendo ejecutada por Administración directa.

Respecto a la conducta procesal de la Contratista, es preciso señalar que se apersonó al procedimiento y ha presentado sus descargos.

Por otro lado, es preciso señalar que la Contratista no ha sido pasible de sanción por la comisión de alguna de las infracciones establecidas en la Ley o su Reglamento.

Asimismo, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

15. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por parte de la Contratista, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el 28 de setiembre de 2012, fecha en la se resolvió el contrato por causal imputable a su parte.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Ana Teresa Revilla Vergara y la intervención de los Vocales Mariela Sifuentes Huamán y Adrián Juan Jorge Vargas de Zela, atendiendo a la reconfirmación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE de fecha 30 de octubre de 2012, publicada el 8 de noviembre del 2012, a la Resolución N° 403-2012-OSCE/PRE de fecha 13 de diciembre de 2012 y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la señora Vilma Liliana Gamarra Pacheco por el periodo de seis (6) meses con inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción prevista en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado en dos (2) originales en virtud al Memorando N° 687-2012/TCE de fecha 03/10/2012.

ss.

Sifuentes Huamán.

Revilla Vergara.

Vargas de Zela.

CAPÍTULO III

CONTRATAR CON EL ESTADO ESTANDO IMPEDIDO PARA ELLO

La infracción administrativa de contratar con el Estado estando impedido para ello está contenida en el inciso d) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente ley.*

016 Impedidos para participar en los procesos de selección: Personas jurídicas con inhabilitación temporal o permanente

Se encuentran impedidos de participar en los procesos de selección las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción.

Resolución N° 1140-2011-TC-S4

Lima, 30 de junio de 2011

Visto en sesión de fecha 30 de junio de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 706.2011.TC sobre el Recurso de Apelación interpuesto por el postor MEDIFARMA S.A., contra la calificación de la propuesta técnica del postor adjudicatario, respecto del ítem N° 15 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria), derivada de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0032-2010-MINSA, para el “Adquisición de Medicamentos”; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 4 de mayo de 2011, el Ministerio de Salud, en lo sucesivo La Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria), derivada de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0032-2010-MINSA, para el “Adquisición de Medicamentos”, por un valor referencial ascendente a S/. 34 882,550.85 (treinta y cuatro millones ochocientos ochenta y dos mil quinientos cincuenta con 85/100 nuevos soles).
2. El 16 de mayo de 2011, se presentaron las propuestas para el ítem N° 15 (DIAZEPAM, 10 mg X 2 ml, Inyectable) cuyo valor referencial asciende a

S/. 146,430.00 (ciento cuarenta y seis mil cuatrocientos treinta con 00/100 nuevos soles).

3. El 20 de mayo de 2011, se publicó en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado - Seace el acta de otorgamiento de la Buena Pro, del ítem 15 obteniéndose los siguientes resultados:

| Ítem | Descripción del ítem | Postores | Puntaje Técnico | Puntaje Económico | Puntaje Total | Estado |
|------|------------------------------------|--|-----------------|-------------------|---------------|------------|
| 15 | Diazepam, 10 Mg X 2 ML, Inyectable | Medifarma S.A. | 97 | 74.47 | 90 | 2 |
| | | Consortio Ceci Farma Group S.A.C. - Oq Pharma S.A.C. | 94 | 100 | 96 | Adjudicado |

4. Posteriormente, mediante escrito presentado el 27 de mayo de 2011, subsanado el 31 del mismo mes y año, la empresa MEDIFARMA S.A., en adelante el Impugnante, interpuso recurso de apelación contra la calificación de la propuesta técnica del postor adjudicatario del aludido ítem N° 15, ello en razón a los siguientes argumentos:

“(…)

- i) Que, mediante Resolución N° 1072-2010-TC-S3 de fecha 31 de mayo de 2010, emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se impuso sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de catorce meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado a la empresa Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., como puede apreciarse la sanción corresponde al mes de mayo de 2010; desde entonces ha transcurrido doce (12) meses. Esta sanción deriva de la participación de Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., en el Proceso de Selección LP según relación de ítems N° 002-2009-INMP, el cual fuera convocado por el Instituto Nacional Materno Perinatal; representados por su apoderada y Gerente General Cecilia Norma Olórtegui Quispe.
- ii) El Consorcio CECI FARMA - OQ PHARMA, conformado por las empresas CECI FARMA GROUP S.A.C. y OQ PHARMA S.A.C., la

primera ha participado en el presente proceso con la misma gerente general de la empresa sancionada, la cual señalamos en el numeral 1 de la presente; es decir, la Sra. Cecilia Norma Olórtogui Quispe, tal como consta en la propuesta presentada es Gerente General de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., circunstancia que inhabilita a su representada por cuanto ella en su oportunidad igualmente se presentó con el mismo título por CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C.

- iii) De acuerdo con el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos para ser participantes, postores y/o contratistas, “las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y Reglamento”.
- iv) CONCLUSIÓN: como podrá apreciarse de lo expuesto, de acuerdo con la normativa señalada el Consorcio Ceci Farma - OQ PHARMA, está impedido de participar de procesos de selección y/o contratar con el Estado por cuanto la Gerente General que participara representando al Consorcio Farmacéutica Dajoz S.A.C., en el proceso de selección LP según relación de ítems N° 002-2009-INMP, del cual resultó estar sancionada en sus derechos de participar y/o contratar con el Estado por catorce (14) meses, es Gerente General de la empresa Ceci Farma Group S.A.C. En ese sentido debe ser excluida dicha persona jurídica del presente proceso por alcanzarle los efectos del literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, poniéndose en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado a fin que se inicie proceso administrativo sancionador contra dicha empresa (...)” (sic).

5. Con decreto de fecha 1 de junio de 2011, debidamente notificado el 7 de junio del mismo año, se admitió a trámite el recurso de apelación, y se le emplazó a La Entidad, para que remita los antecedentes administrativos relativos al proceso de selección.
6. Por decreto de fecha 13 de junio de 2011, se le reitera a La Entidad, para que cumpla con remitir lo solicitado por el Tribunal.
7. Con Formulario de Presentación de Antecedentes Administrativos, y Oficio N° 1330-2011-OL-MINSA, presentados el 13 y 15 de junio de 2011, respectivamente, La Entidad remitió los antecedentes administrativos solicitados, adjuntando el Informe Técnico Legal N° 018-2011-OL-MAPC/MINSA, en donde manifestó lo siguiente:

“(…)

- i) De acuerdo a los documentos que obran en el expediente del proceso de selección se aprecia que el CONSORCIO CECI FARMA GROUP S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., mediante CARTA DE ACREDITACIÓN DEL REPRESENTANTE - FORMATO N° 01, suscrita por las señoras Cecilia Norma Olórtegui Quispe y Liz Fiorela Olórtegui Quispe y entregadas en el acto de presentación de propuestas, autorizó a la persona facultada para realizar todos los actos vinculados al mencionado proceso de selección. Asimismo es pertinente indicar que al referido documento se adjunta el documento registral que acredita que la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, es Gerente General de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C. y que la señora Liz Fiorela Olórtegui Quispe, es apoderada de la empresa OQ PHARMA S.A.C.
- ii) De los documentos registrales adjuntos a la mencionada carta se debe indicar que se aprecia lo siguiente:

CECI FARMA GROUP S.A.C.

El Gerente General es el ejecutor de todas las disposiciones de la junta general y de la gerencia, teniendo la representación jurídica, comercial y administrativa de la sociedad.

(Art. 20) Constituyen principales atribuciones del Gerente General:

7. Celebrar los contratos que sean necesarios para el mejor desarrollo del objeto de la sociedad, fijando los términos y condiciones de los mismos.

8. Realizar cualquier otro contrato y asumir cualquier obligación no expresamente enumerada en este artículo que estime conveniente para la sociedad y cumplimiento de sus fines.

(...)

Se nombra Gerente General a: Cecilia Norma Olórtegui Quispe, (DNI N° 40224460), a quien se le confieren las facultades que el estatuto contempla para dicho cargo.

- iii) Con relación a lo manifestado por MEDIFARMA S.A., en su recurso de apelación se debe indicar que el Ministerio de Salud remitió el Oficio N° 1263-2011-OL-MINSA al CONSORCIO CECI FARMA GROUP S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., en el que se le indico lo siguiente: Teniendo en cuenta lo señalado en los párrafos precedentes, solicitamos se sirva informar si la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, Gerente General de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., es también Gerente General de la empresa CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C; y precisar además si cuenta con participación alguna en el capital o patrimonio de las mencionadas empresas y en qué porcentajes.
- iv) El CONSORCIO CECI FARMA GROUP S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., en escrito remitido al Ministerio de Salud, ha precisado lo siguiente:

Dando respuesta al Oficio N° 1263-2011-OL-MINSA en el cual nos solicitan que informemos si la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, Gerente General de CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C., es también Gerente General de CECI FARMA GROUP S.A.C., les manifestamos que actualmente la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, ya no es Gerente General de CECI FARMA GROUP S.A.C., siendo nuestro actual Gerente General el señor Edgar David Olórtegui Quispe, dicho acto se encuentra en tramitación en los Registros Públicos de Lima.

- v) De lo señalado precedentemente se desprende que la Gerente General de las empresas CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C., y CECI FARMA GROUP S.A.C., al momento de la presentación de propuestas era la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe.
- (...)
- vi) En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto se considera que se ha configurado la causal de estar impedido para participantes, postores y/o contratistas conforme a lo dispuesto en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, respecto de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., integrante del CONSORCIO CECI FARMA GROUP S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., en la medida que su Gerente General es también Gerente General de la empresa CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C., la misma que se encuentra inhabilitada temporalmente para contratar con el Estado, y que a su vez también forma parte de los órganos de administración.
- vii) En consecuencia, de lo manifestado precedentemente se desprende que la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., integrante del CONSORCIO CECI FARMA GROUP S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., se encontraba impedida de ser participante, postor y/o contratista, y en consecuencia no podría ser parte del consorcio (...)” (sic).
8. Con decreto de fecha 16 de junio de 2011, se tuvo por apersonada a la Entidad, remitiéndose el presente expediente a la Cuarta Sala del Tribunal, para resolver.
9. Mediante decreto de fecha 23 de junio de 2010, la Cuarta Sala del Tribunal, solicitó a la Secretaría del Tribunal, desglosar del expediente administrativo N° 267-2010.TC, para incorporar al presente expediente administrativo, los siguientes documentos:
- Copia de las Partidas Registrales correspondientes a la empresa CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C., (los cuales obran a folios 118, 119, 120 y 121).
 - Copia de la Ficha de RUC de la empresa antes citada (obrante a folios 122 y 123).

10. Con fecha 23 de junio de 2011, se declaró el expediente listo para resolver.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento, el recurso de apelación interpuesto por la empresa MEDIFARMA S.A., contra la calificación y otorgamiento de la Buena Pro de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria), derivada de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0032-2010-MINSA, respecto al ítem 15 (Diazepam, 10 mg X 2 ml, Inyectable), a favor del Adjudicatario.
2. Debe tenerse en cuenta que el presente proceso de selección se llevó a cabo estando vigente la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante La Ley, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante El Reglamento; por lo que tales disposiciones legales resultan aplicables.
3. En forma previa a la determinación, evaluación y desarrollo de los asuntos sustanciales, debe verificarse si el recurso de apelación ha sido interpuesto dentro del término de ley y si cumple con todos los requisitos pertinentes para ser declarado procedente; de acuerdo con las disposiciones establecidas en la Ley y su Reglamento.
4. En ese sentido, el artículo 104 de El Reglamento señala que mediante recurso de apelación se impugnan los actos dictados durante el desarrollo del proceso de selección, desde la convocatoria hasta aquellos emitidos antes de la celebración del contrato. En aquellos procesos de selección cuyo valor referencial no supere las seiscientas Unidades Impositivas Tributarias (600 UIT), el recurso de apelación se presenta ante la Entidad que convocó el proceso de selección que se impugna, y será conocido y resuelto por el Titular de la Entidad. En caso de que el valor referencial del proceso de selección sea igual o superior a seiscientas Unidades Impositivas Tributarias (600 UIT), el recurso de apelación se presenta ante y es resuelto por el Tribunal. En los procesos de selección según relación de ítems, el valor referencial total del proceso determinará ante quién se presentará el recurso de apelación. Asimismo, debe indicarse que con independencia del valor referencial del proceso de selección, los actos emitidos por el Titular de la Entidad que declaren la nulidad de oficio o cancelen el proceso, podrán impugnarse ante el Tribunal.

5. Por otro lado, el segundo párrafo del artículo 107 del precitado Reglamento ha establecido que la apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse otorgado la Buena Pro. En el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, el plazo será de cinco (5) días hábiles.

La apelación contra los actos distintos a los indicados en el párrafo anterior, debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse tomado conocimiento del acto que se desea impugnar. En el caso de Adjudicaciones Directas y Adjudicaciones de Menor Cuantía el plazo será de cinco (5) días hábiles.

Los plazos indicados resultan aplicables a todo recurso de apelación, sea que se interponga ante la Entidad o ante el Tribunal según corresponda.

6. Por otro lado, de conformidad con el artículo 75 del Reglamento, el otorgamiento de la buena pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha.
7. En el marco de lo indicado anteriormente, el recurso fue presentado el 27 de mayo de 2011, es decir, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles siguientes al otorgamiento de la buena pro, el cual se efectuó el 20 de mayo de 2011, por lo que resulta procedente el recurso de apelación.
8. Conforme se advierte de los antecedentes reseñados, el punto controvertido propuesto por el Impugnante, consiste en determinar si una de las empresas del Consorcio Adjudicatario (Consorcio Ceci Farma Group S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C.), se encuentra inmerso en el impedimento establecido en el inciso k) del artículo 10 de la Ley.

De acuerdo con ello, debe establecerse si, tal como afirma el Impugnante, la información consignada en la Declaración Jurada de la propuesta del Adjudicatario contiene información inexacta⁽¹⁾.

(1) En la Declaración Jurada presentada por la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., (el cual obra en el folio 077 del presente expediente), declaró no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley.

9. Al respecto, del Informe Técnico Legal N° 018-2011-OL-MAPC/MINSA, presentado por la Entidad, se verifica que mediante Oficio N° 1263-2011-OL-MINSA, se le solicitó al Consorcio Ceci Farma Group S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., informe si la señora Cecilia Norma Olortegui Quispe, Gerente General de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., es también Gerente General de la empresa Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C.; y precisar además si cuenta con participación alguna en el capital o patrimonio de las mencionadas empresas y en que porcentajes.
10. Asimismo, en el informe antes citado también se precisa que el Consorcio Ceci Farma Group S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., da respuesta a la información solicitada, indicando que actualmente la señora Cecilia Norma Olortegui Quispe, ya no es Gerente General de CECI Farma Group S.A.C., siendo el actual Gerente General el señor Edgar David Olortegui Quispe, señalando además que dicho acto se encuentra en tramitación en los Registros Públicos de Lima.
11. Respecto al primer asunto, resulta pertinente señalar que el artículo 10⁽²⁾ de la Ley establece los impedimentos para ser participantes, postores y/o contratistas, en el literal k) dispone: “las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su

(2) **“Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista**

(...)

k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente”.

Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente”.

12. En cuanto al punto controvertido, el Impugnante ha manifestado que la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., integrante del Consorcio Adjudicatario habría presentado como parte de su propuesta técnica, la Declaración Jurada sobre cumplimiento de los dispositivos legales de fecha 16 de mayo de 2011⁽³⁾, mediante la cual manifestó no tener impedimento para participar en procesos de selección ni para contratar con el Estado, a pesar de que su Gerente General (Cecilia Norma Olórtogui Quispe), era Gerente General de la empresa CORPORACIÓN FARMACÉUTICA DAJOZ S.A.C., siendo que esta última se encontraba inhabilitada temporalmente en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
13. Al respecto, cabe precisar que, mediante Resolución N° 1072-2010.TC-S3 de fecha 31 de mayo de 2010, recaída sobre el Expediente N° 267.2010/TC, este Tribunal sancionó administrativamente a la empresa Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., con catorce (14) meses de suspensión temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado por haber presentado información falsa.
14. En el caso concreto, para que la empresa Ceci Farma Group S.A.C., integrante del Consorcio Adjudicatario se encuentre impedida para ser participante y/o postor en el presente proceso de selección y para posteriormente contratar con el Estado, se requiere que sus i) socios, ii) accionistas, iii) participacionistas, iv) integrantes de los órganos de administración, v) apoderados o vi) representantes legales, formen o hayan formado parte en los últimos 12 meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección.

(3) Con fecha 16 de mayo de 2011, se llevó a cabo el Acto Público de presentación de propuestas.

15. Ahora bien, de la información presentada por la Entidad, dentro de los Antecedentes Administrativos remitidos, se puede apreciar la copia literal de la Partida N° 12269547 correspondiente a la Inscripción en la Oficina de Registro Públicos de Lima, del otorgamiento de poderes de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C., realizada mediante acuerdo adoptado en Junta General de Accionistas de fecha 4 de junio de 2010, en el cual se otorgan facultades al Gerente General: Cecilia Norma Olórtegui Quispe (DNI N° 40224460). Asimismo, en el rubro de aumento y modificación del estatuto aprobada por Junta General el 8 de junio de 2010 y elevado a Escritura Pública el 15 de setiembre de 2010, se verifica que no se efectuó modificación alguna en cuanto a la designación de Gerente General.
16. Por lo cual, y conforme a la información antes detallada, se verifica que desde el año 2009 y hasta el 16 de mayo de 2011, fecha en la cual se efectuó la presentación de la propuesta técnica del Consorcio Ceci Farma Group S.A.C. - OQ PHARMA S.A.C., la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, se encuentran registrada como Gerente General de la empresa Ceci Farma Group S.A.C., tal como lo sustenta también el Anexo N° 7 - Declaración Jurada sobre información del Postor, la cual es firmada por la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, quien ostenta el cargo de Gerente General de la empresa CECI FARMA GROUP S.A.C.
17. Sobre el particular, es necesario precisar que mediante Resolución N° 1072-2010.TC-S3 de fecha 31 de mayo de 2010, la empresa Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., fue sancionada con catorce (14) meses de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por el periodo del 10 de junio de 2010 al 9 de agosto de 2011.
18. De lo anterior se puede advertir que, en la fecha de presentación de propuestas (16 de mayo de 2011), y otorgamiento de la buena pro (20 de mayo de 2011), la Gerente General de la empresa Ceci Farma Group S.A.C., seguía siendo la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, quien además tenía la calidad, también, de Gerente General de la empresa Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., la cual ya contaba con impedimento, por ser empresa que se encontraba inhabilitada; en consecuencia, considerando lo

establecido por el artículo 10 de la Ley⁽⁴⁾, la propuesta del adjudicatario debe tenerse por no presentada.

19. Siendo menester precisar que el impedimento observado, se configura respecto al vínculo existente entre las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y Corporación Farmacéutica Dajoz S.A.C., por la señora Cecilia Norma Olórtegui Quispe, integrante del órgano de administración en ambas empresas, debiendo hacerse hincapié que, el solo hecho de ser integrante del órgano de administración, ya le otorga dicho condición, sin necesidad de observar el porcentaje de participación que tengan en las mismas. Conforme a lo establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, las personas jurídicas cuyos socios accionistas, integrantes de los **órganos de administración**, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el estado, se encuentran impedidas de ser participantes, postor o contratistas (el resaltado es nuestro).
20. Ahora bien, considerando que el Consorcio conformado por las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y OQ Pharma S.A.C., presentó dentro de su propuesta técnica el documento denominado Declaración Jurada (artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en el cual consignó no estar inmerso en los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley, el cual contendría información inexacta, este Colegiado considera que corresponde abrir expediente administrativo sancionador para que se proceda a evaluar la presunta responsabilidad del Consorcio antes citado.

(4) **Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista**

Cualquiera sea el régimen legal de contratación pública, están impedidos de ser participante, postores y/o contratistas:

(...)

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos.

21. En consecuencia, de conformidad con lo señalado en los párrafos precedentes, el resultado final de la evaluación de propuestas es el siguiente:

| Ítem | Descripción del Ítem | Postores | Puntaje Técnico | Puntaje Económico | Puntaje Total | Estado |
|------|------------------------------------|----------------|-----------------|-------------------|---------------|------------|
| 15 | Diazepam, 10 Mg X 2 Ml, Inyectable | Medifarma S.A. | 97 | 100 | 99 | Adjudicado |

22. Por tales consideraciones, en virtud del análisis efectuado y atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 119 del Reglamento, corresponde declarar Fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa Medifarma S.A., revocándole la Buena Pro respecto del Ítem N° 15 al Consorcio conformado por las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y OQ Pharma S.A.C., y otorgándosela a la empresa Medifarma S.A.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Dammar Salazar Díaz y la intervención de los Señores Vocales Dr. Jorge Silva Dávila y Dr. Martín Zumaeta Giudichi y atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE expedida el 15 de febrero de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF y a la Resolución N° 283-2010-OSCE/PRE del 21 de mayo de 2010; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar Fundado el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Medifarma S.A., contra la calificación de la propuesta técnica del Consorcio conformado por las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y OQ Pharma S.A.C., respecto al ítem N° 15 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria), derivada de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0032-2010-MINSA, para el “Adquisición de Medicamentos”, por los fundamentos expuestos.
2. Revocar la buena pro a favor del Consorcio conformado por las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y OQ Pharma S.A.C., respecto del

ítem N° 15 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria).

3. Orogar la Buena Pro a la empresa Medifarma S.A., correspondiente al ítem N° 15 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria).
4. Devolver a la empresa Medifarma S.A., la garantía presentada para la interposición de su recurso de apelación.
5. Abrir expediente sancionador, contra el Consorcio conformado por las empresas Ceci Farma Group S.A.C., y OQ Pharma S.A.C., por presunta responsabilidad de presentar información inexacta en el documento denominado Declaración Jurada (artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado en el cual consignó no estar inmerso en los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley, dentro de su propuesta técnica respecto del ítem N° 15 de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0034-2011-MINSA (Primera Convocatoria), derivada de la Licitación Pública por Subasta Inversa Presencial N° 0032-2010-MINSA, para el “Adquisición de Medicamentos”, causal tipificada en el literal i) del artículo 51.1 de la Ley, en concordancia con el literal i) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento.
6. Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la mesa de partes del Tribunal dentro del plazo de 30 días calendario de emitida la presente resolución; debiendo autorizar por escrito a la persona que realizará dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central del OSCE para su custodia por un plazo de seis (6) meses, luego del cual serán remitidos al Archivo General de la Nación, bajo responsabilidad.
7. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Zumaeta Giudichi.

Salazar Díaz.

017 Proveedores sancionados: Imposibilitados de crear una nueva persona jurídica para contratar con el Estado

El impedimento del literal k) del artículo 10 de la Ley se encuentra circunscrito a que las personas jurídicas sancionadas con inhabilitación temporal y, por tanto, impedidas de contratar con el Estado, tuvieran negada la posibilidad de que, obviando la sanción impuesta, creen una nueva persona jurídica, de modo que puedan seguir contratando con el Estado. La citada disposición busca que los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal no sean soslayados o desconocidos, lo cual podría suceder si una empresa sancionada, participa en procesos de selección y/o contrata con el Estado, a través de terceras personas.

Resolución N° 1257-2011-TC-S1

Lima, 20 de julio de 2011

Visto en sesión de fecha 20 de julio de 2011 la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 20-2011.TC; sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa COMPAÑÍA IMPORTADORA VAL S.A., por haber contratado con la Estado pese a estar impedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley, infracción tipificada en literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

ANTECEDENTES:

1. El 2 de junio de 2010, la MUNICIPALIDAD PROVINCIAL DE LAMPA, en adelante la Entidad, convocó la Licitación Pública N° 02-2010-MPL/CE, bajo el ámbito del Decreto de Urgencia N° 078-2010, para la “adquisición de volquetes para el mejoramiento de la capacidad operativa del área de maquinaria y equipo de la Municipalidad Provincial de Lampa”.
2. Con fecha 21 de junio de 2010, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la buena pro, en el cual se favoreció a la empresa COMPAÑÍA IMPORTADORA VAL S.A., en adelante la Contratista.

3. El 30 de junio de 2010, la Entidad y la Contratista suscribieron el contrato para la adquisición de dos volquetes para el mejoramiento de la capacidad operativa del área de maquinaria y equipo de la municipalidad provincial de lampa.
4. Mediante escrito presentado el 6 de enero de 2011, el señor Eusebio Hemesio Córdova Mejía, denunció a la Contratista por haber participado en un proceso de selección estando impedido para ello, fundamentando lo siguiente:
 - a) La Contratista tiene como Gerente General al señor Luis D. Vilca Luza, que también fue Gerente General de la empresa Luza Coporation S.A.C., la misma que fue sancionada administrativamente a través de la Resolución N° 2759-2009-TC-S4, por un periodo de catorce meses, es decir desde el 8 de enero de 2010 hasta el 7 de marzo de 2011.
 - b) En tal sentido, el señor Luis D. Vilca Luza al haber pertenecido al órgano de administración de una empresa inhabilitada para contratar con el Estado, no puede participar ni vender en procesos de selección convocados por entidades públicas, toda vez que está impedido para ser postor y/o contratista, en virtud del literal k) del artículo 10 de la Ley.
5. Con decreto de fecha 11 de enero del 2011, se corrió traslado a la Entidad de la denuncia interpuesta, a fin de que cumpla con remitir, entre otros documentos, un Informe Técnico Legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la Contratista al haber contratado con el Estado estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal k) del artículo 10 de la Ley.
6. Teniendo en consideración que la Entidad no cumplió con remitir la documentación solicitada mediante decreto de fecha 11 de enero de 2011, a través del decreto de fecha 24 de febrero de 2011 se reiteró a fin de que cumpla con presentar lo requerido.
7. A través del decreto de fecha 21 de marzo de 2011, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y se remitió el presente expediente a la Primera Sala del Tribunal, teniendo en

consideración que La Entidad no cumplió con remitir la documentación solicitada de manera reiterada a través de los decretos de fecha 11 de enero de 2011 y 24 de febrero de 2011.

8. Mediante escrito presentado el 6 de abril de 2011, la Entidad remitió diversa documentación referida al trámite de la Licitación Pública N° 02-2010-MPL/CE, bajo el ámbito del Decreto de Urgencia N° 078-2010.
9. Con fecha 18 de abril de 2011, se emitió el Acuerdo N° 266/2011.TC-S1 de fecha 18 de abril de 2011, mediante el cual se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra la Contratista, por su supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, de acuerdo a lo previsto en el literal k) del artículo 10 de la Ley, infracción tipificada en el literal d) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.
10. A través del decreto de fecha 20 de abril del 2011, se inició procedimiento administrativo sancionador contra la Contratista, por supuesta responsabilidad al haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, en la Licitación Pública N° 02-2010-MPL/CE, bajo el ámbito del Decreto de Urgencia N° 078-2009 (Primera Convocatoria). Asimismo, se le otorgó un plazo de diez (10) días, a fin que cumpla con presentar sus descargos.
11. Teniendo en consideración que la Contratista no cumplió con presentar sus descargos dentro del plazo otorgado, mediante decreto de fecha 4 de julio de 2011, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos, remitiéndose el presente expediente a la Primera Sala del Tribunal.
12. Con Memorándum N° 030-2011 de fecha 13 de julio de 2011, se solicitó a la Secretaría del Tribunal que incorpore al presente expediente la Copia Informativa de la Partida N° 11063976, correspondiente a la Inscripción de Sociedades Anónimas de la empresa Luz Corporation S.A.C., el mismo que obra a folios 165 al 174 del expediente N° 21-2011-TC.
13. A través del decreto de fecha 14 de julio de 2011, se anexó al presente expediente la copia de los documentos solicitados mediante el Memorándum N° 030-2011 de fecha 13 de julio de 2011.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. En ese sentido, el Tribunal es el órgano que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los procedimientos de imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, en los casos expresamente tipificados en los artículos 51 y 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, norma aplicable al momento de la presunta comisión de la infracción, sin perjuicio de las acciones legales que les correspondan adoptar a las Entidades, dentro de sus respectivas atribuciones, en salvaguarda de sus intereses.
3. El presente procedimiento administrativo está referido a la supuesta responsabilidad de la Contratista, por haber contratado con la Estado pese a estar impedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 10 de la Ley, infracción tipificada en literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
4. Al respecto, dicha causal de infracción establece como supuesto de hecho indispensable para su configuración, que la Contratista haya suscrito contrato con el Estado, estando impedido para ello de acuerdo a las causales señaladas en el artículo 10 de la Ley, específicamente, por encontrarse incurso en el impedimento establecido en literal k) del artículo 10 del mencionado cuerpo normativo.
5. De esta manera, en virtud del literal k) del artículo 10 de La Ley, establece que están impedidos para ser postor y/o contratista –cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable– **las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales que formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado;** o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la

misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, participacionistas, o titulares este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente (el resaltado es nuestro)”.

Al respecto, debe indicarse que el impedimento del literal k) del artículo 10 de la Ley se encuentra circunscrito a que las personas jurídicas sancionadas con inhabilitación temporal y, por tanto, impedidas de contratar con el Estado, tuvieran negada la posibilidad de que, obviando la sanción impuesta, creen una nueva persona jurídica, de modo que puedan seguir contratando con el Estado. En efecto, “con la disposición bajo comentario se busca que los efectos de la sanción impuesta por el Tribunal no sean soslayados o desconocidos, lo cual podría suceder si una empresa sancionada, participa en procesos de selección y/o contrata con el Estado, a través de terceras personas, como empresas en las cuales participa a través de los socios, accionistas, participacionistas o titulares, influenciando en las decisiones y en la gestión de la empresa”⁽⁵⁾ (sic).

6. Ahora bien, la denuncia interpuesta, está referida a que la Contratista se encontraba impedida de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, toda vez que el 8 de enero de 2010 el Tribunal de Contrataciones a través de la Resolución N° 2759-2009-TC-S4, impuso a la empresa LUZA CORPORATION S.A.C. sanción de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de catorce (14) meses, siendo el Gerente General en esa fecha el señor Luis Demetrio Vilca Luza. De este modo, al ser la referida persona Gerente General de la Contratista, esta se encontraba impedida de participar en procesos de selección y contratar con el Estado conforme a lo establecido por el literal K) del artículo 10) de la Ley de Contrataciones del Estado.
7. En ese sentido, obra en autos a folios N° 028 al N° 030 del presente expediente administrativo, el contrato para la adquisición de dos volquetes para el mejoramiento de la capacidad operativa del área de maquinaria y equipo de la municipalidad provincial de lampa, suscrito por la Entidad y la Con-

(5) Texto extraído de la Opinión N° 005-2009/DOP del 29 de enero de 2009.

tratista el 30 de junio de 2010, el mismo que deriva del otorgamiento de Buena Pro de la Licitación Pública N° 02-2010-MPL/CE, bajo el ámbito del Decreto de Urgencia N° 078-2010. Dicho contrato fue firmado por el señor Luis Demetrio Vilca Luza, Gerente General de la Contratista, siendo este, según la denuncia interpuesta, Gerente General de la empresa Luza Corporation S.A.C.

Tal afirmación se ve corroborada con la información obtenida de la página web de la Superintendencia Nacional de administración Tributaria (Sunat), en la cual es posible verificar que Luis Demetrio Vilca Luza, con DNI N° 25602369 tiene el cargo de Gerente - Gereneral de la empresa LUZA CORPORATION S.A.C. desde el 28 de octubre de 2008. Asimismo, obra en el expediente administrativo, la Partida Registral N° 11063976 de la citada empresa, en la que se advierte que el señor Luis Demetrio Vilca Luza es nombrado Gerente General de la mencionada empresa, según escritura pública del 7 de noviembre de 2008, otorgada ante Notario Público, Luis Eduardo Manrique Salas.

8. En esa medida, teniendo en consideración que efectivamente a través de la Resolución N° 2759-2009-TC-S4, la misma que fue emitida el 23 de diciembre de 2009, se advierte que la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, impuso a la empresa LUZA CORPORATION S.A.C., (aquella representada por el señor Luis Demetrio Vilca Luza) sanción de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de catorce (14) meses. Asimismo, de conformidad con la información que obra en la base de datos del Registro Nacional de Proveedores del OSCE, dicha sanción se hizo efectiva desde el 8 de enero de 2010 al 7 de marzo de 2011.
9. De este modo, al advertirse que el Gerente General de la empresa Luza Corporation S.A.C. es el señor Luis Demetrio Vilca Luza, y que dicha empresa ha sido sancionada con inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, sanción vigente desde el 8 de enero de 2010, puede colegirse entonces que el Contratista, al momento de contratar con la Entidad (28 de abril de 2010), estaba impedida de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, de modo que en el presente caso la infracción imputada se ha configurado.

10. En ese orden de ideas, a efectos de graduar la sanción administrativa a imponerse, debe considerarse los criterios establecidos en el artículo 245 del Reglamento⁽⁶⁾.
11. Por lo cual, en relación con la naturaleza de la infracción cometida, la contratación con una Entidad estando impedido para ello, constituye una restricción legal (impedimento para contratar con el Estado) dispuesta a fin de velar por la seguridad y protección de los operadores de la contratación estatal.
12. Ahora bien, en cuanto al criterio de intencionalidad del infractor, debe precisarse que para graduar la sanción constituye un factor subjetivo que se dirige a medir el nivel de participación de la voluntad del agente en la comisión del ilícito. En tal sentido, resulta materialmente imposible que su probanza repose, en estricto, sobre la base de un medio probatorio objetivo. Por el contrario, a efectos de medir la intencionalidad, basta tomar en consideración una serie de hechos ciertos que permitan inferir claramente que existió voluntad de parte del infractor en la comisión del tipo, sea porque quiso obtener provecho propio o sea porque, en el peor de los casos, quiso causar algún tipo de daño. Por ello, el 28 de abril de 2010, el representante legal del Contratista tenía conocimiento que su otrora representada (LUZA CORPORATION S.A.C.) había sido sancionada a través de la Resolución N° 2759-2009-TC-S4, la misma que se hizo efectiva desde el 8 de enero de 2010, lo que revela la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.
13. De esta manera, en lo que atañe al daño causado, es relevante tomar en cuenta, por un lado, la cuantía que subyace el Contrato de fecha 28 de abril de 2010, por el monto de S/. 548,000.00 y, por el otro, que su conducta ge-

(6) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, se considerarán los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesa del infractor.

neró un daño a la Entidad, en tanto que el daño producto de una infracción administrativa surge con la sola realización de la conducta tipificada como sancionable, y que si bien es cierto, puede existir un grado mayor o menor de perjuicio realizado, es innegable el detrimento ocasionado a los fines y objetivos de la Entidad.

14. Asimismo, debemos tener presente que la Contratista ha sido sancionada con anterioridad por este Tribunal, mediante Resolución N° 822-2011-TC-S1 de fecha 17 de mayo del 2011, hecho que debe ser considerado como agravante al momento de graduar la presente sanción.
15. Por otra parte, respecto a la conducta procesal cabe señalar que la Contratista no ha cumplido con presentar sus descargos, demostrando con ello desinterés en la resultas del presente procedimiento administrativo sancionador.
16. Finalmente, resulta importante traer a colación el principio de razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Ada Rosa Basulto Liewald y la intervención de los Señores Vocales Dr. Carlos Vicente Navas Rondón y Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto; atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 15 de febrero de 2011; y, en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa COMPAÑÍA IMPORTADORA VAL S.A. sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de quince (15) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de su notificación.
2. Comunicar la presente Resolución a la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Navas Rondón

Ramírez Maynetto.

Basulto Liewald.

018 Interpretación restrictiva de la norma: Impedimentos se aplican para personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses

Impedimentos para ser participante, postor y/o contratista, establecidos en el artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, es una norma que restringe ciertos derechos del administrado, es de aplicación única y exclusiva a aquellas personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses al participar o contratar con el Estado.

Resolución N° 011-2012-TC-S1

Lima, 5 de enero de 2012

Visto en sesión del 5 de enero de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1837/2010.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Melanio Diaz Cubas, Empresa Constructora Y Servicios J.R. Aries S.R.L. y Consultores y Constructores M & M E.I.R.L. integrantes del Consorcio Bagua, por sus presuntas responsabilidades en la presentación de supuesta documentación falsa o información inexacta en la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E., para la “Construcción de la Estación experimental de Bagua del Proyecto SNIP N° 54590 Investigación y Desarrollo en Estaciones Experimentales del INDES-CES UNAT-A”; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 7 de octubre de 2010, la Universidad Nacional Toribio Rodríguez de Mendoza de Amazonas, en lo sucesivo la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E., para la “Construcción de la Estación experimental de Bagua del Proyecto SNIP N° 54590 Investigación y Desarrollo en Estaciones Experimentales del INDES-CES UNAT-A”, por un valor referencial ascendente a S/. 698 315.75 (seiscientos noventa y ocho mil trescientos quince y 75/100 nuevos soles).
2. El 3 de noviembre de 2011, se dieron a conocer los resultados de la evaluación y calificación de propuestas, oportunidad en la que se declaró por

otorgada la buena pro al Consorcio BAGUA conformado por Melanio Díaz Cubas, EMPRESA CONSTRUCTORA Y SERVICIOS J.R. ARIES S.R.L. y CONSULTORES Y CONSTRUCTORES M & M E.I.R.L., en lo sucesivo el Consorcio.

3. Posteriormente, mediante Resolución Rectoral N° 584-2010-UNAT-A-R del 10 de noviembre de 2011, la Entidad declaró la nulidad de oficio de la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E., al haber detectado que el Consorcio se encontraba impedido de ser postor conforme a lo establecido en el literal c) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, al confirmarse que el Ing. Melanio Díaz Cubas, integrante del Consorcio, es regidor de la Municipalidad Provincial de Bagua. La referida resolución dispuso que se retrotraiga el proceso de selección hasta la etapa de calificación y evaluación de propuestas.
4. El 17 de noviembre de 2011, con Resolución Rectoral N° 587-2010-UN-TRM-A se declaró desierto el presente proceso de selección al no existir postores que hayan cumplido con los requisitos técnicos mínimos establecidos en las Bases. En la misma fecha, mediante Resolución Rectoral N° 588-2010-UNAT-A-R, la Entidad dispuso cancelar el presente proceso de selección debido a que no se cuenta con terreno donde ejecutar la obra porque este fue revertido a favor de la Municipalidad.
5. El 27 de abril de 2010, la Entidad solicitó la aplicación de sanción contra el Consorcio Bagua al Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, por haber presentado documentación falsa o inexacta contenida en el Anexo N° 2 - Declaración Jurada, toda vez que de conformidad con el artículo 10 de la Ley, el Ing. Melanio Díaz Cubas tendría impedimento para ser postor y/o contratista en el proceso de selección.
6. Mediante decreto del 30 de diciembre de 2010, se le solicitó a la Entidad, que a fin de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, previamente cumpla con adjuntar el contrato suscrito con los integrantes del Consorcio, así como remitir el medio probatorio mediante el cual se sustente que se encontraba impedido para contratar con la Entidad.
7. Con fecha 28 de abril de 2011, se reiteró a la Entidad que cumpla con remitir la información y documentación requerida.

8. Mediante Oficio N° 140-2011-UNTRM-R de fecha 19 de mayo de 2011, la Entidad remitió la información solicitada. Para tales efectos, adjuntó el Informe N° 104-2011-UNTRM-R/AL, señalando que no existe un contrato suscrito con el Consorcio Bagua ya que solo participó en el proceso hasta la etapa de presentación y calificación de propuestas, etapa en la que el Comité Especial lo consideró como no admitido por contravenir el numeral c) del artículo 10 de la Ley.
9. Por decreto del 26 de mayo de 2011, se inició procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por su supuesta responsabilidad en la presentación, como parte de su propuesta técnica, de las declaraciones juradas de fecha 28 de octubre de 2010, en los cuales cada uno de los integrantes del Consorcio indicaron que no tenían impedimento para participar en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, documentos supuestamente falsos o inexactos presentados en la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E.; asimismo, se le emplazó para que dentro del plazo de diez días hábiles presentara sus descargos.
10. Con escrito del 25 de agosto de 2011 y subsanado el 31 de agosto de 2011, la Empresa Constructora y de Servicios J.R. ARIES S.R.L. se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos, de acuerdo a los siguientes términos:
 - i) La condición del consorciado Ing. Melanio Díaz Cubas, regidor de la Municipalidad Provincial de Bagua, sería un hecho que llamaría la aplicación del inciso c) artículo 10 de la Ley, sin embargo, esta se constituye en una norma restrictiva de derechos y en stricto sensu corresponde interpretarla. Respecto a la responsabilidad que se le atribuye, claramente resulta individualizable conforme al supuesto de hecho previsto en la norma.
 - ii) De los hechos que sustentan la denuncia de la Entidad, ninguno de ellos se constituye en una infracción, en tanto se tenga presente que los hechos descritos por la Entidad y el Tribunal, están referidos a la posibilidad que esté impedido una persona como regidor de una provincia participar como postor en una jurisdicción diferente.
 - iii) No se ha incurrido en ninguno de los supuestos configurativos de sanción previsto en el tipo de la norma citada, por lo tanto, no corresponde atribuirle responsabilidad alguna, puesto que no está dentro del supuesto de hecho del artículo 10 y no haberse presentado documentación falsa o inexacta ante la Entidad convocante.

11. Con escrito del 26 de agosto de 2011, el Ing. Melanio Díaz Cubas se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos, en los cuales señaló lo siguiente:
- i) Se ha efectuado una deliberada interpretación extensiva y por analogía del artículo 10, con el propósito de despojarlos de la buena pro, la prohibición aludida se encuentra delimitada a un espacio cuando expresa “en el ámbito de su jurisdicción (...)”. La norma no expresa que el impedimento se circunscriba a toda la jurisdicción departamental, lo que deviene en absurdo creer lo que se insinúa en las imputaciones que un regidor de la Municipalidad Provincial de Bagua pueda ejercer su “jurisdicción” en circunscripción territorial ajena, más allá de su ámbito de autoridad y que esta pueda extenderse sobre la misma jurisdicción de la provincia de Chachapoyas, donde la entidad convocante ubica su sede y domicilio (sic).
 - ii) Se está imputando al consorcio, la infracción contenida en el artículo 51.1 de la Ley, referido a la presentación de documentos falsos o información inexacta, se debe tener presente que para la configuración del supuesto de hecho de la norma respecto a documentación inexacta, se requiere acreditar que en la fecha de presentación de propuestas se encontraba impedido para participar en el proceso de selección. De igual modo, se requiere acreditar que a la fecha de presentación de propuestas la declaración jurada no ha sido válidamente expedida o haya sido adulterada en su contenido.
 - iii) En tal sentido, ninguno de los supuestos constitutivos de infracción alcanza a su representada, en tanto se tenga presente que los hechos que se desprenden de la lectura de los documentos alcanzados por la Entidad, estarían referidos a la posibilidad de estar impedido su persona como regidor de una provincia, participar como postor en una jurisdicción municipal distinta, aspecto no contemplado en la norma prohibitiva, que circunscribe el impedimento a la propia jurisdicción donde el regidor ejerce funciones.
12. Con escrito del 26 de agosto de 2011, Consultores y Constructores M & M E.I.R.L. se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos, de acuerdo a los siguientes términos:
- i) La condición del consorciado Ing. Melanio Díaz Cubas, regidor de la Municipalidad Provincial de Bagua, sería un hecho que llamaría

la aplicación del inciso c) artículo 10 de la Ley, sin embargo, esta se constituye en una norma restrictiva de derechos y en stricto sensu corresponde interpretarla. Respecto a la responsabilidad que se le atribuye, claramente resulta individualizable conforme al supuesto de hecho previsto en la norma.

- ii) De los hechos que sustentan la denuncia de la entidad, ninguno de ellos se constituye en una infracción, en tanto se tenga presente que los hechos descritos por la Entidad y el Tribunal, están referidos a la posibilidad que esté impedido una persona como regidor de una provincia participar como postor en una jurisdicción diferente.
 - iii) No se ha incurrido en ninguno de los supuestos configurativos de sanción previsto en el tipo de la norma citada, por lo tanto, no corresponde atribuirle responsabilidad alguna, puesto que no está dentro del supuesto de hecho del artículo 10 y no haberse presentado documentación falsa o inexacta ante la Entidad convocante.
13. Mediante decreto de fecha 5 de setiembre de 2011, se tuvo por apersonado a los integrantes del Consorcio, así como por presentados sus descargos y señalados sus domicilios procesales, remitiéndose el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
14. Posteriormente, habiéndose dispuesto mediante Resolución N° 574-2011-OSCE/PRE de fecha 2 de setiembre de 2011 la reconfirmación de las Cuatro Salas del Tribunal, designándose a los Presidentes y Vocales conformantes de cada Sala; por decreto del 5 de setiembre de 2011 se reasignó el expediente a la Primera Sala del Tribunal a fin de que continúe el procedimiento según su estado.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado contra los integrantes del Consorcio Bagua conformado por Melanio Díaz Cubas, EMPRESA CONSTRUCTORA Y SERVICIOS J.R. ARIES S.R.L. y CONSULTORES Y CONSTRUCTORES M & M E.I.R.L., por sus presuntas responsabilidades en la presentación de supuesta documentación falsa o información inexacta durante su participación en la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E.; infracción tipificada en el

literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽⁷⁾.

2. Al respecto, la infracción administrativa antes señalada, establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal o al OSCE.

Para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere acreditar la falsedad o inexactitud del documento cuestionado; es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente, o que siendo válidamente expedido haya sido adulterado en su contenido o que este sea incongruente con la realidad, produciendo un falseamiento de esta, a través del quebrantamiento de los Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad, respectivamente; de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

3. En el presente caso, la imputación efectuada contra los integrantes del Consorcio se refiere a la presentación de las declaraciones juradas de fecha 28 de octubre de 2010 (Anexo N° 2) en los cuales cada uno de los integrantes del Consorcio indicaron que no tenían impedimento para participar en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, documentos que contendrían información inexacta, al declarar que no tenían impedimento para participar en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado conforme al artículo 10 de la Ley.
4. Respecto a dicha imputación, la Entidad ha indicado que uno de los integrantes del Consorcio Bagua a pesar de tener conocimiento que se encontraba impedidos de ser participante, postor o contratista en su propuesta técnica presentó su Declaración Jurada, señalando que no tenía impedimento para participar en el proceso de selección, ni para contratar con el Estado, sin embargo, aquel era regidor de la Municipalidad Provincial de Bagua, lugar donde se ejecutaría la obra⁽⁸⁾.

(7) Aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

(8) En el Acta de Sesión del Comité Especial de fecha 10 de noviembre de 2010, el Comité ha indicado que la ejecución de la obra Estación Experimental, se realizará en el distrito de La Peca, provincia de Bagua, departamento de Amazonas y región Amazonas, por lo que el mencionado regidor está en el ámbito de su jurisdicción.

5. En su defensa, el Consorcio, en los descargos correspondientes, ha enfatizado que el artículo 10 de la Ley, es una norma que debe ser interpretada de manera restrictiva, no pudiendo ser aplicados por analogía a situaciones o hechos que no se encuentran expresamente contemplados.
6. Ahora bien, sobre el tema en particular, resulta necesario traer a colación que **en el artículo 10 de la Ley se regulan las situaciones o hechos que constituyen impedimentos para que una persona pueda participar en los procesos de selección convocados por las Entidades y contratar con el Estado**, 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, sobre la base de supuestos que pueden generar situaciones de injerencia, ventajas o privilegios de ciertas personas que, por las funciones o labores que cumplen o cumplieron, o por los vínculos particulares que mantienen, pueden exponerse a casos de conflictos de intereses o generar serios cuestionamientos sobre la objetividad e imparcialidad con que pueda llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.
7. De acuerdo a ello, **el literal c) del artículo 10 de la Ley** establece que están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas: “En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores”. (el resaltado es nuestro).
8. En ese sentido, de acuerdo a los hechos denunciados en el presente caso, a efectos de determinarse si las Declaraciones Juradas de fecha 28 de octubre de 2010 –Anexo N° 02– contienen información inexacta, debe delimitarse el hecho que de la revisión al presente expediente se ha establecido que la Empresa Constructora y Servicios J.R. Aries S.R.L. y Consultores y Constructores M & M E.I.R.L. no tendrían el referido impedimento toda vez que este se circunscribe únicamente al cargo que poseía el Ing. Melanio Díaz Cubas, por lo que debe determinarse dicha situación de acuerdo a la documentación presentada por la Entidad.
9. Al respecto, conforme a lo informado por la Entidad, a folios 352 se encuentra el Oficio N° 940-2010-MPB de fecha 10 de noviembre de 2010 emitido por la Municipalidad Provincial de Bagua a través de la cual, el

Alcalde Ing. Luis Núñez Terán informa que el Ing. Melanio Díaz Cubas es regidor de dicha comuna en el periodo de 2007 a 2010 por el partido Acción Popular, información que también se encuentra publicada en la página web del Jurado Nacional de Elecciones.

10. No obstante lo señalado anteriormente, este Colegiado considera que debe realizarse un análisis más exhaustivo a efectos de delimitarse los alcances del impedimento contenido en el literal c) del artículo 10 de la Ley, ya que adoptar una definición tan extensa referente a que cualquier vocal de alguna Corte Superior de Justicia, alcalde o regidor estaría incurso en el impedimento, equivaldría a estatuir, como regla general, la imposibilidad de ser participante, postor y/o contratista del Estado para toda aquella persona que, ostentando tales cargos, sea la provincia o distrito en que se encuentre, se estaría soslayando el principio de interpretación estricta que debe realizarse a las normas que restringen derechos, como son las establecidas en el artículo 10 de la Ley (impedimentos para ser Postor y/o Contratista).
11. En relación a ello, resulta de suma importancia tener en cuenta lo prescrito en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, a tenor del cual “toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no contravengan leyes de orden público”, y en el mismo sentido los principios de Libre Concurrencia y Competencia y de Trato Justo e Igualitario⁽⁹⁾, señalan que los procesos de contrataciones incluirán regulaciones y tratamientos que promuevan y fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

(9) Principios contenidos en el numeral 4 de la Ley, conforme a los siguientes términos:

Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...).

c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

(...)

k) Principio de Trato Justo e Igualitario: Todo postor de bienes, servicios o de obras debe tener participación y acceso para contratar con las Entidades en condiciones semejantes, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas.

12. Asimismo, no puede soslayarse que el Tribunal Constitucional ha ratificado la vigencia del Principio General del Derecho, según el cual “Las normas que restringen derechos deben ser aplicadas restrictivamente”⁽¹⁰⁾ y en ese sentido ha sostenido lo siguiente:

“El Tribunal Constitucional, en diversas oportunidades, ha sostenido, sobre la base del principio general de libertad, que el ser humano, en principio, es libre para realizar todo aquello que no esté prohibido en virtud de una ley, ni obligado de hacer aquello que la ley no manda. En ese sentido, si bien las limitaciones a los derechos fundamentales solo pueden establecerse respetando el principio de legalidad, la interpretación de una limitación legalmente impuesta, deberá además, realizarse en términos necesariamente restrictivos, encontrándose vedada la interpretación analógica, in malam partem, de las normas que restrinjan derechos.

Ese es el sentido general con el que debe entenderse el artículo 139, inciso 9) de la Constitución, según el cual constituye uno de los principios que informan el ejercicio de la función jurisdiccional, pero también un derecho subjetivo constitucional de los justiciables, “**El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos**” (el resaltado es nuestro) (...)⁽¹¹⁾.

Del mismo modo, ha señalado, respecto de los alcances de dicho principio, lo siguiente:

“En efecto, los alcances de dicho principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos no han de entenderse restrictivamente como pertenecientes solo al ámbito del derecho penal y procesal penal, **sino como aplicables a todo el ordenamiento jurídico, particularmente cuando con una medida limitativa de derechos el Estado intervenga en el seno del contenido constitucionalmente protegido de estos**” (el resaltado es nuestro).

(10) Exp. N° 04084-2009-PA/TC.

(11) Exp. N° 2235-2004-AA/TC.

13. En el caso concreto, uno de los integrantes del Consorcio tenía el cargo de regidor y sus funciones se ejercían en la jurisdicción de la provincia de Bagua, siendo que la Entidad que convocó el proceso de selección era una entidad ajena a dicha circunscripción territorial y se encuentra ubicada en la provincia de Chachapoyas debiendo restringirse a dicha provincia el impedimento y no al departamento de Amazonas⁽¹²⁾. De acuerdo a lo manifestado por la Entidad, no se ha podido evidenciar, por ese solo hecho de tener la calidad de regidor, que aquel haya tenido algún tipo de injerencia, influencia o poder de decisión a su favor para con la Entidad a fin de ser seleccionado.
14. Al respecto, conforme al artículo 37⁽¹³⁾ de la Ley N° 27972 - Ley Orgánica de Municipalidades, las Municipalidades se clasifican, en función de su jurisdicción, en municipalidades provinciales, sobre el territorio de la respectiva provincia.
15. En ese orden de ideas, cuando la Ley de Contrataciones del Estado y la Ley Orgánica de Municipalidades mencionan “en el ámbito de su jurisdicción” y “en función de su jurisdicción”, debe relacionarse al lugar de convocatoria del proceso de selección, en tanto es en ese contorno o perímetro de espacio o lugar, en el que el postor, participante y/o contratista, que para el caso particular es un Regidor, podría contar con privilegios o prerrogativas a su favor. Una interpretación en contrario, implicaría restringir la participación de postores en un proceso de selección, principio ajeno al que rige en la Ley y el Reglamento, en tanto que en los procesos de contrataciones deben incluirse regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores, ideal que subyace en el Principio de Libre Concurrencia y Competencia.

(12) La división administrativa de Amazonas está compuesta por 7 provincias: Chachapoyas, Bagua, Bongará, Condorcanqui, Luya, Rodríguez de Mendoza y Utcubamba.

(13) Las municipalidades se clasifican, en función de su jurisdicción y régimen especial, en las siguientes:
En función de su jurisdicción:
1. La municipalidad provincial, sobre el territorio de la respectiva provincia y el distrito del cercado.
2. La municipalidad distrital, sobre el territorio del distrito.
3. La municipalidad de centro poblado, cuya jurisdicción la determina el respectivo concejo provincial, a propuesta del concejo distrital.
Están sujetas a régimen especial las siguientes:
1. Metropolitana de Lima, sujeta al régimen especial que se establece en la presente ley.
2. Fronterizas, las que funcionan en las capitales de provincia y distritos ubicados en zona de frontera.

16. En ese sentido, de acuerdo a lo manifestado por la Entidad de definir el ámbito de la jurisdicción⁽¹⁴⁾ por la ubicación de la ejecución de la obra, la misma que se hubiera ejecutado⁽¹⁵⁾ en el distrito de La Peca, provincia de Bagua, provincia distinta del domicilio de la Entidad, es una interpretación extensa que no guarda relación con el espíritu del literal c) del artículo 10 de la Ley, así como lo establecido en la Ley Orgánica de Municipalidades.
17. En consecuencia, se considera que el literal c) del artículo 10 de La Ley, en los términos en los que está redactado y considerando que es una norma que restringe ciertos derechos del administrado, es de aplicación única y exclusiva a aquellas personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses al participar o contratar con el Estado; por lo que no debería determinarse por su sola calidad de Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, Alcaldes y Regidores, que aquellos se encuentren impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, sino solo en la medida en que aquellos ostenten ciertas ventajas respecto de sus competidores.
18. Sobre la base de lo expuesto, se advierte que el Ing. Melanio Díaz Cubas, a la fecha de convocatoria y otorgamiento de buena pro de la Adjudicación Directa Pública N° 004-2010/UNAT-A/C.E., estaba ocupando el cargo de regidor en la Municipalidad Provincial de Bagua; no se ha evidenciado que dicha persona haya tenido capacidad decisoria con relación a algún acto referido a dicho proceso de selección, ni jerarquía que le permitiera influir en la contratación de la obra; menos aún si tiene en cuenta que dicho proceso de selección se desarrolló en la provincia de Chachapoyas y, el citado ingeniero desempeñaba el cargo de regidor en la provincia de Bagua.
19. En conclusión, este Colegiado es de la opinión que en el presente caso no se ha configurado el presupuesto de impedimento al cual alude el literal c) del artículo 10 de la Ley, por lo tanto, la Declaración Jurada en la que el Ing. Melanio Díaz Cubas, integrante del Consorcio Bagua, manifestó no tener impedimento para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado no contiene información inexacta; por lo que la imputación hecha en contra de los integrantes del Consorcio debe ser declarada no ha lugar⁽¹⁶⁾.

(14) Término “jurisdicción” entendido como la autoridad, poder, potestad o dominio para gobernar, dictar y/o hacer cumplir las normas dentro de determinada circunscripción territorial.

(15) Se hace referencia a que se hubiera ejecutado la obra debido a que mediante Resolución Rectoral N° 588-2010-UNAT-A-R, la Entidad dispuso la cancelación del proceso de selección.

(16) Véase la Resolución N° 1785-2011-TC-S1.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa contra el Ing. Melanio Díaz Cubas, por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a los fundamentos expuestos.
2. Declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa contra Empresa Constructora y Servicios J.R. ARIES S.R.L., por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a los fundamentos expuestos.
3. Declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa contra la empresa Consultores y Constructores M & M E.I.R.L., por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme a los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

019 **Aplicación de principios: Libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario**

La Ley dispone una serie de impedimentos en la participación en un proceso de selección y/o para contratar con el Estado, 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 que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.

Resolución N° 610-2013-TC-S1

Lima, 21 de marzo de 2013

Visto en sesión de fecha 21 de marzo de 2013 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1028/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Distribuciones y Negocios Gaby S.R.L. por supuesta responsabilidad al haber presentado información inexacta y por haber contratado con el Estado, estando impedido para ello, en el marco de la Licitación Pública N° 001-2010/UNP, convocada por la Universidad Nacional de Piura, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 27 de abril de 2010, la Universidad Nacional de Piura, en adelante la Entidad, convocó la Licitación Pública N° 001-2010/UNP, para la “Adquisición de alimentos para el Comedor Universitario”, por un valor referencial de S/. 377 813,70 (trescientos setenta y siete mil ochocientos trece y 70/100 nuevos soles).

El 25 de junio de 2010, se llevó a cabo el acto público de presentación de propuestas y otorgamiento de la buena pro. En dicho acto, el Comité

Especial otorgó la buena pro del ítem 3 a la empresa Distribuciones y Negocios Gaby S.R.L.

El 21 de julio de 2010, la Entidad y la empresa Distribuciones y Negocios Gaby S.R.L., en adelante el Contratista, suscribieron el contrato correspondiente, por la suma de S/. 118 090,56 (ciento dieciocho mil noventa y 56/100 nuevos soles). Cabe mencionar que el documento respectivo fue suscrito por la señora Mirtha Gaby Huancas Vela, como Gerente General, en representación del Contratista.

2. Mediante Memorando N° 329-2011/DSF-SPG, presentado el 26 de julio de 2011, la Dirección de Supervisión, Fiscalización y Estudios del OSCE, remitió al Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la Denuncia N° 751-2011 formulada por el señor José Francisco Silva Santos, en adelante el Denunciante.

El Denunciante manifestó que el Contratista se encontraba impedido de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, puesto que la señora Mirtha Gaby Huancas Vela, pariente del señor Miguel Aristides Adrianzén Huancas, docente de la Facultad de Arquitectura de la Entidad, era representante legal y tuvo el 18% de participaciones en la empresa hasta el 6 de julio de 2010. Como sustento de sus aseveraciones, remitió copia de la partida registral del Contratista y las actas de nacimiento de los señores Adrianzén Huancas y Huancas Vela.

3. Por decreto del 3 de agosto de 2011, el Tribunal corrió traslado de la denuncia a la Entidad para que remita un informe técnico legal sobre la supuesta responsabilidad del Contratista respecto de los hechos denunciados, adjuntando los documentos que sustenten que cometió la infracción imputada, dentro del plazo de diez (10) días, bajo responsabilidad y apercibimiento de comunicar a su Órgano de Control Institucional, en caso de no atender el requerimiento.
4. Por decreto del 21 de diciembre de 2011, el Tribunal reiteró su solicitud a la Entidad, concediéndole el plazo de cinco (5) días, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, comunicando su incumplimiento a su Órgano de Control Institucional.
5. Previa razón de la Secretaría del Tribunal, en la que se informa que la Entidad no remitió la información requerida, mediante decreto del 19 de enero

de 2012, se hizo efectivo el apercibimiento y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que evalúe la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista.

6. Mediante Acuerdo N° 126/2012.TC-S1 del 5 de marzo de 2012, la Primera Sala del Tribunal dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por contratar con el Estado estando impedido para ello y por presentar documentos inexactos a la Entidad, por los fundamentos siguientes:
 - a) Existen evidencias de que el señor Miguel Arístides Adrianzén Huancas y la señora Mirtha Gaby Huancas Vela son parientes en cuarto grado de consanguinidad.
 - b) Si bien no resultaría claro cuál habría sido la participación del señor Miguel Arístides Adrianzén Huancas en la referida adquisición, existen evidencias de que dicha persona trabaja como docente de la Facultad de Arquitectura de la Entidad.
 - c) Si bien de acuerdo con la información que obra en los Registros Públicos, se advierte que, en virtud de la Escritura Pública del 6 de julio de 2010, en donde se inserta el Acta de Junta General de Socios del 3 de julio de 2010, se acordó remover del cargo de gerente del Contratista a la señora Huancas Vela, lo que implicaría que a la fecha de suscripción del contrato, ella no figuraba como su representante legal, no puede soslayarse que el documento que contiene el contrato se encuentra suscrito por la referida persona.
7. Por decreto del 7 de marzo de 2012, el Tribunal inició procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por supuesta responsabilidad al contratar con el Estado estando impedido para ello y por la presentación de la Declaración Jurada de acuerdo al artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con información inexacta, infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, y se le otorgó el plazo de diez (10) días para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente, en caso de incumplimiento.

8. Con escrito presentado el 25 y subsanado el 29 de mayo de 2012, el Contratista se apersonó a la instancia y expuso sus descargos, manifestando lo siguiente:
- a) La prohibición establecida en el literal d) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, no es absoluta. Su interpretación debe realizarse en concordancia con la ley especial de la materia, es decir, la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, aprobada por Decreto Legislativo N° 276, en cuyo artículo 23 se han establecido las prohibiciones de los trabajadores de los servicios públicos, siendo una de ellas, el celebrar por sí o por terceros, intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad. Por tanto, para que se configure la infracción, no es suficiente que el proveedor o sus parientes sean servidores o funcionarios, sino que es indispensable que estos tengan intervención en la adquisición.
 - b) Las universidades deben regir su actuación a la Ley N° 23733. En el artículo 43 de dicho cuerpo legal, se establece que es inherente a la docencia universitaria la investigación, la enseñanza, la capacitación permanente y la producción intelectual, lo que implica que los docentes que solo ejercen dicha función, no cumplen funciones administrativas, de modo que no tienen injerencia en actividades administrativas como los procesos de contratación.
 - c) De acuerdo a lo establecido en el artículo 48 del ROF de la Entidad, la Oficina Central de Ejecución Presupuestaria es la encargada de administrar los sistemas de contabilidad, presupuesto, tesorería, abastecimiento y de control de activo fijo. Dicha oficina, dependiente del Vicerrectorado Administrativo, es la que tiene a su cargo la realización de los procesos de selección.
 - d) A la fecha de presentación de propuestas y suscripción del contrato, el señor Miguel Arístides Adrianzén Huancas, pariente de la entonces socia y gerente general, se desempeñaba exclusivamente como profesor universitario de la Facultad de Arquitectura, por lo que no tuvo injerencia alguna en el proceso de selección. En consecuencia, el Contratista tampoco se encontraba impedido de ser postor y suscribir el contrato, ni ha presentado documentación inexacta.

9. Por decreto del 6 de junio de 2012, se tuvo por apersonado al Contratista, por presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal.
10. Con escrito presentado el 27 de junio de 2012, el Contratista remitió la Carta s/n del 22 de marzo de 2012, en la que la Entidad deja constancia que “(...) el Arq. Adrianzén, durante los meses de junio y julio el año 2010, conforme a la consulta realizada, se ha desempeñado únicamente como docente de la Facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Nacional de Piura” (sic).
11. Por decreto del 5 de julio de 2012 se reasignó y remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, conformada por Resolución N° 174-2012-OSCE/PRE.
12. El 18 de septiembre de 2012, se declaró frustrada la audiencia pública, debido a la inasistencia de las partes.
13. Mediante decreto de fecha 9 de octubre de 2012, se amplió los cargos en el presente procedimiento a la empresa Distribuciones y Negocios Gaby S.R.L. por supuesta responsabilidad en la infracción prevista en el literal g) del citado artículo 10 de la Ley, al haber indicios que el señor Asterio Miguel Albines Adrianzén y la señora Mirtha Gaby Huancas Vela, parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad del señor Miguel Arístides Adrianzén Huanca (docente de la Facultad de Arquitectura), respectivamente, tenían participaciones superiores al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la Licitación Pública N° 001-2010/UNP, convocada por la Universidad Nacional de Piura, y le otorgó el plazo de diez (10) días para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente, en caso de incumplimiento.
14. Mediante escritos presentados el 12 y 20 de noviembre de 2012, el Contratista presentó sus descargos, precisando que en la Cédula de Notificación N° 22136/2012.TC se indicó que la infracción que se le imputa es la infracción tipificada en el literal g) del artículo 51 de la Ley, no obstante lo correcto es que se le imputa la infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo que cumplía con presentar sus descargos en atención a dicha infracción, bajo los siguientes términos:

- a) La infracción que se le imputa no es absoluta, sino que ha sido condicionada, a lo que para ello se disponga en leyes especiales, en la materia, es decir las del tipo laboral o universitario, puesto que en el artículo 10 de la Ley literalmente establece lo siguiente:

“Artículo 10.- Impedimentos para ser postor y/o contratista

(...)

d) En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según ley especial de la materia”.

- b) Para que se configure la infracción corresponde analizar lo que se ha establecido en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo N° 276, en cuyo artículo 23 se han establecido las prohibiciones de los trabajadores de los servidores públicos, siendo una de ellas, las contempladas en el literal e), que dispone lo siguiente “Celebrar por sí o por terceras personas o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad”.
- c) En la citada disposición normativa, existe la condición de que la prohibición de contratar con el Estado es solo cuando el funcionario o servidor público tenga intervención directa o indirecta en los contratos con su Entidad; es decir, no es suficiente que se acredite el grado de parentesco, sino que se demuestre la condición ya anotada lo que no ha ocurrido en el presente caso, dado que el señor Miguel Arístides Adrianzén Huanca cuando se llevó a cabo el proceso de selección, se desempeñó como docente, desde cuya condición no puede haber tenido injerencia alguna en la licitación, puesto que las acciones propias de esta son de tipo administrativo.
- d) La Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, es clara en precisar que la prohibición de contratar con el Estado es cuando el funcionario o servidor público tiene

injerencia directa o indirecta en el proceso de contratación, los docentes universitarios están comprendidos en una ley especial, la Ley Universitaria - Ley N° 23733, conforme a la cual por regla general no desempeñan funciones administrativas, salvo el rector y vicerrectores; por tanto, si un proceso de selección es parte de un procedimiento administrativo, y los docentes no tienen ninguna función en ese sentido, bajo ningún supuesto pueden tener injerencia alguna en las decisiones administrativa que se tomen respecto de una licitación pública, como la que llevó a cabo la Entidad.

- e) Lo dispuesto en la Ley Universitaria ha sido plasmado en el caso de la Entidad, pues en el artículo 18 de su Reglamento de Organización y Funciones (ROF), se establece que la planificación y gestión de esa casa de estudios corresponde al Vicerrectorado Administrativo y las actividades relativas a la contratación están a cargo de la Oficina Central de Ejecución Presupuestaria, a la que pertenece la oficina de abastecimiento.
- f) Al Vicerrectorado Académico le corresponden las actividades relacionadas con el estudio, la educación y la difusión del saber y la cultura, tal como lo establecen las normas legales aplicables, las cuales son ajenas a las del tipo administrativo. Por consiguiente, si el profesor Miguel Arístides Adrianzén Huancas, dentro de sus funciones no tenía ninguna relacionada con las de tipo administrativo y mucho menos con las de contrataciones del Estado, no tenía ninguna injerencia en la licitación para la adquisición de alimentos para comedor universitario, no estando impedido de ser participante, postor o contratista en dicho proceso de selección.
- g) El Tribunal, en otro casos en los que incluso tratándose de trabajadores que sí cumplían funciones administrativas, pero que no tuvieron participación directa o indirecta en la contratación, ha concluido que no se ha configurado la infracción que se le imputa, de modo que si se considera que el señor Miguel Arístides Aadrianzén Huanca tenía la calidad de docente, con mucha más razón se puede afirmar que su participación, directa o indirecta, en el proceso de contratación es improbable.

- h) Se ha demostrado que el docente en mención no tenía posibilidad alguna de participar, de ningún modo, en el proceso de selección, en el supuesto negado que no se admita tal argumentación, debe tenerse en cuenta lo establecido en el numeral 9) del artículo 230 de la Ley N° 27444, que es la aplicación del derecho a la inocencia, mientras no se pruebe lo contrario, por lo que correspondería que, en todo caso, que para que se concluya la comisión de la infracción se demuestre de manera fehaciente, que el profesor Miguel Aristides Adrianzén Huanca, tuvo alguna participación en la contratación.
15. Mediante decreto de fecha 21 de noviembre de 2012, se tuvo por apersonado al Contratista, por presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad del Contratista al contratar con el Estado estando impedido para ello y por haber presentado documentación con información inexacta, infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos.

Respecto a la causal de infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley

2. Conforme se ha señalado, un primer punto de análisis en el presente procedimiento sancionador versa sobre la supuesta responsabilidad en la que habría incurrido la empresa DISTRIBUCIONES Y NEGOCIOS GABY S.R.L., al haber suscrito el Contrato de fecha 21 de julio de 2010, estando impedida para ello.
3. En dicho sentido, corresponde a este Tribunal avocarse, en primer término, a evaluar la configuración de la infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley, en la que habría incurrido la mencionada empresa, debiendo tenerse presente en el caso de autos, que tal imputación encuentra sustento en el hecho que los señores Asterio Miguel Albines Adrianzén y Mirtha Gaby Huancas Vela, parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad del señor Miguel Aristides Adrianzén Huancas (docente de la Facultad de Arquitectura de La Entidad), respectivamente, tenían

participaciones superiores al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce meses anteriores a la convocatoria del proceso de selección en cuestión.

4. Resulta pertinente mencionar que el ordenamiento en materia de contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en condiciones de igualdad en los procesos de selección que llevan a cabo las Entidades del Estado.

Sin embargo, la libertad de participación de postores en condiciones de igualdad constituye, a su vez, el presupuesto que sirve de fundamento para establecer restricciones a la libre concurrencia en los procesos de selección, en la medida que existen determinadas personas o funcionarios cuya participación en un proceso de selección podría afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

5. En ese sentido, cabe recordar que el artículo 10 de la Ley dispone una serie de impedimentos en la participación en un proceso de selección y/o para contratar con el Estado, 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 que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.
6. El citado artículo 10 de la Ley regula una serie de restricciones a la libre participación de postores en los procesos de selección, estableciendo “impedimentos para ser participante, postor y/o contratista del Estado”, en todo proceso de contratación pública.

El literal d) del artículo 10 de la Ley establece que, entre otros, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas, en la Entidad a la que pertenecen, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia.

De acuerdo a lo dispuesto en el literal f) del citado artículo 10, dicho impedimento se extiende, al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

El literal g) del mismo artículo 10 establece que también están impedidas las personas jurídicas en las que las personas señaladas precedentemente tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria.

Adicionalmente, el literal i) del artículo 10 del Reglamento señala que el impedimento abarca, en el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas anteriormente, a las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes.

7. De conformidad con lo informado por la Entidad y de la documentación obrante en autos, se evidencia la relación de parentesco entre la señora Mirtha Gaby Huancas Vela y el señor Miguel Aristides Adrianzén Huancas, teniendo el parentesco de primos hermanos, vale decir en cuarto grado de consanguinidad; así como la relación de parentesco entre el señor Asterio Miguel Albines Adrianzén y el señor Miguel Aristides Adrianzén Huancas, siendo el primero hijo de la hermana de este último, vale decir en tercer grado de consanguinidad.
8. De la información obrante en autos, se observa que el Arquitecto Miguel Aristides Adrianzén Huancas durante los meses de junio y julio del año 2010 se ha desempeñado como docente de la facultad de Arquitectura y Urbanismo de la Universidad Nacional de Piura.
9. Según consta en la Partida N° 00114853, el Contratista es una empresa constituida por Escritura Pública del 29 de noviembre de 2000, con un capital de 2,255 participaciones, distribuidas entre la señora Mirtha Gaby Huancas Vela (2,000) y el señor Hernán Alberto Torres Manzanares (255). Cabe señalar que la señora Huancas Vela fue designada como gerente por el plazo de dos (2) años.

En virtud de la Escritura Pública del 28 de diciembre de 2000, presentada el 10 de enero de 2001, el señor Hernán Alberto Torres Manzanares decidió transferir sus 255 participaciones a favor del señor Asterio Miguel

Albines Adrianzén, por lo que la nueva distribución fue la siguiente: Mirtha Gaby Huancas Vela, con 2,000 participaciones y Asterio Miguel Albines Adrianzén con 255 participaciones.

Por Juntas Universales de Socios del 4 de diciembre de 2002 y 3 de marzo de 2002, y títulos presentados el 5 de febrero de 2003, se acordó nombrar como gerente a la señora Mirtha Gaby Huancas Vela por un periodo de dos (2) años, lo cual fue ratificado y ampliado por dos (2) años más, en Junta General del 6 de abril de 2004, presentada el 19 de abril de 2004. Por Escritura Pública del 18 de mayo de 2006 que inserta el Acta de Junta General Extraordinaria del 15 de mayo de 2006, documento presentado el 18 de mayo de 2006, se ratificó en el cargo de gerente en forma indefinida a la señora Mirtha Gaby Huancas Vela.

Mediante Escritura Pública del 26 de diciembre de 2007, que recoge lo acordado en Junta General extraordinaria del 19 de diciembre de 2007, presentada el 28 de enero de 2008, se aumentó el capital social, dividido en 102,373 participaciones, distribuidas de la siguiente manera: Mirtha Gaby Huancas Vela con 2,000 participaciones, y Asterio Miguel Albines Adrianzén con 100,373 participaciones. Igualmente, en virtud de la Escritura Pública del 22 de octubre de 2009, que recoge el Acta de Junta General Extraordinaria del 10 de octubre de 2009, se aumentó el capital social, dividido en 202,443 participaciones, distribuidas entre Mirtha Gaby Huancas Vela con 38,227 y Asterio Miguel Albines Adrianzén con 164,216.

Mediante Escritura Pública del 6 de julio de 2010 que adjunta el Acta de Junta General del 3 de 2010, presentada el 7 del mismo mes y año, y registrada el 16 de julio de 2010, se aprecia que la señora Mirtha Gaby Huancas Vela transfirió el íntegro de sus participaciones (38,227), realizando una donación a favor del señor Hernán Alberto Torres Manzanares. En las mismas fechas, se acordó remover del cargo de gerente a la señora Mirtha Gaby Huancas Vela, designando al señor Hernán Alberto Torres Manzanares en su reemplazo.

Lo anterior evidencia que la señora Mirtha Gaby Huancas Vela, hasta antes del 6 de julio de 2010, tenía 38,227 participaciones (18,88%), es decir contaba con una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital social del Contratista dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria (27 de abril de 2010), y que a la fecha de suscripción

del contrato (21 de julio de 2010) ya no contaba con el cargo de gerente, aunque, conforme se evidencia del contrato en cuestión, lo suscribió en calidad de gerente del Contratista, pese a que ya no contaba con tal cargo.

Asimismo, se aprecia que el señor Asterio Miguel Albines Adrianzén a la fecha de presentación de propuestas (25 de junio de 2010) y suscripción del contrato (21 de julio de 2010) contaba con 164,216 participaciones (81%), es decir cuenta con una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital social del Contratista.

10. En consecuencia, este Colegiado concluye que el Contratista se encuentra inmerso en el impedimento contemplado en el literal g) en concordancia con los literales d) y f) del artículo 10 de la Ley y que, a pesar del referido impedimento, el 21 de julio de 2010 suscribió el contrato con la Entidad, hecho que configura la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, al haber contratado estando impedido para ello.
11. Sin perjuicio de lo expuesto, se tiene que el Contratista ha presentado su escrito de descargos, en el cual ha señalado que no se ha configurado la infracción imputada, toda vez que conforme se establece en el artículo 23 de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 276, los servidores públicos están prohibidos, entre otros, a celebrar por sí o por terceras personas o intervenir, directa o indirectamente, en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad contratos, y que, por tanto, conforme a dicha norma, la prohibición de contratar con el Estado es cuando el funcionario o servidor público tiene injerencia directa o indirecta en el proceso de selección.

Asimismo, indica que de acuerdo a la Ley Universitaria, Ley N° 23733, los docentes no desempeñan funciones administrativas, por lo que ningún docente puede tener injerencia alguna en las decisiones administrativas que se tomen en los procesos de selección, y que, en consecuencia, al no tener el señor Miguel Arístides Adrianzén Huancas, dentro de sus funciones, ninguna injerencia en el proceso de selección, la empresa DISTRIBUCIONES Y NEGOCIOS GABY S.R.L. no se encuentra impedida de ser participante, postor o contratista en dicho proceso de selección, no habiendo cometido, por tal motivo, la infracción imputada.

12. Al respecto, es importante mencionar que en los términos en los que está redactado el literal d) del artículo 10 de la Ley, se concluye que la sola enunciación de las personas impedidas para ser participantes, postores y/o contratistas, deben ser interpretadas de forma estricta, no pudiéndose realizar interpretaciones diferentes, en donde la Ley no ha hecho diferencia o excepción alguna.

Respecto a la causal de infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley

13. Para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado, es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.

Por otro lado, la documentación inexacta supone la presentación de documentos no concordantes o congruentes con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de esta, a través del quebrantamiento de los Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar, y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG.

Sobre el tema, el numeral 42.1 del artículo 42 de la LPAG, establece que 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, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole *iuris tantum*, pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada, cuando existan indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a la verdad.

De manera concordante con lo manifestado, el inciso 4) del artículo 56 del mismo cuerpo legal, estipula como uno de los deberes generales de los administrados, la comprobación de la autenticidad, previamente a

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

14. Al respecto, de acuerdo a las Bases integradas del proceso de selección, el Contratista debía adjuntar a su propuesta técnica el documento denominado Anexo N° 3 - Declaración Jurada (artículo 42 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado), declarando no tener impedimento para participar en el proceso de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 10 de la Ley, razón por la cual deberá determinarse si la información proporcionada por aquel referida al citado impedimento, corresponde o no a la realidad.

En tal sentido, habiéndose verificado que en efecto a la fecha de presentación de propuestas (25 de junio de 2010) el Contratista sí se encontraba impedido para ser postor y/o contratista, conforme se ha concluido en el análisis de la causal imputada precedentemente; por lo que debe concluirse que el referido documento contiene información inexacta, esto es, no concordante con la realidad.

15. De esta manera, se concluye que el Contratista resulta pasible de sanción administrativa al haber incurrido en las infracciones previstas en los literales d) e i) numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo que debe imponérsele sanción no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.

Determinación de la sanción a imponer

16. Para graduar la sanción administrativa a imponerse, debe considerarse los criterios establecidos en el artículo 245 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
17. De esta manera, atendiendo a la naturaleza de la infracción, debe tenerse en cuenta que esta reviste una considerable gravedad pues vulnera el Principio de Moralidad que rige a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas, conforme a lo prescrito en el literal b) del artículo 4 de la Ley.
18. En cuanto al criterio de intencionalidad del infractor, se advierte que la conducta desarrollada por la empresa en mención ha permitido contratar con el Estado, pese a que se encontraba inmerso en uno de los impedimentos establecidos en el artículo 10 de la Ley.

19. Asimismo, en cuanto a la conducta procesal del infractor, es necesario tener presente que ha presentado sus descargos durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador.
20. Por otro lado, se debe tener en cuenta que el infractor no cuenta con antecedentes respecto a sanciones de suspensión y/o inhabilitación temporal o definitiva para participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado.
21. De igual manera, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
22. Por otro lado, cabe mencionar que en el presente caso se ha advertido que, el 21 de julio de 2010, la Entidad y la señora Mirtha Gaby Huanca Vela suscribieron el contrato correspondiente a la Licitación Pública N° 001-2010/UNP, pese a que esta última ya no tenía el cargo de gerente de la empresa en mención, conforme se aprecia de la Partida N° 00114853, hecho que debe ser puesto en conocimiento de su Órgano de Control Institucional, para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes.
23. Por último, cabe mencionar que la comisión de las infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley por parte la empresa DISTRIBUCIONES Y NEGOCIOS GABY S.R.L., cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar con fecha 25 de junio de 2010 y 21 de julio de 2010, fecha en que fue presentado el documento inexacto y se suscribió el contrato en cuestión, respectivamente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Mario Arteaga Zegarra y la intervención del Vocal Héctor Inga Huamán y la Vocal Violeta Lucero Ferreyra Coral, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012,

y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la empresa Distribuciones y Negocios Gaby S.R.L. con inhabilitación temporal por el periodo de dieciséis (16) meses en sus derechos a participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por su responsabilidad en la comisión de las infracciones tipificadas en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017; sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para las anotaciones de ley correspondientes.
3. Poner la presente Resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad para que, en mérito a sus atribuciones, adopte las medidas que estime pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Inga Huamán.

Ferreyra Coral.

Arteaga Zegarra.

020 Participación de funcionarios: La normativa les impone restricciones debido a la naturaleza de sus atribuciones

La libertad de participación de postores en condiciones de igualdad constituye, a su vez, el presupuesto que sirve de fundamento para establecer restricciones a la libre concurrencia en los procesos de selección, en la medida que existen determinadas personas o funcionarios cuya participación en un proceso de selección podría afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

Resolución N° 626-2013-TC-S1

Lima, 25 de marzo de 2013

Visto en sesión del 22 de marzo de 2013, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1242.2012.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa KRASNY DEL PERÚ S.R.L., por supuesta responsabilidad en haber contratado con el Estado estando impedido para ello en la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS, para la “Adquisición de reactivos de inmunología II con equipo en cesión de uso para el Hospital Alberto Sabogal Sologuren”, convocada por el Seguro Social de Salud –EsSalud– Red Asistencial Sabogal; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 23 de junio de 2011, el Seguro Social de Salud – EsSalud – Red Asistencial Sabogal, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS, para la “adquisición de reactivos de inmunología II con equipo en cesión de uso para el Hospital Alberto Sabogal Sologuren”, por un valor referencial ascendente a S/. 146 533.80 (ciento cuarenta y seis mil quinientos treinta y tres con 80/100 nuevos soles).

De acuerdo con la información registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace, el 18 de julio de 2011, se llevó a cabo el acto de Presentación de Propuestas. Conforme a lo manifestado por la

Entidad, el 21 de julio de 2012, se adjudicó la Buena Pro a la empresa Krasny del Perú S.R.L.

El 19 de agosto de 2011, la Entidad y la empresa Krasny del Perú S.R.L., en adelante el Contratista, suscribieron el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS.

2. A través del Memorando N° 464-2012/DSU, presentado el 24 de agosto de 2012 en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la Dirección de Supervisión comunicó la supuesta comisión de la infracción tipificada en los literales d) e i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, por parte del Contratista.
3. Por medio del decreto del 28 de agosto de 2012, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se corrió traslado a la Entidad para que cumpla con (i) remitir un Informe Técnico Legal de su asesoría, sobre la procedencia y presunta responsabilidad del Contratista, donde debía señalar en forma clara y precisa sobre las supuestas infracciones en las que habría incurrido de acuerdo a las causales de sanción tipificadas en el artículo 51 de la Ley, (ii) en el supuesto de haber contratado con el Estado estando impedida para ello, la Entidad debía adjuntar copia del Contrato suscrito entre la Entidad y el Contratista, y los documentos que sustentan el mencionado impedimento, (iii) en el supuesto de haber presentado documentación falsa o con información inexacta, debía de remitir la misma, así como su respectiva acreditación, en mérito a una verificación posterior, (iv) adjuntar copia legible de la propuesta técnica que presentó la mencionada empresa en el proceso antes indicado de selección, la misma que deberá estar debidamente ordenada y foliada cronológicamente, entre otros documentos; por lo que se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.
4. Con Carta S/N presentado el 26 de setiembre de 2012, la Entidad remitió parcialmente lo solicitado por Secretaría del Tribunal; asimismo, remitió el Informe Técnico Legal N° 001-OA-AODM-G-RAS-ESSALUD-2012.
5. Mediante decreto del 27 de setiembre de 2012, se solicitó a la Entidad que cumpla con subsanar su comunicación, debiendo remitir un informe

técnico-legal complementario de su asesoría donde se pronuncie sobre la procedencia y presunta responsabilidad del Contratista de acuerdo a las causales de sanción tipificadas en el artículo 51 de la Ley, debiendo señalar en forma clara y precisa las supuestas infracciones en las que habría incurrido. Del mismo modo, se le solicitó que presente copia legible de la propuesta técnica del Contratista, otorgándole cinco (5) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

6. A través de la Carta N° 1777-OA-OADM-G-RAS-ESSALUD-2012 del 27 de setiembre de 2012, la Entidad remitió al Tribunal copia del expediente de contratación del proceso de selección.
7. Con decreto del 17 de octubre de 2012, vista la razón expuesta por la Secretaría del Tribunal, la Presidencia del Tribunal remitió el presente expediente a la Tercera Sala del Tribunal a fin de que cumpla con emitir el respectivo pronunciamiento sobre la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista.
8. Mediante Acuerdo N° 702/2012.TC-S3 del 5 de noviembre de 2012, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su presunta responsabilidad al haber contratado con el Estado estando impedido para ello de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley, infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo que se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos. Asimismo, del análisis a la información del expediente, se determinó que no correspondía iniciar procedimiento sancionador respecto del literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
9. El 20 de noviembre de 2012, el Contratista presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - i) Según el Principio de Libertad de Contratar, los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía contractual o en la judicial.

- ii) Si bien, el literal f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado prohíbe que el cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente de la República, contraten con el Estado, dicha norma no prohíbe a la empresa o persona jurídica que tiene existencia propia. El señor Alexis Humala Tasso no contrató con el Estado, lo hizo la persona jurídica que tiene vida propia y tiene existencia distinta de sus miembros.
- iii) Toda sociedad tiene derecho a contratar con quien desee; así, al obligar a las sociedades a elegir a determinados socios y no a los que señala la prohibición, está afectando la autonomía privada de la sociedad. Se tiene que tener en cuenta que siendo la sociedad la que contrata y no los socios actuando de manera personal, resulta ilógico que dicha prohibición exista porque quien contrata es la misma empresa y no los socios ya que la contratación se realiza por los intereses de la empresa y no de los intereses personales de los socios, ni menos sus familiares y cónyuges.
- iv) Respecto al impedimento legal de uno de los socios a contratar con el Estado, precisó que están inscritos en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) desde el año 2008 y continuamente han ido renovando su inscripción de acuerdo a la normativa vigente. Es la Dirección del RNP de OSCE la obligada por ley a observar y verificar que la información presentada y sustentada por los proveedores al momento de inscribir y/o renovar su inscripción en el RNP, por lo que no puede excusarse o eximirse de responsabilidad a dicha Dirección al no haber cumplido con su obligación legal oportunamente, pues de haberse dado alguna observación, esta hubiera sido subsanada y/o informada por su representada, respecto a la situación societaria de la empresa.
- v) El señor Alexis Marcos Humala Tasso, fue incluido en la Declaración Jurada como socio de su representada de acuerdo al Registro de Personas Jurídicas de Lima; sin embargo, se debe aclarar que el señor Humala Tasso dejó de ser socio y Gerente de Relaciones Públicas de su representada a partir de la suscripción del Acta de Junta Extraordinaria de Socios de fecha 20 de julio de 2011, no ejerciendo cargo gerencial para tomar decisiones.

- vi) En relación a lo expuesto, precisaron que, si bien es cierto el artículo 291 de la Ley General de Sociedades, establece como formalidad que la transferencia de participaciones de una sociedad comercial de responsabilidad limitada, se dé mediante escritura pública y se inscriba en Registros Públicos. Dicha gestión que se encuentra en trámite, no puede ser motivo o fundamento para desconocer o declarar nula la transferencia y revocación de su cargo o la fecha cierta de la misma, pues cuando la ley impone una forma y esta no la sanciona con nulidad por su inobservancia, como es el caso, dicha acta constituye un medio de prueba de la existencia del acto y la fecha cierta de la misma, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 144 del Código Civil.
 - vii) El agravio que les causa la imputación es directamente en lo económico y la reputación ganada por su representada, ocasionando un daño irreparable en sus ventas y, por ende, en las familias de sus trabajadores, sin perjuicio de mencionar la existencia de responsabilidades penales, que no son acordes con la situación legal.
10. Con decreto del 22 de noviembre de 2012, se tuvo por apersonado al presente procedimiento administrativo al Contratista y se remitió el presente expediente a la Primera Sala para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley, norma vigente al momento de la ocurrencia de los hechos, en la que habría incurrido el Contratista, al haber contratado con el Estado estando impedido para ello en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS, para la “adquisición de reactivos de inmunología II con equipo en cesión de uso para el Hospital Alberto Sabogal Sologuren”.
2. En dicho sentido, corresponde a este Tribunal evaluar en primer lugar el impedimento contenido en el artículo 10 de la Ley, toda vez que la imputación por haber contratado con el Estado estando impedido para ello se sustenta en la existencia de parentesco de consanguinidad entre el señor Alexis Marcos Humala Tasso, participacionista de la empresa Krasny del

Perú S.R.L., y el señor Ollanta Humala Tasso, actual Presidente de la República, hecho que es de público conocimiento.

3. Resulta pertinente mencionar que el ordenamiento en materia de contrataciones del Estado ha consagrado, como regla general, la posibilidad de que toda persona natural o jurídica pueda participar en condiciones de igualdad en los procesos de selección que llevan a cabo las Entidades del Estado.

Sin embargo, la libertad de participación de postores en condiciones de igualdad constituye, a su vez, el presupuesto que sirve de fundamento para establecer restricciones a la libre concurrencia en los procesos de selección, en la medida que existen determinadas personas o funcionarios cuya participación en un proceso de selección podría afectar la transparencia, imparcialidad y libre competencia, debido a la naturaleza de sus atribuciones o por la condición que ostentan.

4. En ese sentido, cabe recordar que el artículo 10 de la Ley dispone una serie de impedimentos en la participación en un proceso de selección y/o para contratar con el Estado, 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 que puedan llevarse a cabo los procesos de contratación, bajo su esfera de dominio o influencia.
5. El citado artículo 10 de la Ley regula una serie de restricciones a la libre participación de postores en los procesos de selección, estableciendo “impedimentos para ser participante, postor y/o contratista del Estado”, en todo proceso de contratación pública.

El literal a) del artículo 10 de la Ley establece, entre otros, que el Presidente de la República está impedido de ser participante, postor y/o contratista, en todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo.

De acuerdo a lo dispuesto en el literal f) del citado artículo 10, dicho impedimento se extiende, al cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

Adicionalmente, el literal g) del mismo artículo 10 establece que también están impedidas las personas jurídicas en las que las personas señaladas precedentemente tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria.

Como puede verse, la infracción a la que se refieren los incisos f) y g) se configura, para las personas descritas en los respectivos literales, respecto del ámbito y tiempo establecidos en el literal a), es decir, en toda contratación pública, entendiéndose por ella, a los procesos de contratación que se financien con fondos públicos y durante el tiempo que dure la gestión del funcionario impedido y hasta 12 meses después de haber dejado el cargo.

6. Con relación a ello, según consta en el Asiento B 00001 de la Partida Registral N° 11210755, expedida por la Zona Registral N° IX Sede Lima de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos, mediante Escritura Pública de fecha 27 de marzo de 2002 y por Acuerdo de Junta General del 28 de febrero de 2002, se dispuso, entre otros, el nombramiento como Gerente de Relaciones Públicas de la empresa KRASNY DEL PERÚ S.R.L. al señor Alexis Marcos Humala Tasso, identificado con DNI N° 09389109.

Seguidamente, conforme se advierte de la información contenida en el Asiento B 00002 de la acotada partida registral, por Escritura Pública del 12 de mayo de 2008 y por Acuerdo de Junta General del 15 de abril de 2008, se dispuso aumentar el capital en la suma de S/. 100,000.00 por aporte en efectivo, y se modificó el artículo siguiente: “artículo 5.- El capital es de S/. 101,400.00 representado por 101,400 participaciones de un valor de S/. 1.00 cada una, suscritas y pagadas de la siguiente forma: Alexis Marcos Humala Tasso (propietario de 25,350 participaciones); Carlos Humberto Quiñe Rodríguez (propietario de 25,350 participaciones); María Cristina Martínez Corro (propietaria de 25,350 participaciones) y Giovanna Luz Quiñe Rodríguez (propietaria de 25,350 participaciones)” (sic).

Esta información es concordante con la Base de Datos del Registro Nacional de Proveedores, en la que el señor Alexis Marcos Humala Tasso, figura

con 25,350 participaciones, sumando un total de 25% de participación en el capital social de la empresa Krasny del Perú S.R.L.

7. Seguidamente, del Consolidado de Datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec), correspondientes a los señores Alexis Marcos Humala Tasso y Ollanta Moisés Humala Tasso, se puede advertir el vínculo de consanguinidad en segundo grado que existe entre ambos.

En consecuencia, se evidencia que el señor Alexis Marcos Humala Tasso, participacionista y Gerente de Relaciones Públicas de la empresa Krasny del Perú S.R.L., es pariente en segundo grado de consanguinidad del señor Ollanta Moisés Humala Tasso, actual Presidente de la República, quien asumió el cargo desde el 28 de julio de 2011, por lo que se concluye que el Contratista se encuentra inmerso en el impedimento denunciado.

8. En consecuencia, al ser el señor Alexis Marcos Humala Tasso, participacionista y Gerente de Relaciones Públicas de la empresa Krasny del Perú S.R.L., pariente en segundo grado de consanguinidad del señor Ollanta Moisés Humala Tasso, actual Presidente de la República quien asumió el cargo en julio del año 2011, se concluye que dicha empresa se encontraba inmersa en el impedimento denunciado para participar en el proceso de selección, configurándose la infracción tipificada en el literal d) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley, al haber suscrito el contrato derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS.
9. Al respecto, el Contratista ha presentado su escrito de descargos en el cual ha señalado en primer lugar que se debe tener en cuenta el Principio de Libertad de Contratar, por el cual los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.

Sobre el particular, debe señalarse que si bien existe la libertad de contratar y los términos contractuales no pueden ser modificados, ello no enerva el hecho que en materia de contratación pública, la normativa especial, es decir, la Ley y su Reglamento, establecen restricciones y prohibiciones que deben ser observadas tanto por las Entidades como por los proveedores, participantes, postores y contratistas que participan en los procesos de selección.

En tal sentido, en la medida que el Contratista participó en la Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS, para la “adquisición de

reactivos de inmunología II con equipo en cesión de uso para el Hospital Alberto Sabogal Sologuren”, y suscribió un contrato dentro del marco legal de la Ley y su Reglamento, se encuentra obligado al cumplimiento de los mismos, como es el de observar los impedimentos establecidos en la Ley y, por ende, de las sanciones que correspondan cuando se transgrede la normativa en contrataciones.

10. El Contratista también argumentó que no ha incurrido en ningún impedimento debido a que mediante Acta de Junta General Extraordinaria de Socios de fecha 20 de julio de 2011 se aprobó, entre otros, la transferencia de las 25,350 participaciones del señor Alexis Marcos Humala Tasso a favor del señor Víctor Armando Cumpa Sullon y se revocó al señor Alexis Marcos Humala Tasso del cargo de Gerente de Relaciones Públicas de Krasny del Perú S.R.L., con lo cual al existir un documento de fecha cierta, que no requiere de inscripción en los Registros Públicos, no se ha incurrido en la infracción.

En torno a lo expuesto, más allá de la transferencia aludida respecto a la cual ha presentado copia del Acta donde consta dicha transferencia, resulta pertinente señalar que sí corresponde inscribir el régimen de representantes en Registros Públicos, a efectos de que sea oponible frente a terceros. En efecto, de conformidad con el Principio de Legitimación Registral, contemplado en el artículo 2013 del Código Civil, el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

A ello debe agregarse que la Ley N° 26366, Ley que Crea el Sistema Nacional de Registros Públicos, establece en el literal b) de su artículo 3 como una de las garantías del mismo, la intangibilidad del contenido de los asientos registrales, salvo título modificatorio posterior o sentencia judicial firme. De igual forma, el artículo VII del Título Preliminar del Reglamento General de Registros Públicos, aprobado por Resolución N° 195-2001-SUNARP-SN, dispone que: “los asientos registrales se presumen exactos y válidos. Producen todos sus efectos y legitiman al titular registral para actuar conforme a ellos, mientras no se rectifiquen en los términos establecidos en este Reglamento o se declare judicialmente su invalidez”.

En virtud de la anotada presunción legal –de carácter *iuris tantum*, en tanto el Poder Judicial no disponga lo contrario– se debe privilegiar la información que consta en la citada Partida Registral N° 11210755, y por lo tanto entender que la revocatoria del cargo de Gerente de Relaciones Públicas del señor Alexis Marcos Humala Tasso no es oponible al no haber sido inscrita en los Registros Públicos, al momento en que el Contratista presentó su propuesta.

De la revisión a la Partida Registral N° 11210755 de la empresa Krasny del Perú S.R.L. –con fecha de impresión 25 de setiembre de 2012– se aprecia que la última inscripción fue la de aumento de capital y modificación de estatuto en el Asiento B00002, sin que figure inscrito el acuerdo de revocatoria de cargo y de poderes del Gerente de Relaciones Públicas contenido en el Acta de Junta General Extraordinaria de Socios de fecha 20 de julio de 2011.

En consecuencia, al no haberse inscrito la revocatoria del señor Alexis Marcos Humala Tasso del cargo de Gerente de Relaciones Públicas, este no ha surtido efectos frente a terceros.

11. Por otro lado, el Contratista ha señalado que si bien, el literal f) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones del Estado, prohíbe al cónyuge, conviviente o pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad del Presidente de la República a contratar con el Estado; sin embargo, esta norma no prohíbe a la empresa o persona jurídica que tiene existencia propia.

De la revisión de dicho artículo, se puede evidenciar que la normativa vigente ha previsto dos tipos de impedimentos, el directo y el indirecto, el primero de ellos imposibilita de ser participante, postor y contratista a aquellas personas que ostentan determinado puesto público o característica en un periodo de tiempo y ámbito determinado, como ocurre con el Presidente de la República, Vicepresidentes, regidores, directores o gerentes de empresas del Estado, o quienes hayan tenido injerencia en la elaboración de especificaciones técnicas y en la determinación del valor referencial, o se encuentren con sanción administrativa temporal o definitiva, entre otros supuestos. Tales impedimentos son los indicados en los literales a), b), c), d), e) y j) del artículo 10 de la Ley.

Por otro lado, los impedimentos indirectos hacen referencia a aquellas personas naturales o jurídicas que están imposibilitadas de ser participante, postor y contratista no por una característica propia o inherente a su condición propia, sino por el vínculo o relación que tengan con las personas impedidas directamente por la Ley de Contrataciones. Estos impedimentos son los indicados en los literales f), g), h), i) y k) del artículo 10 de la Ley.

A efectos de constatar la configuración de la integridad de los impedimentos indirectos resulta necesario e indispensable remitirse a los de naturaleza directa, toda vez que sin ellos no podría determinarse el real alcance de la norma.

Con lo expuesto, se tiene que el señor Alexis Humala Tasso, si bien no contrató con el Estado de forma directa, lo hizo la persona jurídica del cual forma parte y que por tanto, conforme a los argumentos señalados, sí se encontraba impedida para contratar con el Estado.

12. En cuanto al argumento que afirma que su empresa contó con renovaciones a su RNP en forma continua sin incurrir en ninguna causal de improcedencia de renovación de su trámite, y que el OSCE le expidió la Constancia de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, debe precisarse que es responsabilidad de todo administrado el actuar conforme a ley y conocer los derechos, obligaciones e impedimentos a las que está sujeta su actuación, comportamiento que todo proveedor diligente debe observar en los procesos de selección y de ejecución contractual.
13. En ese sentido, de la información remitida por la Dirección del Registro Nacional de Proveedores, se advierte que la empresa Krasny del Perú S.R.L. cuenta con el señor Alexis Marcos Humala Tasso como participacionista con 25,350.00 participaciones, lo que equivale al 25% del total del capital de la citada empresa, quien en la fecha de suscripción del contrato derivado del proceso de selección, mantenía vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad con el Presidente de la República, quien juramentó para asumir el cargo el 28 de julio de 2012, configurándose, de esta forma, el impedimento para ser participante, postor y/o contratista en un proceso de selección y contratar con el Estado, de conformidad con los literales a), f), g) e i) del artículo 10 de la Ley, conforme se ha señalado precedentemente.
14. Por ende, este Tribunal concluye que corresponde imponerle al Contratista sanción administrativa por haber contratado con el Estado estando impedido para ello.

Determinación de la sanción a imponer

15. Con relación a ello, se debe tener en cuenta que, mediante Resolución N° 247-2013.TC-S3 de fecha 7 de febrero de 2013, la cual se encuentra debidamente consentida, el Tribunal impuso a la empresa Krasny del Perú S.R.L. sanción administrativa de inhabilitación definitiva en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
16. En razón a lo expuesto, y considerando que la sanción administrativa de inhabilitación definitiva supone la privación permanente de los derechos del infractor para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, carece de objeto imponer a la citada empresa una sanción adicional de la misma naturaleza.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Mario Fabricio Arteaga Zegarra, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012 en la Separata de Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificatoria, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar que carece de objeto que el Tribunal emita pronunciamiento respecto de la aplicación de sanción a la empresa Krasny del Perú S.R.L., por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción prevista en el literal d) del numeral 51.1 del artículo 51 en el marco de Adjudicación Directa Selectiva N° 059-2011/ESSALUD/RAS, para la “adquisición de reactivos de inmunología II con equipo en cesión de uso para el Hospital Alberto Sabogal Sologuren”, por los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Inga Huamán.

Ferreyra Coral.

Arteaga Zegarra.

CAPÍTULO IV

NO MANTENER VIGENTE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

La infracción administrativa de no mantener vigente la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores está contenida en el inciso e) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

e) Se registren como participantes, presenten propuestas, o suscriban un contrato o acuerdo de Convenio Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

021 **Inscripción en el RNP: Su renovación es de exclusiva responsabilidad de los proveedores**

La renovación oportuna de las personas naturales o jurídicas de su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, es de su exclusiva responsabilidad, para lo cual deben tomar en consideración el procedimiento a seguir así como los plazos máximos concedidos a favor del administrado, a fin de que no se produzcan interrupciones en la vigencia de su inscripción que perjudiquen su capacidad legal para seguir siendo considerados participantes hábiles en un proceso de selección o para suscribir contratos con el Estado.

Resolución N° 454-2011-TC-S4

Lima, 15 de marzo de 2011

Visto en sesión de fecha 15 de marzo de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1050.2010.TC sobre Procedimiento Administrativo Sancionador contra la empresa Macom R.M. Contratistas Generales S.A.C., por supuesta responsabilidad en no suscribir injustificadamente el contrato, así como haber participado en el proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, respecto a la Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP/DIRBIEMAR (Primera Convocatoria), para la “Remodelación de las áreas del Club de Playa Lurín”; y, atendiendo a lo siguiente:

ANTECEDENTES:

1. El 16 de junio de 2010, la Marina de Guerra Del Perú - Dirección de Abastecimientos, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP/DIRBIEMAR (Primera Convocatoria), para la “Remodelación de las áreas del Club de Playa Lurín”, por un valor referencial de S/. 350,000.00 (trescientos cincuenta mil con 00/100 nuevos Soles).
2. El 12 julio de 2010, se efectuó el acto mediante el cual se le adjudicó la Buena Pro a la empresa Macom R.M. Contratistas Generales S.A.C., siendo debidamente notificada de dicho acto mediante Carta V.100-036 el

13 de julio del mismo año, a fin de otorgarle el plazo establecido para la suscripción del respectivo contrato.

3. Mediante Carta V.100-2008 de fecha 9 de agosto de 2010, la Entidad, puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, que la empresa MACOM R.M CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., en adelante el Postor, había incurrido en supuesta responsabilidad en la comisión de las infracciones tipificadas en los literales a) y e) del artículo 237 del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en lo sucesivo el Reglamento.
4. A fin de sustentar lo antes señalado, la Entidad manifestó lo siguiente:
 - i) Con fecha 12 de julio de 2010, se otorgó la Buena Pro del Proceso Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP/DIRBIEMAR, para la Obra “Remodelación de las Áreas Recreativas del Club Playa Lurín”, Al postor MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., asimismo en dicha fecha quedó consentida la buena pro por existir un solo postor calificado.
 - ii) Con Carta V.100-036 de fecha 13 de julio de 2010, el Presidente del Comité Especial citó al postor ganador de la buena pro, a fin de que presente los requisitos indispensables para suscribir el contrato en un plazo no menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles desde su notificación, realizada el mismo día.
 - iii) Con fecha 27 de julio de 2010, el postor ganador de la buena pro presentó sus documentos a fin de suscribir el respectivo contrato, sin embargo se hizo la verificación que los documentos presentados eran insuficientes para la suscripción del contrato.
 - iv) Con fecha 2 de agosto de 2010, el comité especial encargado del Proceso de Selección, declaró desierto el proceso de selección.
5. Por decreto de fecha 12 de agosto de 2010, el Tribunal dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador al Postor por su supuesta responsabilidad en la comisión de las infracciones tipificadas en los literales a) y e) del artículo 237 del Reglamento y lo emplazó para que formulara sus descargos dentro del plazo de diez (10) días hábiles.

6. Mediante escrito, recibido el 20 de octubre de 2010, el Postor presentó sus descargos, manifestando los siguientes argumentos:
- i) Que, la Dirección de Bienestar de la Marina de Guerra del Perú - Dirbiemar, convocó al proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP-DIRBIEMAR, conforme al cronograma establecido para dicho proceso de selección, con el cual se estableció que el Otorgamiento de la Buena Pro, se efectuaría el 8 de julio de 2010, en acto privado a través del Seace.
 - ii) Mediante Carta V.100.036 del 13 de julio de 2010, el Presidente del Comité Especial del Ministerio de Defensa de la Dirección de Bienestar de la Marina de Guerra del Perú, les comunica que habiéndose otorgado la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP-DIRBIEMAR, para la ejecución de la obra “Remodelación de las Áreas Recreativas del Club de Playa Lurín” en el término de 10 (diez) días hábiles, deben cumplir con presentar la documentación especificada en las bases para la formalización del contrato correspondiente, dentro de las cuales se requería la constancia de inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, teniendo como plazo para suscribir el contrato hasta el 27 de julio de 2010.
 - iii) Con fecha 25 de mayo de 2010, se efectuó el pago para la renovación del Registro de Proveedores de Ejecutores de Obra, conforme se aprecia de la copia del voucher de pago efectuado en el Banco de Crédito BCP, a la Cuenta N° 193-1852329-0-92, signado con el Código de usuario N° 0002428687443, por la suma de S/. 781.00.
 - iv) Con fecha 3 de junio de 2010, presentamos la solicitud de Renovación para la Ejecución de Obras con trámite N° 2010-257176-Lima.
 - v) Con fecha 9 de julio del mismo año, se indica que su trámite se encuentra observado tan solo en la parte legal (acreditar a los socios y el número de acciones de cada uno, declarar en la solicitud oficial en la parte de socios/accionistas/titular, los datos solicitados, así como declarar correctamente en la planilla los datos completos del profesional acreditado.

- vi) Con fecha 13 de julio de 2010, se obtiene la Constancia de Proveedores (provisional) del Registro Nacional de Proveedores.
 - vii) Con fecha 15 de julio de 2010, y dentro del plazo para efectuar el levantamiento de las observaciones, se presentó la observación requerida.
 - viii) Con fecha 20 de julio del mismo año, toman conocimiento que al no haber supuestamente cumplido con levantar las observaciones, se da por terminado el trámite.
 - ix) Con fecha 27 de julio de 2010, presentamos el Recurso de Reconsideración signado con el trámite N° 2010-383181-Lima, en el cual exponemos las razones por la cual consideramos que al haber dado por terminado el procedimiento de renovación de inscripciones en el Registro de Proveedores, sin haber levantado las observaciones no la consideramos acorde con los descargos presentados dentro del término establecido por la misma entidad.
 - x) Con fecha 20 de agosto de 2010, se registra que desde el 18 de agosto del mismo año, contamos con el Registro Nacional de Proveedores, como ejecutores de obra (sic).
7. Con decreto de fecha 25 de octubre de 2010, se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.
8. Con fecha 14 de diciembre de 2010, se llevó a cabo la diligencia de Audiencia Pública en la cual se efectuaron los respectivos informes por parte de la empresa MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., y por parte de la MARINA DE GUERRA DEL PERÚ.
9. Con decreto de fecha 15 de diciembre de 2010, la Segunda Sala del Tribunal, solicitó al Registro Nacional de Proveedores, lo siguiente:

(...).

A la subdirección del Registro Nacional de Proveedores:

Sírvase informar sobre la vigencia de la inscripción de la empresa Macom R.M Contratistas Generales S.A.C., en el periodo de junio

a agosto del presente año, asimismo sírvase remitir el Resumen Histórico hasta la fecha tanto de su inscripción, como las respectivas renovaciones, del mismo modo, sírvase informar respecto al recurso de reconsideración que la empresa antes citada presentó ante su dependencia, así como el pronunciamiento que se expidió al respecto.

(...).

10. Con fecha 21 de diciembre de 2010, la Subdirección del RNP, remitió información solicitada indicando lo siguiente:

(...)

MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., con RUC N° 20428687443, se encuentra inscrito como proveedor de Bienes, de Servicios y como Ejecutor de Obras, con Registro N° B0034893, N° S0125397 y N° 10356, respectivamente, históricamente sus periodos de vigencia, incluyendo el año 2010, son:

Registro de Bienes y Servicios:

Desde el 06/11/2006 hasta 06/11/2007

Desde el 02/09/2010 hasta el 02/09/2011

Registro de Ejecutor de Obras:

Desde el 06/02/2004 hasta el 06/02/2006

Desde el 11/12/2006 hasta el 11/12/2007

Desde el 15/01/2008 hasta el 15/01/2009

Desde el 18/08/2010 hasta el 18/07/2011

(...).

11. Con decreto de fecha 14 de enero de 2010, la Segunda Sala del Tribunal, solicitó a la Marina de Guerra del Perú - Dirección de Bienestar, lo siguiente:

(...)

A LA ENTIDAD - MARINA DE GUERRA DEL PERÚ - DIRECCIÓN DE BIENESTAR:

Sírvase informar qué cargo laboral desempeñaba en vuestra institución, el Capitán de Fragata Miguel Barrios Cánepa, al 13 de julio de 2010.

(...).

12. Con decreto de fecha 21 de enero de 2011, la Segunda Sala del Tribunal, reiteró el pedido de información adicional solicitada a la Marina de Guerra del Perú - Dirección de Bienestar.
13. Por decreto de fecha 16 de febrero de 2011, y en razón a la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE del 15 de febrero del mismo año, se reasignó el presente expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para resolver.
14. Con fecha 22 de febrero de 2011 se declaró frustrada la diligencia de Audiencia Pública por inasistencia de las partes.

FUNDAMENTACIÓN:

De los procedimientos sancionadores:

1. El inicio del presente procedimiento administrativo sancionador ha sido decretado a consecuencia de la supuesta comisión, por parte del Postor, de las infracciones tipificadas en los literales a) y e), inciso 1 del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF⁽¹⁾, en adelante el Reglamento, norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados, referente a no suscribir injustificadamente el contrato, así como haber participado en el proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, respecto de la Adjudicación Selectiva N° 031-2010-MGP/DIRBIEMAR (Primera Convocatoria).
2. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones tiene a su cargo el conocimiento de procedimientos de imposición de sanción administrativa de suspensión o inhabilitación definitiva en los casos expresamente previstos en el artículo 51.2 de la Ley y el artículo 237 de su Reglamento.

(1) **Artículo 237.- Infracciones y Sanciones Administrativas.-**

1. Infracciones

Se impondrá la sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

No mantengan su oferta hasta el otorgamiento de la buena pro y, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato; no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitido a su favor.

e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el RNP.

3. El artículo 235 del Reglamento prevé que la facultad de imponer sanción administrativa temporal o definitiva, a que se contrae los artículos 51 y 52 de la Ley, a proveedores, participantes, postores y contratistas, según corresponda por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.
4. En tal sentido, se aprecia que las causales de sanción imputadas al Postor están referidas a la no suscripción injustificadamente del Contrato, así como haber participado en el proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, las cuales se encuentran tipificadas en los literales a) y e) del artículo 237 del Reglamento.

Respecto a la no Suscripción Injustificada de contrato

5. De lo antes expuesto, se verifica que para la configuración del supuesto de hecho contenido en la norma acotada, se requiere previamente acreditar que la Entidad haya respetado el procedimiento de suscripción del contrato conforme a lo previsto en el numeral 1) del artículo 148 del Reglamento, que dispone que, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro, la Entidad deberá citar al postor ganador, otorgándole el plazo establecido en las bases, el cual no podrá ser menor de cinco (5) ni mayor de diez (10) días hábiles, dentro del cual deberá presentarse a la sede de la Entidad para suscribir el contrato con toda la documentación requerida. Asimismo, el numeral 2) del artículo precitado establece que cuando el postor ganador no se presente dentro del plazo otorgado, perderá automáticamente la buena pro, sin perjuicio de la sanción administrativa aplicable.
6. Los plazos mencionados precedentemente han sido previstos por la norma de la materia a favor del Postor ganador de la buena pro, constituyendo un límite a la actuación de la Entidad para que esta no le otorgue plazos arbitrarios que le impidan recabar los documentos necesarios para la respectiva suscripción del contrato.
7. En ese orden de ideas, corresponde determinar de manera previa si la Entidad ha seguido el debido procedimiento para la suscripción del contrato.
8. Al respecto, y para acreditar el cumplimiento del debido procedimiento para suscribir contrato, debe advertirse que el otorgamiento de la buena pro

a favor del Postor se desarrolló en acto privado publicado en el Seace el 12 de julio de 2010, de conformidad con lo establecido en el artículo 75 del Reglamento⁽²⁾ y 25 del Reglamento⁽³⁾.

9. En ese sentido, el consentimiento de la buena pro se publicó en el Seace el 13 de julio del mismo año, ello según el artículo 77 del mismo cuerpo normativo⁽⁴⁾; por esta razón, La Entidad tenía que citar al Postor para que suscriba el contrato dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a dicho consentimiento, esto es hasta el 15 de julio de 2010.
10. En el marco de lo indicado en el numeral precedente, cabe señalar que, de la documentación remitida por la Entidad, se verifica la Carta V.100-036, recibida el 13 de julio de 2010 la cual obra en el folio 025, la que ha sido señalada por la Entidad como la que sirvió de citación del contrato; sin embargo, del análisis de dicha carta se evidencia que, tal citación fue suscrita por el Presidente del Comité Especial y no por algún funcionario perteneciente al Órgano Encargado de las Contrataciones, a tenor de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 77 del Reglamento.
11. De lo mencionado, en lo que respecta al agente emisor de la citación recibida el 21 de abril de 2010, esto es el Presidente del Comité Especial, debe señalarse que, de conformidad con el artículo 31 del Reglamento, **el Comité Especial se encuentra encargado exclusivamente de la conducción del proceso de selección, cuya función o labores se inicia con la consulta de los alcances de la información proporcionada en el expediente de contratación y con la elaboración de las bases administrativas, hasta que el otorgamiento de la buena pro quede consentido**, por lo que, aquel órgano colegiado no tiene competencia para realizar actos posteriores a cualquiera de las situaciones antes descritas, en la medida en que exceden sus atribuciones y, en ese sentido, debe concluirse que

(2) **Artículo 75.- Notificación del otorgamiento de la Buena Pro**

El otorgamiento de la buena pro en acto privado se publicará y se entenderá notificado a través del Seace, el mismo día de su realización, bajo responsabilidad del Comité Especial u órgano encargado de conducir el proceso, (...).

(3) **Artículo 25.- Régimen de Notificaciones:**

Todos los actos realizados durante los procesos de selección se entenderán notificados el mismo día de su publicación en el Seace.

(4) **Artículo 77.- Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro**

(...) En caso de que se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la Buena Pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento (...).

el acto de citación para la suscripción del contrato fue efectuado por un agente no competente para ello, motivo por el cual dicha citación carece de la validez necesaria para que surta los efectos legales respectivos, de acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de este Tribunal⁽⁵⁾.

12. Asimismo el artículo 77 del Reglamento⁽⁶⁾ establece que, una vez consentido el otorgamiento de la buena pro, el Comité Especial remitirá el expediente de contratación al Órgano Encargado de las Contrataciones de la Entidad, el que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.
13. En razón a ello, la citación que realizó el Capitán de Fragata Miguel Barrios Cánepa en calidad de Presidente del Comité Especial, no fue la correcta, puesto que no fue suscrita por un ente competente para ello, no pudiéndose dar por válida dicha citación.
14. En consecuencia, habiéndose corroborado en el presente caso que la Entidad no cumplió con las formalidades previstas por la normativa de contrataciones del Estado para citar al Postor para la suscripción del contrato, este Colegiado concluye que no corresponde imponerle sanción alguna al Postor, por la causal de no suscribir injustificadamente el contrato, tipificada en el inciso 1), literal a) del artículo 237 del Reglamento.

Respecto al haber participado en el proceso de selección sin el RNP vigente

15. El artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que para ser postor se requiere estar inscrito en el Registro nacional de Proveedores (RNP) y no estar sancionado ni impedido para contratar con el Estado. Asimismo, será el OSCE quien administrará el Registro Nacional de proveedores y deberá mantenerlo actualizado en su página web, a efectos de que las Entidades y proveedores puedan acceder a él con facilidad.

(5) Nos referimos a las Resoluciones N° 3575-2008-TC-S3, N° 1555-2008-TC-S4, N° 2308-2002-TC-S2 y N° 2532-2008-TC-S2, entre otras.

(6) **Artículo 77.- Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro**
(...)

Una vez consentido el otorgamiento de la Buena Pro, el Comité Especial remitirá el Expediente de Contratación al órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, el que asumirá competencia desde ese momento para ejecutar los actos destinados a la formalización del contrato.

16. El artículo 252 del Reglamento establece que los proveedores accederán a los Registros de Bienes, Servicios, Consultoría de Obras y ejecución de Obras, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y cumpliendo con los requisitos, tasas, criterios y escalas establecidos en el TUPA del OSCE. La inscripción en los registros **tendrá validez de un (1) año a partir del día siguiente de su aprobación**, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los treinta (30) días calendario anteriores a su vencimiento. **Los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNNP se encuentre vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato.** Las Entidades deberán verificar su autenticidad y vigencia en el portal institucional del OSCE (el resaltado es nuestro).

El artículo 261 del Reglamento prevé que en el Registro de Proveedores de bienes deberán inscribirse todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, que deseen participar en procesos de selección y contratar con el Estado la provisión de bienes, sea que se presenten de manera individual, en consorcio o tengan la condición de subcontratistas, para lo cual deberán estar legalmente capacitadas para contratar: (i) Las personas naturales deberán encontrarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles. (ii) Las personas jurídicas nacionales deben haber sido constituidas conforme a ley. (iii) Las personas jurídicas extranjeras deben haber sido constituidas de conformidad con la ley de su lugar de origen, y cumplir con los requisitos establecidos en el TUPA de OSCE. El objeto social establecido en la escritura pública de las personas jurídicas, de ser el caso, deberá estar referido a las actividades consideradas en este registro.

17. Asimismo, el numeral 63 del Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE señala cuales son los requisitos con los que debe contar el interesado en inscribirse en el capítulo de inscripción o renovación de proveedores de bienes y/o servicios y que dicha inscripción **estará sometida a una calificación previa por el plazo de treinta (30) días hábiles.** Asimismo hacen mención que **en caso de renovación, podrá iniciarse treinta (30) días hábiles calendario antes de finalizar la vigencia de su inscripción o en forma posterior** (el resaltado es nuestro).
18. Cabe destacar que las normas precitadas son de conocimiento público hacia todos los operadores de la norma y público en general con la finalidad

de que tengan pleno conocimiento de sus contenidos y ejercer de esta manera los derechos a los que tuvieron lugar.

19. Asimismo, el postor ha señalado en su escrito de descargos lo siguiente:

- Con fecha 25 de mayo de 2010, se efectuó el pago de renovación de su inscripción en el RNP.
- Con fecha 3 de junio de 2010, presentaron la solicitud de Renovación para la Ejecución de Obras con trámite N° 2010-257176-Lima.
- Con fecha 9 de julio del mismo año, le indican que su trámite de renovación se encontraba observado, tan solo en la parte legal acreditar a los socios y número de accionistas de cada uno, declarar en la solicitud oficial en la parte de socios/accionistas/titular, los datos solicitados, y declarar correctamente en la planilla los datos completos del profesional acreditado.
- Con fecha 13 de julio del mismo año, se obtiene la constancia provisional de proveedores del Registro Nacional de Proveedores.
- Con fecha 15 de julio del mismo año y dentro del plazo para efectuar el levantamiento de las observaciones, se presentó la observación requerida, conforme acreditan con la copia del trámite N° 2010-342709-Lima.
- Con fecha 20 de julio del mismo año, toman conocimiento que al no haber supuestamente cumplido con levantar las observaciones, se da por terminado el trámite.
- Con fecha 27 de julio de 2010, presentan el Recurso de Reconsideración signado con el trámite N° 2010-383181-Lima, en el cual exponen las razones por las cuales consideran que al haber dado por terminado el procedimiento de renovación de inscripciones en el Registro Nacional de Proveedores, sin haber levantado las observaciones no la consideran acorde con los descargos presentados dentro del término establecido por la misma entidad, reiterando la información que en su momento se presentó relacionado con las tres consideraciones legales.

- Con fecha 20 de agosto de 2010, se registra que desde el 18 de agosto del mismo año, cuentan con el Registro Nacional de Proveedores, como ejecutores de obra.
20. Sobre los argumentos vertidos por el postor, debe considerarse de la documentación que obra en el presente expediente, se puede observar que el postor efectuó la subsanación a su trámite de renovación en el RNP el último día otorgado para ello, esto es el 15 de julio de 2010, así también que dicha subsanación no la realizó de forma correcta, es decir a través del formulario electrónico, el cual de conformidad con lo dispuesto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del OSCE aprobado mediante Decreto Supremo N° 292-2009-EF, norma vigente durante la ocurrencia de los hechos materia de la presente controversia, es denominado como la solicitud oficial, puesto que lo realizó mediante escrito presentado ante la oficina de trámite documentario del OSCE, dado que como lo ha manifestado no se pudieron grabar correctamente los datos en el formulario electrónico.
 21. Al respecto, la renovación oportuna de las personas naturales o jurídicas de su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, es de su exclusiva responsabilidad, para lo cual deben tomar en consideración el procedimiento a seguir así como los plazos máximos concedidos a favor del administrado, a fin de que no se produzcan interrupciones en la vigencia de su inscripción que perjudiquen su capacidad legal para seguir siendo considerados participantes hábiles en un proceso de selección o para suscribir contratos con el Estado, de ahí se explica que el Decreto Supremo N° 292-2009-EF, prevé que la renovación de su inscripción en el RNP puede solicitarse hasta con sesenta (60) días antes del fin de la vigencia del certificado.
 22. Ahora bien, según el Memorando N° 1532-2010/SREG-HCS del 21 de diciembre de 2010, el Subdirector del Registro, señaló lo siguiente:

(...)

MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., con RUC N° 20428687443, se encuentra inscrito como proveedor de Bienes, de Servicios y como Ejecutor de Obras, con Registro N° B0034893, N° S0125397 y N° 10356, respectivamente, históricamente sus periodos de vigencia, incluyendo el año 2010, son:

Registro de Bienes y Servicios:

- Desde el 06/11/2006 hasta 06/11/2007
- Desde el 02/09/2010 hasta el 02/09/2011

Registro de Ejecutor de Obras:

- Desde el 06/02/2004 hasta el 06/02/2006
 - Desde el 11/12/2006 hasta el 11/12/2007
 - Desde el 15/01/2008 hasta el 15/01/2009
 - Desde el 18/08/2010 hasta el 18/07/2011
- (...).

23. Ahora bien, según lo señalado en el calendario de las Bases Administrativas del citado proceso de selección, publicado en el Seace, los actos del proceso se realizaron según el siguiente detalles de fechas:

| | |
|--|---|
| Convocatoria | : 16/06/2010 |
| Registro de Participantes | : Del 17/06/2010 al 30/06/2010 |
| Formulación de Consultas y/u Observación de las Bases | : Del 17/06/2010 al 21/06/2010 |
| Absolución de Consultas y Observación de las Bases | : 23/06/2010 |
| Integración de las Bases | : 25/06/2010 |
| Presentación de Propuesta | : 05/07/2010 |
| Calificación y Evaluación de Propuestas | : Del 06/07/2010 al 09/07/2010 |
| Otorgamiento de la Buena Pro | : 12/07/2010 en acto privado a través del Seace. |

24. Sin perjuicio de lo antes mencionado, se advierte de la documentación obrante en el expediente que el postor efectuó el pago respectivo de la renovación de su inscripción en el RNP el 25 de mayo de 2010, asimismo

que con fecha 3 de junio del mismo año efectuó presentación de su solicitud de dicha renovación, por lo cual se le expidió la constancia provisional en el RNP no válida para suscribir contrato, la cual tenía un periodo de validez desde el 4 de junio hasta el 15 de julio de 2010, lo cual denota que durante el proceso de selección sí tuvo inscripción vigente pero esta expiró después del consentimiento de la buena pro, debido a no haberse efectuado la debida subsanación en el formulario electrónico del RNP.

25. Por lo cual y entendiendo que la normativa de Contrataciones Públicas vigente, regula y contiene disposiciones legales cuya interpretación sistemática, permite determinar los alcances y consecuencias del incumplimiento de las personas naturales y jurídicas de mantener vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, es que, este Colegiado concluye que en el presente caso se ha configurado la infracción tipificada en el literal e) del artículo 237 del Reglamento, el cual ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.
26. En ese sentido, en cuanto a la graduación de la sanción imponible a la empresa MACOM E.I.R.L., debe tenerse en cuenta que entre los factores previstos en el artículo 245 del Reglamento se establece la intencionalidad, reiterancia, daño causado, circunstancias, condiciones y conducta procesal del infractor. En tal sentido, en el presente caso; se debe tener en cuenta que la empresa MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., no tiene antecedentes en la comisión de infracciones administrativas, asimismo que a pesar de haber presentado sus descargos, ha negado la responsabilidad de la infracción.
27. Finalmente, resulta importante, traer a colación el **principio de razonabilidad** consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que imponga sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Dammar Salazar Díaz y la intervención del Señor Vocal Dr. Jorge Silva y atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE expedida el 15 de febrero de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF y a la Resolución N° 283-2010-OSCE/PRE del 21 de mayo de 2010; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar imposición de sanción administrativa a la empresa Macom R.M. Contratistas Generales S.A.C., por supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal a) del artículo 237 del Reglamento, por los fundamentos expuestos.
2. Imponer a la empresa Macom R.M. Contratistas Generales S.A.C., sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
3. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Salazar Díaz.

Voto en discordia del vocal Martín Zumaeta Giudichi

El suscrito está de acuerdo con el voto en mayoría respecto de la imposición de sanción por la causal de no suscribir contrato injustificadamente; no obstante, discrepa respetuosamente del voto formulado por la mayoría en los numerales 15 al 24 sobre la causal impuesta por haber participado sin mantener vigente el RNP contra el postor, y sustenta el presente voto en discordia, basado en los siguientes fundamentos:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador está referido a la responsabilidad de la empresa MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. por no haber suscrito contrato injustificadamente a pesar de haber ganado la buena pro en el proceso de selección Adjudicación Directa Selectiva N° 031-2010-MGP/DIRBIEMAR (Primera Convocatoria), asimismo, por haber participado en dicho proceso de selección, sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, infracciones tipificadas en el numeral 51.1, literales a) y e) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley, en concordancia con el numeral 1), literales a) y e) del artículo 237 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, norma aplicable al presente caso.
2. Sobre la infracción tipificada en el numeral 51.1 literal e) del artículo 51⁽⁷⁾ de la Ley, en concordancia con el numeral 1) literal e) del artículo 237⁽⁸⁾ del Reglamento, la cual es imputada al postor, el voto en mayoría señala que, dicha causal establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando **participen** en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente el Registro Nacional de Proveedores, y la misma se

(7) **Artículo 51.- Infracciones y Sanciones Administrativas**

51.1. Infracciones.

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratista que:

(...).

e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP);

(8) **Artículo 237.-** 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:

(...).

e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

configura con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro, sin que la norma exija factores adicionales.

3. Asimismo, el voto en mayoría tiene en cuenta lo dispuesto por el artículo 9 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽⁹⁾, el cual establece que para ser participante, postor y/o contratista es requisito indispensable estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); así como el artículo 52 del Reglamento que establece que la persona natural o jurídica que desee participar en un proceso de selección, deberá registrarse como participante conforme a las reglas establecidas en las Bases, para cuyo efecto acreditará estar con inscripción vigente en el RNP conforme al objeto contractual.
4. Otra norma considerada por el voto en mayoría es el artículo 252 del Reglamento, refiere que **los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente en el RNP se encuentre vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato.**
5. Luego, el análisis realizado por el voto en mayoría es establecer que, al no tener vigente el Postor su RNP entre el 20 de julio de 2010 y el 18 de agosto de 2010, esto es, en fecha posterior al consentimiento de la buena pro (el cual se produjo el mismo día del otorgamiento de la buena pro, esto es el 12 de julio de 2010), le corresponde la infracción correspondiente.
6. No obstante lo anterior, el suscrito considera que, la causal imputada establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando **participen** en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, configurándose la causal **con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro.**
7. Ahora, si bien el sustento para señalar que los participantes o postores tienen la obligación de mantener vigente su RNP durante el proceso de selección se encuentra en el artículo 9 de la Ley, así como el artículo 252 del Reglamento, por cuanto en caso de que el RNP del participante o postor

(9) Aprobado por D.L. N° 1017.

estuviera no vigente durante todo el proceso de selección, ello acarrearía su descalificación del proceso, sin embargo, tal argumento no puede dar sustento a la imposición de sanción.

8. Sobre lo anterior, debe considerarse que, la norma que impone sanción no ha establecido, de manera taxativa que, si el postor o participante no mantiene vigente su inscripción en el RNP durante todo el proceso, se le impondría sanción administrativa, consecuentemente, la interpretación que se le estaría dando a la norma, a modo de ver del suscrito, está siendo de manera extensiva, lo cual de conformidad al numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁽¹⁰⁾ está prohibido.
9. Cabe mencionar que, parte de la doctrina señala que: “se aprecia la exigencia de una previsión expresa de las conductas que constituyen infracciones administrativas, la que deberá incluir una descripción específica de la misma, así como de los conceptos jurídicos indeterminados que, eventualmente, podrán servir de guía para tales efectos. En consecuencia (y tal como ya fuera evidenciado con relación al artículo 2, numeral 24 inciso de la Constitución Política) resulta desde todo punto incompatible: 1. La aplicación de normas que tipifiquen infracciones o impongan sanciones por interpretación extensiva o por analogía. La posibilidad de la introducción de la analogía atenta contra la garantía del bloque de Legalidad establecido en materia de tipificación de sanciones administrativas (...)”⁽¹¹⁾.
10. Así, el suscrito considera que, la causal tipificada en la norma está referida a haber participado en un proceso de selección sin RNP vigente, por cuanto, toda persona natural o jurídica que desee **participar en un proceso de selección deberá contar con inscripción vigente** en el Registro Nacional de Proveedores.

(10) **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

4. Tipicidad.- Solo 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 (...).

(11) PEDRESHI GARCÉS, Willy. “Análisis sobre la Potestad Sancionadora de la Administración Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el Marco de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General”. En: *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Primera edición, 2003, pp. 533-534.

11. Lo anterior debe entenderse en el marco de lo previsto por el numeral 36 del Anexo de definiciones del Reglamento que define al participante como “el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases” y el numeral 38 que conceptualiza como postor a “la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa”. Lo anterior trae como consecuencia que la inscripción en el RNP solo sea exigible a efectos de ser participante o postor en un proceso de selección y no así para otros momentos anteriores o posteriores, actuaciones en las que no debe exigirse que los proveedores se encuentren con inscripción vigente en el RNP.
12. En esa medida, y siendo que la norma ha previsto dos supuestos de hecho distintos con temporalidad de ocurrencia disímil para la configuración de esta infracción, tenemos, de un lado: (i) la participación en un proceso de selección entendida esta como el momento del registro de participantes y la presentación de las propuestas, conforme hemos precisado en líneas anteriores, y (ii) la suscripción de un contrato, los cuales suponen etapas distintas e independientes durante el desarrollo de un proceso de selección, y por ende poseen plazos y formalidades propias.
13. Al respecto, de acuerdo a la información que obra en el Sistema Electrónico del Seace:
 - El proceso de selección se convocó el 16 de junio de 2010.
 - El registro de participantes desde el 17 de junio de 2010 al 30 de junio de 2010.
 - La fecha de presentación de propuestas se realizó el 5 de julio de 2010.
 - El otorgamiento de la buena pro se realizó el 12 de julio de 2010.
14. Hechas las precisiones del caso, corresponde determinar si el Postor habría incurrido en la infracción incoada, para lo cual es necesario esclarecer si en la fecha de registro de participantes y presentación de propuestas, es decir: desde el 17 al 30 de junio de 2010, y el 5 de julio de 2010 aquel contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.

15. En esa línea de análisis, de la información obrante en autos, se tiene que el trámite de renovación de la inscripción del Postor en el RNP se inició el 25 de mayo de 2010 y concluyó con su suspensión el 20 de julio de 2010. Esto es que, hasta el 20 de julio de 2010 el Postor tenía vigente su inscripción en el RNP.
16. Resulta evidente, entonces, que entre los días 17 y 30 de junio de 2010 y el 5 de julio de 2010, fechas en la que el Postor se registró como participante y presentó la propuesta correspondiente con el fin de participar en la Adjudicación Directa Selectiva N° 0031-2010/MGP/DIRBIEMAR (Primera Convocatoria), la empresa Macom R.M. Contratistas Generales S.A.C. contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), motivo por el cual podía participar en procesos de selección y, consecuentemente, no se habría cometido la infracción.
17. En ese orden de ideas, este Tribunal considera que no se ha configurado el presupuesto necesario para la infracción prevista en el numeral e) del numeral 51.1 del artículo 51 de La Ley, y en el numeral 1 literal e) del artículo 237 del Reglamento, y, por su efecto, declarar que no existe mérito para sancionar a la empresa MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., respecto de la infracción imputada.
18. En ese sentido, el Postor ha incurrido solamente en la infracción tipificada en el numeral 51.1 literal a) del artículo 51 de la Ley, en concordancia con el numeral 1) literal a) del artículo 237 del Reglamento, cuya sanción se encuentra establecida por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años.
19. En cuanto a la graduación de la sanción imponible, debe considerarse los factores previstos en el artículo 245 del Reglamento, donde se consigna la naturaleza de la infracción, daño causado, la reiterancia, la conducta procesal del infractor.
20. Sobre la naturaleza de la infracción, se ha comprobado la omisión injustificada por parte de Postor para suscribir el contrato sin que se haya demostrado en el presente procedimiento que dicha falta respondiera a un caso fortuito o de fuerza mayor.

21. Respecto del daño causado, se debe tener en cuenta que, la omisión por parte del Postor causó daño a la Entidad al retrasar el cumplimiento de los objetivos trazados con anterioridad por esta.
22. En cuanto a la reiterancia y conducta procesal del infractor se debe señalar que no cuenta con antecedentes de sanción administrativa y ha presentado descargos.
23. En consecuencia, este Colegiado es de la opinión que corresponde imponer al Postor la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de doce (12) meses.
24. En consideración de lo expuesto, el voto del suscrito es porque se declare lo siguiente:
 - a) Imponer a la empresa MACOM R.M. CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal a) del numeral 1) del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.
 - b) Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

022 Configuración de la infracción: Se requiere acreditar que el postor no contaba con RNP vigente

Para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción incoada, es necesario acreditar si el Postor a la fecha del registro o de presentación de propuestas contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.

Resolución N° 903-2011-TC-S1

Lima, 30 de mayo de 2011

Visto, en sesión de fecha 30 de mayo de 2011 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1836/2010.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa LVC Contratistas Generales S.A.C., por su supuesta responsabilidad al haber participado en el Proceso de Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, convocado por Petróleos del Perú Sociedad Anónima - PETROPERÚ S.A. para la contratación del “Servicio de Fabricación de bienes publicitarios y servicios de pintado para la identificación de 2 EESS en el departamento de Madre de Dios”, sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores del OSCE; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 15 de setiembre de 2010, PETRÓLEOS DEL PERÚ SOCIEDAD ANÓNIMA - PETROPERÚ S.A., en adelante la Entidad, convocó el Proceso de Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, para la contratación del “servicio de fabricación de bienes publicitarios y servicios de pintado para la identificación de 2 EESS en el departamento de Madre de Dios”, por un valor referencial reservado.
2. Con fecha 22 de setiembre de 2010, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas, resultando que la empresa LVC CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., se presentó como único participante del referido proceso.
3. Con fecha 22 de setiembre de 2010, se realizó la evaluación de las propuestas técnicas y económicas, en tal sentido y de la revisión de las mismas

se verificó que la empresa LVC CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., en adelante el Postor, a la fecha de la convocatoria no tenía vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores - RNP, siendo por tanto desestimada sus propuestas.

4. Con Memorando N° GLOC-UC-2682-2010, de fecha 29 de setiembre de 2010, se declaró desierto el Proceso por Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, ya que el Postor no contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores del OSCE.
5. El 27 de diciembre de 2010, mediante formulario de sanción, la Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, que el Postor habría incurrido en causal de sanción por no contar con el RNP durante su participación en el citado proceso de selección.

Como sustento de su denuncia, la Entidad adjuntó el Memorando LEGL-UAC-1811-2010, mediante el cual la Entidad concluyó que el Postor era responsable por no haber tenido su inscripción vigente en el RNP cuando se presentó al citado proceso de selección. Asimismo, remitió los antecedentes administrativos correspondientes al proceso de la referencia.

6. Mediante decreto del 30 de diciembre de 2010, notificado el 8 de febrero de 2011, el Tribunal inició procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por su supuesta responsabilidad al haber participado en Proceso de Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, en concordancia con el literal e) del numeral 1 del artículo 237 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y lo emplazó para que dentro del plazo de diez (10) días formulase sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.
7. El 7 de marzo de 2011, mediante escrito N° 1, el Postor presentó sus descargos, bajo los siguientes términos:

- a) “Que, verdad a la fecha 22 de setiembre de 2010, la recurrente en su calidad de único postor, no tenía su inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)” (sic).
 - b) “También es de nuestra responsabilidad, conforme al artículo 252 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado” (sic).
 - c) “Por lo antes dicho, reconocemos que por un error administrativo involuntariamente obviamos considerar nuestra inscripción vigente antes de proceder a participar en el proceso de selección” (sic).
 - d) “Error subsanado en forma inmediata, el 23 de setiembre de 2010 efectuamos el pago por derecho de renovación, y los días que exige el trámite, lógico que llevó a que conforme es de verse RNP - Constancias de Inscripción: se encuentra con inscripción vigente en los siguientes registros:

Proveedor de bienes: vigencia desde 30/09/2011.

Proveedor de Servicios: vigencia desde 30/09/2011” (sic).
 - e) “De igual manera decimos, que en ningún momento fue nuestra intención sorprender a las autoridades y menos generar un perjuicio para Petroperú, la cual por ley está en todo su obligación de poner en conocimiento de este tribunal” (sic).
8. Mediante decreto de fecha 10 de marzo de 2010, se tuvo por apersonado al Postor a la instancia administrativa y se dispuso remitir el expediente remitió a la Primera Sala del Tribunal para que resolviera.
 9. El 17 de mayo de 2010, la Audiencia Pública se frustró al no haberse apersonado los representantes legales del Postor y la Entidad.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.

2. El presente procedimiento administrativo está referido a la supuesta responsabilidad de la empresa LVC Contratistas Generales S.A.C., por haber participado en el Proceso de Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.
3. Habiéndose advertido que el presente proceso deviene de un proceso de selección por Competencia Menor resulta pertinente evaluar el marco normativo que rige el citado proceso, a fin de determinar la competencia de este Tribunal en la denuncia que nos ocupa.
4. Así, pues, mediante Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE⁽¹²⁾ se aprobó el Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú S.A., en adelante el Reglamento de Petroperú, el cual tiene como objetivo regular de manera integral y uniforme los procedimientos de adquisiciones de bienes y contrataciones de servicios y obras necesarios para el cumplimiento del objeto social de Petroperú.
5. En ese sentido, el numeral 5.12 del aludido Reglamento de Petroperú, dispone que con relación al Registro Nacional de Proveedores (RNP), Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, será de aplicación el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

En efecto, el mencionado dispositivo legal obliga a la Entidad (Petroperú) a poner en conocimiento del Tribunal los hechos que den lugar a sanción de acuerdo con las causales previstas en el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

6. Por estas consideraciones, el Tribunal es el órgano que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los procedimientos de imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, en los casos expresamente tipificados en los artículos 51 y 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma aplicable al momento de la presunta comisión de

(12) Publicada el 12 de diciembre de 2009.

la infracción, y en los casos expresamente previstos en el artículo 237 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante la Ley y el Reglamento, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan adoptar a las Entidades, dentro de sus respectivas atribuciones, en salvaguarda de sus intereses.

7. En ese sentido, este Colegiado resulta competente para pronunciarse sobre la supuesta responsabilidad del Postor, por haber participado en la Competencia Menor N° CME-0097-2010-OFP/PETROPERÚ sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, infracción prevista en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017, y el literal e) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, normas vigente al momento de producirse los hechos imputados.
8. En relación al asunto de fondo, debemos comenzar precisando que la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando **participen** en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, y se configura **con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro**, sin que la norma exija factores adicionales –entendiéndose ello a la responsabilidad objetiva⁽¹³⁾–, pues basta la constatación del hecho descrito para la comisión de la infracción referida.
9. En segundo lugar, resulta necesario tener en cuenta como marco referencial que el artículo 9 de La Ley, establece que para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Provee-

(13) A diferencia del Derecho Penal, ámbito en el que constitucionalmente está proscrita, en el Derecho Administrativo la responsabilidad objetiva (culpa sin intencionalidad) del imputado, puede ser utilizada por la Administración para efectos del ejercicio de la potestad sancionadora, sin vulnerar el Principio de Culpabilidad (base de la responsabilidad subjetiva o de la culpa con intencionalidad), siempre que las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del Derecho lo permitan. Consultar al respecto lo señalado por Marcial Rubio Correa sobre el Principio de Culpabilidad en “la Interpretación de la Constitución Según El Tribunal Constitucional”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. Segunda edición, Lima, octubre 2008, pp. 87-88.

dores. Asimismo, el artículo 52 del Reglamento establece que la persona natural o jurídica que desee participar en un proceso de selección, deberá registrarse como participante conforme a las reglas establecidas en la Bases, para cuyo efecto acreditará estar con inscripción vigente en el RNP conforme al objeto contractual.

10. En esa medida, el artículo 252 del citado Reglamento, ha dispuesto lo siguiente: “Mediante directivas el OSCE establecerá las reglas, pautas y lineamientos de los respectivos procedimientos. La inscripción en los Registros tendrá validez de un (1) año a partir del día siguiente de su aprobación, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los treinta días (30) calendario anteriores a su vencimiento. **Los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato.** Las Entidades deberán verificar su autenticidad y vigencia en el portal institucional de OSCE” (el resaltado es nuestro).
11. De las normas glosadas se advierte que es un requisito indispensable para **participar y contratar con el Estado** estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores. De igual manera, es posible apreciar que para que dicha inscripción esté completa, los proveedores deberán presentar la documentación exigida en el TUPA del OSCE para dicho trámite.
12. Debe considerarse, además, que la norma ha previsto dos supuestos de hecho distintos de configuración de esta infracción, con temporalidad de ocurrencia disímil. En tal sentido, tenemos, de un lado, **la participación en un proceso de selección** y, del otro, encontramos **la suscripción de un contrato**, los cuales suponen etapas distintas e independientes durante el desarrollo de un proceso de selección, y por ende poseen plazos y formalidades propias.
13. Ahora bien, respecto al primer supuesto, debe entenderse que este se encuentra contenido en el marco de lo previsto por el numeral 36 del Anexo de Definiciones del Reglamento, que define al participante como “el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases” y el numeral 38 del citado anexo que conceptualiza como postor a “la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participar en un proceso de selección

desde el momento que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa”.

Nótese, entonces que la normativa de contrataciones ha definido por un lado, que el participante es aquella persona natural o jurídica que interviene en un proceso de selección, cuyo registro se realizó conforme lo establecido en las Bases; y por el otro lado, que aquel participante adquiere la calidad de postor cuando este está legalmente capacitado para participar en un proceso de selección, situación que ocurre desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda.

14. En tal sentido, debe tenerse presente que para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción incoada, es necesario acreditar si el Postor a la fecha del registro o de presentación de propuestas contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.
15. Hechas las precisiones del caso, corresponde determinar si los integrantes del Consorcio habrían incurrido en la causal tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, en concordancia con el literal e) del numeral 1 del artículo 237 de su Reglamento, para lo cual es necesario establecer si participaron en el proceso de selección o suscribieron contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro.
16. De la revisión efectuada al calendario de las bases del proceso de selección, se verificó que con fecha del 15 de setiembre de 2010, la Entidad convocó el Proceso de Competencia Menor N° CME-0101-2010-OFP/PETROPERÚ, siendo la presentación de propuestas el 22 de setiembre de 2010, fecha en la cual la Entidad verificó que el Postor no tenía vigente su inscripción en el RNP, motivo por el cual el 29 de setiembre del mismo año declaró desierto el acotado proceso de selección.
17. De lo expuesto en el párrafo precedente, se tiene que el proceso de selección se desarrolló del 15 de setiembre de 2010 al 29 de setiembre de 2010, en consecuencia, se debe verificar si entre el 15 y 29 de setiembre de 2010, el Postor contaba con inscripción vigente en el RNP.
18. Al respeto, de la revisión en la Base de Datos del Registro Nacional de Proveedores se ha obtenido el siguiente reporte:

| | Trámite | Fecha Aprobación | Inicio Vigencia | Fin Vigencia | Estado |
|---|--|------------------|-----------------|--------------|-------------------------|
| 1 | Inscripción en el RNP - Servicios (2006-0145173) | 27/07/2006 | 27/07/2006 | 27/07/2007 | Activo |
| 2 | Renovación de Inscripción en el RNP - Servicios (2007-0270072) | 27/08/2007 | 27/08/2007 | 26/08/2008 | Requisitos Completos |
| 3 | Renovación de Inscripción en el RNP - Servicios (2008-0404667) | 10/09/2008 | 10/09/2008 | 10/09/2009 | Requisitos Completos |
| 4 | Renovación de Inscripción en el RNP - Servicios (2009-0381371) | 11/09/2009 | 11/09/2009 | 11/09/2010 | Requisitos Completos |
| 5 | Renovación de Inscripción en el RNP - Servicios (2010-0491914) | 30/09/2010 | 30/09/2010 | 30/09/2011 | Requisitos Completos |

Fuente: Intranet de OSCE-Vigencia de bienes y servicios.

19. En tal sentido, de lo expuesto en la base de datos del Registro Nacional de Proveedores del OSCE y de la documentación obrante en autos, se verifica que según el calendario de las bases administrativas del citado proceso de selección, **la convocatoria del citado proceso de selección fue el 15 de setiembre de 2010 y el acto de presentación de propuestas ante la Entidad fue el 22 de setiembre de 2007, siendo que en esas fechas el Postor presentó sus propuestas, pese a que no contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores del OSCE, toda vez que su registro como proveedor del Estado había caducado el 11 de setiembre de 2010, permaneciendo en ese estado hasta el 30 de setiembre de 2010, fecha en la cual el Postor renovó su inscripción en el mencionado registro, por cuyo motivo queda demostrado que se ha configurado la infracción imputada al Postor.**

Más aún, en ejercicio de su derecho de defensa, el Postor manifestó que recién con fecha 23 de setiembre de 2010, en forma directa procedió a efectuar el pago por concepto de renovación de inscripción ante el RNP, por lo que en razón a ello se expidieron a su favor dos (2) constancias como Proveedor de Bienes y Servicios, respectivamente. En tal sentido, queda

demostrado que el Postor reconoce que al momento de la convocatoria y evaluación de sus propuestas no tenía su inscripción vigente en el RNP.

20. Por las consideraciones expuestas, este Colegiado concluye que en el presente procedimiento administrativo sancionador se ha configurado la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, en concordancia con el literal e) del artículo 237 del Reglamento, el cual ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por un periodo no menor a un año (1) ni mayor de tres (3) años.
21. En cuanto a la graduación de la sanción imponible al Postor, este Colegiado tiene en consideración los criterios consignados en el artículo 245⁽¹⁴⁾ del Reglamento, entre ellos, la intencionalidad del infractor la naturaleza de la infracción, la reiterancia, las condiciones del infractor, debiendo tenerse en cuenta, en el presente caso, que no hay intencionalidad sino falta de diligencia, que la Entidad no otorgó la buena pro a favor del Postor. Asimismo, se tiene en consideración la conducta procedimental de este que a lo largo del procedimiento ha reconocido su responsabilidad en los hechos materia de cuestionamiento, así como que el Postor no ha sido sancionado anteriormente por las normas que regulan las contrataciones estatales, criterio especialmente relevante a efectos de atenuar la sanción a imponerse.
22. Asimismo, resulta importante traer a colación el **Principio de Razonabilidad** consagrado en el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre

(14) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Doctor Carlos Vicente Navas Rondón y la intervención de las Vocales Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto y Dra. Ada Basulto Liewald, y atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE de fecha 15 de febrero de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 53, 59 y 61 aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa LVC CONTRATISTAS GENERALES S.A.C., sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en concordancia con el literal e) del numeral 1 del artículo 237 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Navas Rondón

Ramírez Maynetto

Basulto Liewald

023 **Supuestos para la configuración de la infracción: Participación en un proceso de selección y presentación de propuestas**

La infracción prevista en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley ha previsto dos supuestos de hecho distintos para su configuración, de un lado la participación en un proceso de selección, entendida esta como el momento del registro de participantes y la presentación de las propuestas, y del otro la suscripción de un contrato.

Resolución N° 934-2011-TC-S3

Lima, 31 de mayo de 2011

Visto en sesión del 31 de mayo de 2011, de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1850-2010-TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa KOPATEC S.A.C., por su presunta responsabilidad al haber participado en la Primera Convocatoria de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0052-2010-SUNAT/2G3500 sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 6 de julio de 2010 la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria - Sunat, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0052-2010-SUNAT/2G3500 (Primera Convocatoria), para la adquisición de trece Tableros Electrónicos o Leds para los Centros de Servicios al Contribuyente de Lima y Callao, por un valor referencial ascendente a S/. 23,205.00.
2. Para el día 12 de julio de 2010 se fijó la presentación de propuestas, oportunidad en la que solo presentó su oferta la empresa KOPATEC S.A.C., en adelante el Postor.
3. El 16 de julio de 2010 el Comité Especial declaró desierto el proceso de selección, **tras verificar que el 14 de julio de 2010 había vencido la vigencia de la inscripción del Postor en el Registro Nacional de Proveedores.**

4. Por escrito presentado el 28 de diciembre de 2010 la Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, los hechos anteriormente descritos, solicitando la correspondiente aplicación de sanción al Postor, por no haber mantenido vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores a la fecha de otorgamiento de la buena pro; a cuyo efecto presentó, entre otros, el Informe Legal N° 58-2010-SUNAT/2B2300.
5. Mediante decreto de fecha 3 de enero de 2011 se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por su supuesta responsabilidad al haber participado en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 0052-2010-SUNAT/2G3500 (Primera Convocatoria) sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; y, a su vez, se emplazó al Postor para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles presente sus descargos.
6. Con Escrito N° 01 presentado el 18 de mayo de 2010, subsanado el 20 del mismo mes y año, el Postor se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos.

En su defensa, el Postor indicó que desde el 14 de julio de 2009 al 14 de julio de 2010 había mantenido vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, esto es, desde la convocatoria del proceso de selección (6 de julio) hasta la apertura y evaluación de propuestas (13 de julio), dándose por vencido recién en fecha 14 de julio de 2010. Sin embargo, de una lectura sistemática de las disposiciones normativas de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, se determinaba la obligación de los participantes de mantener vigente su inscripción en el RNP durante el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, de lo contrario, sus propuestas debían ser desestimadas y/o descalificadas, supuesto que aplicaba al caso del Postor, sin que dicha conducta ameritara una sanción.

Acotó, además, que en similar sentido ya se habían pronunciado la Dirección Técnico Normativa y el Tribunal en la Opinión N° 093-2009/DTN y la Resolución N° 2594/2009.TC-S2, respectivamente.

7. Por decreto de fecha 24 de mayo de 2011 se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, la supuesta responsabilidad del Postor por haber participado en la Primera Convocatoria de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0052-2010-SUNAT/2G3500 sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51⁽¹⁵⁾ de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁶⁾, en adelante la Ley, concordado con el literal e) del numeral 1 del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁷⁾, en adelante el Reglamento.
2. Por lo cual, es menester señalar que para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la norma que contiene la infracción imputada, se requiere la participación en procesos de selección o la suscripción de un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, es decir la infracción se configura **con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro**, sin que la norma requiera condiciones adicionales.
3. Resulta importante, también, tener en cuenta que el artículo 9 de la Ley señala que para ser participante, postor y/o contratista se necesita estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores⁽¹⁸⁾.
4. Lo anterior debe entenderse en el marco de lo previsto por el numeral 36 del Anexo de Definiciones del Reglamento, que define al participante como “el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases” y el numeral 38 que conceptualiza como postor a “la persona natural o jurídica

(15) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP);

(...)

(16) Aprobado por Decreto Legislativo N° 1017.

(17) Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

(18) **Artículo 9.- Del Registro Nacional de Proveedores.-**

Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado.

(...).

legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa”.

Ello, trae como consecuencia que la inscripción en el RNP solo sea exigible a efectos de ser participante o postor en un proceso de selección y no así para otros momentos anteriores o posteriores, actuaciones en las que no debe exigirse que los proveedores se encuentren inscritos en el RNP, salvo a la suscripción del contrato en caso del adjudicatario de la buena pro.

5. En esa medida, y siendo que la norma ha previsto dos supuestos de hecho distintos para la configuración de la infracción que nos ocupa, con temporalidad de ocurrencia disímil, tenemos, de un lado, **la participación en un proceso de selección**, entendida esta como el momento del registro de participantes y la presentación de las propuestas, conforme hemos precisado en líneas anteriores, y del otro, encontramos **la suscripción de un contrato**; los cuales suponen etapas distintas e independientes durante el desarrollo de un proceso de selección, y por ende poseen plazos y formalidades propias⁽¹⁹⁾.
6. Realizadas las precisiones del caso, y teniéndose en consideración que en el presente caso no se suscribió contrato, corresponde determinar si el Postor habría incurrido en la infracción incoada, para lo cual es necesario esclarecer si en la fecha de registro de participantes y presentación de propuestas contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.
7. En principio, de la verificación de la Base de Datos del Registro Nacional de Proveedores se advierte que el Postor mantuvo vigente su inscripción, en el Registro de Bienes, desde el 14 de julio de 2009 hasta el 14 de julio de 2010⁽²⁰⁾.
8. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la etapa de Registro de Participantes del proceso de selección estuvo programada para los días 7 y 9 de julio de

(19) El Tribunal se ha pronunciado en el mismo sentido en las Resoluciones N° 1440-2010-TC-S1, N° 1169-2010-TC-S1 y N° 060-2011-TC-S4.

(20) La Base de Datos en mención, muestra la siguiente información:

Información de vigencias de bienes

| # | Trámite | Inicio vigencia | Fin vigencia |
|---|--|-----------------|--------------|
| 1 | Inscripción en el RNP - bienes (2007-0140843). | 22/05/2007 | 21/05/2008 |
| 2 | Renovación de inscripción en el RNP-bienes (2009-0296309). | 14/07/2009 | 14/07/2010 |
| 3 | Renovación de inscripción en el RNP-bienes (2010-0328133). | 17/07/2010 | 17/07/2011 |

2010, mientras que la presentación de propuestas se llevó a cabo el 12 de julio de 2010.

9. A partir de lo anterior, resulta evidente que en la fecha en que el Postor se (1) registró como participante y (2) presentó su propuesta en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0052-2010-SUNAT/2G3500 (Primera Convocatoria), sí contaba con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, motivo por el que su conducta no encuadra en el supuesto de hecho del literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
10. En ese orden de ideas, este Colegiado considera que no se ha configurado el presupuesto necesario para la infracción prevista en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley y, por su efecto, tampoco existe mérito para sancionar al Postor por tal infracción.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Señores Vocales Dra. Patricia Seminario Zavala y Dr. Carlos Vicente Navas Rondón; atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE de fecha 15 de febrero de 2011 y lo previsto en el Acuerdo N° 001/2011 del 4 de abril de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

Declarar **NO HA LUGAR** la imposición de sanción a la empresa Kopatec Sociedad Anónima Cerrada, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, conforme a los fundamentos expuestos; debiendo archivar el expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

Navas Rondón.

024 Momentos para su configuración: Norma actual es más benigna

La norma actual que tipifica la misma infracción lo hace en forma más benigna que la regulación precedente, distinguiendo en esta oportunidad solo tres momentos para que se configure la infracción, y no durante toda la participación en el proceso de selección como se desprendía de la redacción de la anterior norma.

Resolución N° 406-2013-TC-S1

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión del 28 de febrero de 2013, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 807/2012.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas Leomar S.A.C., Negociar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo, integrantes del Consorcio, por supuesta responsabilidad en haber participado en la Adjudicación Directa Pública N° 002-2012/ESSALUD-RAJ, para la “Adquisición de material médico (audífonos retroauriculares digital para hipoacusia neurosensorial conductiva o mixta moderada - severa”, sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, convocado por el Seguro Social de Salud - EsSalud; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 4 de abril de 2012, el Seguro Social de Salud - EsSalud, en adelante La Entidad, convocó la Adjudicación Directa Pública N° 002-2012/ESSALUD-RAJ, para la “adquisición de material médico (audífonos retroauriculares digital para hipoacusia neurosensorial conductiva o mixta moderada - severa”, con un valor referencial ascendente a la suma de S/. 294 000.00 (doscientos noventa y cuatro mil y 00/100 nuevos soles).

De acuerdo a lo informado por la Entidad en la Carta N° 834-DA-OA-GRAJ-ESSALUD-2012, el 10 de mayo de 2012 se llevó a cabo el acto de Presentación de Propuestas de las siguientes empresas: Centro Audiológico E.I.R.L., Medical Audición S.A.C., Phoenix Center S.A.C., Consorcio

Leomar S.A.C. –Negociar S.A.C.– Luis Deza Arroyo, Audición S.A.C. y Aldalab Perú S.A.C. el 16 de mayo de 2012, se llevó a cabo el acto de Otorgamiento de la Buena Pro a favor del Consorcio Leomar S.A.C. –Negociar S.A.C.– Luis Deza Arroyo, en adelante el Consorcio.

Con Resolución de Gerencia General N° 377-GG-ESSALUD-2012 de fecha 8 de junio de 2012, la Entidad resolvió declarar fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa Medical Audición S.A.C. y, en consecuencia, se dejó sin efecto el otorgamiento de la buena pro a favor del Consorcio.

2. El 31 de mayo de 2012, el señor Enrique Bernal Pasquel, en adelante el Denunciante, comunicó al Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, la infracción cometida por el Consorcio de haber participado en el presente proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores.
3. En atención a la denuncia formulada, mediante decreto del 5 de junio de 2012 se corrió traslado de la misma a la Entidad, solicitándosele cumpla con remitir la siguiente documentación: i) Informe Técnico Legal de su asesoría en donde señale la procedencia y presunta responsabilidad de las empresas Leomar S.A.C., Negociar S.A.C. y del señor Luis Leomar Deza Arroyo, integrantes del Consorcio, toda vez que habrían participado sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores en la Adjudicación Directa Pública N° 002-2012/ESSALUD-RAJ, (ii) copia legible de la propuesta técnica presentada por las supuestas empresas infractoras, (iii) antecedentes administrativos correspondientes completos, foliados y ordenados cronológicamente, entre otros documentos; por lo que se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con remitir la documentación e información requerida.
4. Mediante decreto del 28 de junio de 2012, se reiteró a la Entidad que cumpla con remitir la información y documentación requerida mediante Cédula de Notificación N° 9460/2012.TC (la misma que fue recibida el 13 de junio de 2012), dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos. Asimismo, se comunicó al Órgano de Control de Institucional de la Entidad la presente reiteración, para los fines de ley.

5. El 6 de agosto de 2012, a través del Oficio N° 1719-GRAJ-ESSSA-LUD-2012, La Entidad remitió la documentación solicitada.
6. Con decreto del 11 de julio de 2012⁽²¹⁾, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio por supuesta responsabilidad en haber participado sin contar con inscripción vigente en el RNP, y, se le otorgó el plazo de diez (10) días a fin que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente.
7. El 28 de agosto de 2012, la empresa Leomar S.A.C. presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - i) Su representada ha tenido vigente su inscripción en el RNP desde el inicio del proceso, por lo que el 16 de mayo de 2012 fueron declarados ganadores de la buena pro, manteniendo su registro plena validez y vigencia; sin embargo, el registro venció el sábado 19 (día inhábil) permaneciendo aparentemente inactivo durante breve tiempo.
 - ii) Ante la proximidad del vencimiento de su registro, el día 17 de mayo de 2012 se iniciaron los trámites de renovación en el RNP a través del depósito bancario por dicho concepto, es decir, dos (2) días antes del vencimiento (sábado 19). Lamentablemente, por problemas de procedimientos rígidos en el sistema informático del RNP, propios de la Administración Pública, no se revalidó el registro de manera inmediata, sino hasta el 22 de mayo de 2012.
 - iii) Conforme aparece en la solicitud y en los documentos que corren en autos, luego de realizado el pago, se intentó ingresar en el sistema del RNP la solicitud de renovación, sin resultado positivo alguno. Cabe señalar, que el trámite de renovación se inicia con el pago o abono en el banco del importe por dicho concepto, y es, desde ese momento, que el Registro queda implícitamente renovado.

(21) El señor Luis Leomar Deza Arroyo fue notificado con Cédula de Notificación N° 15807/2012.TC el 16 de agosto de 2012. La empresa Leomar S.A.C. fue notificada con Cédula de Notificación N° 15809/2012.TC el 16 de agosto de 2012. La empresa Negociar S.A.C. fue notificada con Cédula de Notificación N° 15808/2012.TC el 16 de agosto de 2012.

- iv) Sí se ha contado con inscripción vigente en el RNP, debido a que el inicio del registro de participantes fue el 9 de abril de 2012, la presentación de propuestas fue el 10 de mayo de 2012, la calificación y evaluación de propuestas fue el 11 de mayo de 2012 y el otorgamiento de la buena pro, el 16 de mayo de 2012; como puede observarse durante todo el proceso de selección se ha contado con registro vigente, por lo que resulta falsa la afirmación que no se contó con dicha vigencia.
8. En la misma fecha, el señor Luis Leomar Deza Arroyo presentó sus descargos manifestando que en el proceso de selección, participó en consorcio en una proporción de 0.50% de participación, como fue establecido en la Promesa Formal de Consorcio, por lo que conforme al artículo 239 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el autor de la comisión de la infracción debe ser individualizado.
9. El 29 de agosto de 2012, la empresa Negociar S.A.C. presentó sus descargos solicitando que la denuncia administrativa sea desestimada, manifestando lo siguiente:
- i) Se absuelve el traslado conferido en la apertura del presente proceso, negándola en el sentido de que su representada no mantuvo vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores - RNP, durante el proceso de selección.
 - ii) Al iniciarse el procedimiento sancionador, se les notificó por presuntamente no haber tenido vigente su inscripción en el RNP, afirmación irreal atendiendo a que en la propuesta técnica se encuentra su constancia de inscripción en la cual se aprecia, la vigencia del 1 de julio de 2011 hasta el 1 de julio de 2012 en el caso de bienes, y del 8 de julio de 2011 hasta el 8 de julio de 2012, en el caso de servicios. El proceso de selección concluyó en el mes de mayo, por lo que su representada mantuvo su inscripción en el RNP y cuya vigencia se mantiene hasta la actualidad al haber sido renovada.
 - iii) En el presente caso, que da origen al presente procedimiento sancionador, se debe aplicar el criterio de individualización del agente (infractor) que se encuentra debidamente regulado en el artículo 239 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por lo tanto,

su representada debe ser excluida de cualquier tipo de responsabilidad.

10. Con decreto del 6 de setiembre de 2012, se tuvo por apersonado a la empresa Negociar S.A.C. y se hizo efectivo el apercibimiento respecto del incumplimiento de la presentación de los descargos por parte de la empresa Leomar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo. Asimismo, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que emita el pronunciamiento correspondiente.
11. El 17 de setiembre de 2012, la empresa Leomar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo, solicitaron la nulidad del decreto del 6 de setiembre de 2012, que dispuso el apercibimiento decretado de resolver sin sus descargos.
12. El 21 de setiembre de 2012, se dejó sin efecto el decreto de fecha 6 de setiembre de 2012 y, se tuvo por presentados los descargos de la empresa Negociar S.A.C., la empresa Leomar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo. Asimismo, se remitió el presente expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.
13. Atendiendo que, mediante Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE de fecha 30 de octubre de 2012, publicada el 8 de noviembre de 2012, se dispuso la reconfiguración de las Salas del Tribunal; con decreto del 9 de noviembre de 2012 se dejó sin efecto el decreto de remisión a la Sala precedente y se remitió el presente expediente a la Primera Sala para el pronunciamiento correspondiente.
14. El 27 de noviembre de 2012, la empresa Leomar S.A.C. remitió un escrito para tener presente al momento de resolver.
15. El 18 de enero de 2013, la empresa Leomar S.A.C. remitió documentación sustentatoria con la finalidad que se declare no ha lugar la imposición de sanción.
16. El 22 de enero de 2013 se solicitó información adicional a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores, la misma que fue remitida el 28 de enero de 2013, mediante Memorando N° 0090-2013/SIR.
17. El 4 de febrero de 2013, la empresa Leomar S.A.C. presentó documentación extraída del RNP y solicitó el uso de la palabra.

18. El 18 de febrero de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Pública, oportunidad en la cual el representante del Consorcio efectuó su informe oral.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado contra las empresas Leomar S.A.C., Negociar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo, integrantes del Consorcio, por su presunta responsabilidad en haber participado en la Adjudicación Directa Pública N° 002-2012/ESSALUD-RAJ, para la “adquisición de material médico (audífonos retroauriculares digital para hipoacusia neurosensorial conductiva o mixta moderada-severa”)), sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, en lo sucesivo el RNP, infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley.

Naturaleza de la infracción

2. Respecto a la infracción prevista en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, debemos tener presente como marco referencial que, para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la norma que contiene la infracción imputada, se requiere la participación en procesos de selección o la suscripción de un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores; es decir, la infracción se configura con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro, sin que la norma requiera condiciones adicionales.

Tal descripción se relaciona con lo descrito en el artículo 9 de la Ley, según el cual, para ser participante, postor y/o contratista, se necesita estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores⁽²²⁾.

3. De otro lado, el artículo 252 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en adelante

(22) **Artículo 9.- Del Registro Nacional de Proveedores.-**

Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado.
(...).

el Reglamento, dispone que: “Los proveedores accederán a los Registros de Bienes, de Servicios, de Consultores de Obras y de Ejecución de Obras, de acuerdo a lo establecido en el presente Reglamento y cumpliendo con los requisitos, tasas, criterios y escalas establecidos en el TUPA del OSCE. (...) La inscripción en los Registros tendrá validez de un (1) año **a partir del día siguiente de su aprobación**, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los treinta días (30) calendario anteriores a su vencimiento. **Los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente durante su participación en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato.** Las Entidades deberán verificar su autenticidad y vigencia en el portal institucional de OSCE” (el resaltado es nuestro).

4. En ese sentido, de una lectura sistemática de las disposiciones normativas contenidas en los artículos 9 de la Ley y 252 del Reglamento, se desprende que es obligación de los proveedores mantener vigente su inscripción en el Registro Nacional de Proveedores, en lo sucesivo el RNP, durante el proceso de selección hasta la suscripción del contrato respectivo, a fin de mantener su capacidad legal para contar con la condición de postores habilitados en el proceso de selección.
5. En el marco de lo expuesto, corresponde determinar si los integrantes del Consorcio habrían incurrido en la infracción imputada, es decir, si durante el periodo comprendido desde su registro en el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, contaban con inscripción vigente en el RNP.

Configuración de la causal

6. En el caso materia de análisis, de la información brindada por la Subdirección de Información Registral del RNP a través del Memorando N° 0090-2013/SIR, se aprecia que la empresa Leomar S.A.C., integrante del Consorcio en la etapa del registro como participante –ocurrido desde el 9 de abril de 2012 hasta el 20 de abril de 2012– contaba con inscripción vigente en el RNP, al igual que la empresa Negociar S.A.C. y el señor Luis Leomar Deza Arroyo. Asimismo, se aprecia que el 10 de mayo de 2012, e inclusive el 16 de mayo de 2012, fechas en las cuales se realizaron los actos de Presentación de Propuestas y de Otorgamiento de la Buena Pro, dichas personas contaban con inscripción vigente en el RNP.

7. Así también, se aprecia de lo informado por la Subdirección de Información Registral del RNP –cuyo pedido de información estaba referido a conocer la vigencia en el RNP de los integrantes del Consorcio, en el periodo comprendido desde el 4 de abril de 2012 al 12 de junio de 2012–, que, en efecto, la empresa Negociar S.A.C. y el señor Luis Leomar Díaz Arroyo en dicho periodo contaron con inscripción vigente en el RNP. No obstante ello, dicha situación no se presenta en el caso de la empresa Leomar S.A.C., toda vez que, si bien, tuvo inscripción vigente desde el 4 de abril de 2012 hasta el 19 de mayo de 2012, **la vigencia fue suspendida desde el 20 de mayo de 2012 hasta el 22 de mayo de 2012**, lo que significó que durante aquellos tres (3) días, dicha empresa no contara con inscripción vigente en el RNP debido al procesamiento de información en su sistema⁽²³⁾.

En ese orden de ideas, atendiendo a lo establecido en el artículo 239 del Reglamento, cuyo tenor refiere que las infracciones cometidas por los postores durante su participación en el proceso de selección, se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a esta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor; en el presente procedimiento, es posible determinar que los hechos imputados fueron únicamente cometidos por la empresa Leomar S.A.C.

En consecuencia, conforme al artículo 252 del Reglamento, que dispone que los proveedores son responsables de la inscripción oportuna en el RNP, así como el mantener la vigencia durante el proceso de selección hasta la suscripción del contrato, puede concluirse que la empresa Leomar S.A.C. incurrió en la infracción imputada.

8. No obstante, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, recoge como uno de los Principios de la Potestad Sancionadora en el numeral 5 del artículo 230, el Principio de Irretroactividad según el cual “son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables”.

(23) De acuerdo a los documentos presentados en los descargos por la empresa Leomar S.A.C., se advierte que el 17 de mayo de 2012 se efectuó el pago para el trámite de renovación y, mediante mensaje electrónico del RNP se le notificó al proveedor del inicio del trámite de renovación. Con mensaje electrónico de fecha 23 de mayo de 2012, el RNP le notificó que su trámite se aprobó con el N° 2012-1778499.

Asimismo, si entre la acción del agresor y el resultado del delito hay un lapso y dentro de él cambia la norma penal, la regla aplicable sería la del momento en que actuó el agresor y no la del momento posterior en que se produjo el resultado.

Al respecto, en el Derecho Penal y el Derecho Sancionador (que es una derivación de la potestad punitiva del Estado), se aplica la ley vigente al momento de ocurrir el hecho calificado como sanción y se produce la retroactividad siempre que la norma posterior sea más favorable al procesado.

9. En línea con dicho razonamiento, la Ley N° 29873, Ley que modifica la Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 20 de setiembre de 2012, en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 ha dispuesto una regulación más favorable para la infracción que ha sido imputada a la empresa Leomar S.A.C. En efecto, la nueva redacción de dicha norma establece que incurrirán en infracción aquellos proveedores, participantes, postores y contratistas que “se registren como participantes, presenten propuestas, o suscriban un contrato o acuerdo de Convenio Marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP)”.

Es decir, la norma actual que tipifica la misma infracción lo hace en forma más benigna que la regulación precedente, distinguiendo en esta oportunidad solo tres momentos para que se configure la infracción, y no durante toda la participación en el proceso de selección como se desprendía de la redacción de la anterior norma.

10. En el caso materia de análisis, la empresa Leomar S.A.C., a la fecha de su registro como participante y de presentación de propuestas sí contó con su RNP vigente, y de otro lado, no llegó a suscribir contrato alguno con la Entidad, al habersele dejado sin efecto el otorgamiento de la Buena Pro a favor del Consorcio –producto del recurso de apelación interpuesto por la empresa Medical Audición S.A.C.– concluyéndose que no se ha configurado la infracción, pues es condición para incurrir en la misma, que se registre como participante, presente propuestas, o haya suscrito el contrato sin contar con RNP vigente, lo que en este caso no ha ocurrido.
11. Por lo expuesto, en aplicación retroactiva de la ley sancionadora más benigna al administrado, se concluye que no se ha configurado el hecho imputado tipificado en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de Ley, por lo que corresponde declarar no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa Leomar S.A.C.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Mario Fabricio Arteaga Zegarra, atendiendo a la reconfirmación de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012 en la Separata de Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificatoria, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la aplicación de sanción administrativa a las empresas Leomar S.A.C., Negociar S.A.C. y al señor Luis L. Deza Arroyo, integrantes del Consorcio, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, por los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Inga Huamán.

Ferreyra Coral.

“Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03/10/12”.

Voto singular del vocal Mario Arteaga Zegarra

El Vocal que suscribe, si bien participa de la decisión adoptada en la presente Resolución, considera relevante realizar ciertas atingencias respecto de su postura con relación al voto emitido, por los fundamentos siguientes:

1. En el presente caso no resulta necesaria la aplicación del principio de retroactividad benigna, toda vez que, en consideración de este vocal, aún antes de ser modificada –en realidad, precisada– la norma que establece la infracción que subyace a este Expediente, debía entenderse que, en materia sancionadora, no era obligación de un proveedor mantener vigente de manera continua, su inscripción en el Registro Nacional de Contratistas (RNP).

2. Antes de ser precisada, la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley –aplicable en el presente caso–, establecía que se impondrá sanción administrativa a los que participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

Debe mencionarse que, en aplicación del Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, para la configuración de la infracción basta con verificar objetivamente que el proveedor, participante, postor o contratista no cuenta con inscripción vigente en el RNP en dos (2) situaciones: (i) durante la participación en un proceso de selección, entendida como el momento del registro de participantes y la presentación de las propuestas, y (ii) en la suscripción del contrato.

3. Para efectos de identificar a los agentes del mercado que intervienen en los procesos de compras estatales, la propia normativa de contratación pública ha identificado cuatro categorías: proveedor, participante, postor y contratista, las cuales, por cierto, son definidas en el Anexo Único de Definiciones contenido en el Reglamento. En este marco, Participante es “el proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases”; mientras que Postor es “la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento en que presenta su propuesta o su sobre para la calificación previa, según corresponda”.
4. A manera de ilustrar los efectos de una interpretación restrictiva en materia sancionadora –que apunta a prohibir la pérdida de vigencia de la inscripción de un proveedor en el RNP–, el vocal que suscribe considera que, utilizando las definiciones de las categorías aludidas, no sería posible sancionar a aquel Participante que, tras perder vigencia su inscripción en el RNP después de registrarse, decidió responsablemente no convertirse en Postor.
5. Finalmente, el vocal que suscribe considera que, precisamente ante los argumentos y situaciones descritas, el legislador vio la necesidad de modificar el tipo de la infracción, precisando que la misma se configurará en tres momentos o hitos: cuando i) se registren como participantes, ii) presenten propuestas, o iii) suscriban un contrato (...), confirmando la interpretación dada por el vocal que suscribe en anteriores oportunidades.

025 Momentos para su configuración: Alcances

Habiéndose previsto en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, dos supuestos de hecho para la configuración de la referida infracción, que difieren únicamente en la oportunidad en la que se verifica la omisión de contar con la inscripción vigente en el RNP dentro de un proceso de selección, resulta importante precisar el alcance de estos. Así, por un lado, tenemos: i) la participación en el proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, que comprendería aquellas actuaciones realizadas en el registro de participantes y la presentación de las propuestas, ii) la suscripción del contrato sin contar con la inscripción vigente en el RNP.

Resolución N° 418-2013-TC-S3

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión de fecha 28 de febrero de 2013 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1566.2012.TC sobre el procedimiento de aplicación de sanción iniciado contra el señor Neciosup Azán Luis Alberto por supuesta responsabilidad al haber suscrito el contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP-Primera Convocatoria para la “Contratación de Servicios de Consultoría para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de Rehabilitación de Redes de Agua Potable y Alcantarillado del Asentamiento Humano San Pedro, distrito de Piura”; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 26 de abril de 2012, la Municipalidad Provincial de Piura, en lo sucesivo la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP - Primera Convocatoria, derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012-CE.CAET/MPP- Primera Convocatoria, para la “Contratación de Servicios de Consultoría para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de Rehabilitación de Redes de Agua Potable y Alcantarillado del Asentamiento Humano San Pedro, distrito de Piura”, por un valor referencial ascendente a S/. 74,450.00 (setenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta con 00/100 nuevos soles), incluidos los tributos de ley.

2. El 8 de mayo de 2012, se realizó el acto de presentación de propuestas, presentándose como único postor el señor Neciosup Azán Luis Alberto, por lo que el Comité Especial le otorgó la buena pro del proceso de selección.
3. El 9 de julio de 2012, se suscribió el Contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP - Primera Convocatoria entre la Entidad y el señor Neciosup Azán, Luis Alberto, en lo sucesivo el Contratista.
4. Mediante Formulario de Denuncia, presentado el 3 de julio de 2012 ante la Oficina Zonal de OSCE ubicada en la ciudad de Piura e ingresada a este Tribunal el 9 del mismo mes y año, el señor Floresmiló Yaxahuanca Tapia, Regidor de la Entidad, denunció que el Comité Especial del proceso de selección referido había venido incumpliendo sus funciones al otorgarle la buena pro del proceso de selección al señor Neciosup Azán, Luis Alberto quien no tiene inscripción vigente como consultor de obra para ser participante, postor y/o contratista.
5. El 17 de octubre de 2012, mediante Memorando N° 171-2012/DSU-JAM la Dirección de Supervisión corrió traslado de la denuncia presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado.
6. Por decreto de fecha 22 de octubre de 2012, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador el Tribunal corrió traslado a la Entidad a fin de que cumpla con remitir un Informe Técnico Legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad del señor Neciosup Azán, Luis Alberto, copia legible del contrato debidamente suscrito por las partes, así como copia legible de la propuesta técnica presentada por el supuesto infractor. A su vez, se requirió que adjunte copia del poder o de la resolución de nombramiento y del documento nacional de identidad del representante de la Entidad otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional en caso de que incumpla dicho requerimiento.
7. Por decreto de fecha 5 de diciembre de 2012, previa razón de la Secretaría del Tribunal en el que informó que la Entidad no había cumplido con remitir la información y documentación requerida, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal

de Contrataciones del Estado para que evalúe la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

8. Por medio del decreto de fecha 11 de diciembre de 2012, se solicitó a la Entidad remitir un Informe Técnico Legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad del señor Neciosup Azán, Luis Alberto, copia legible del contrato debidamente suscrito por las partes, adjuntar copia legible de la propuesta técnica presentada por el supuesto infractor. A su vez, se requirió que adjunte copia del poder o de la resolución de nombramiento y del documento nacional de identidad del representante de la Entidad, otorgándole el plazo de cinco (5) días hábiles, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en autos, poniendo en conocimiento los hechos a su Órgano de Control Institucional.
9. Por decreto de fecha 20 de diciembre de 2012, se dejó sin efecto el decreto de fecha 11 de diciembre de 2012 en el extremo que disponía resolver con la información obrante en el expediente y se reiteró a la Entidad a fin de que remita la información y documentación requerida.
10. Mediante Oficio N° 001-2013-OL/MPP, presentado el 3 de enero de 2012 ante la Oficina Zonal de OSCE ubicada en la ciudad de Piura e ingresada a la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado el 8 del mismo mes y año, la Entidad remitió la documentación e información que le fue requerida.
11. Por medio del decreto de fecha 9 de enero de 2013, dado que la información y documentación enviada por la Entidad había sido remitida en forma extemporánea, se dejó a consideración de la Tercera Sala dicha documentación.
12. El 11 de enero de 2013, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado emitió el Acuerdo N° 029/2013.TC-S3 mediante el cual acordó, entre otros, iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el señor Neciosup Azán, Luis Alberto, por su presunta responsabilidad al haber suscrito el contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP - Primera Convocatoria para la “Contratación de Servicios de Consultoría para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de Rehabilitación de Redes de Agua Potable y Alcantarillado del Asentamiento Humano San Pedro, distrito de Piura”, infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la

Ley y otorgarle al referido señor Neciosup Azán, Luis Alberto el plazo de diez (10) días hábiles a fin que pueda formular sus descargos.

13. Por decreto de fecha 20 de febrero de 2013, previa razón expuesta por la Secretaría del Tribunal en el que informó que el señor Neciosup Azán, Luis Alberto no había cumplido con presentar sus descargos pese a encontrarse debidamente notificado, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente y se remitió el mismo a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado a fin de determinar si el Contratista, ha incurrido en responsabilidad administrativa por haber suscrito un contrato sin contar con inscripción vigente en el RNP derivado de su participación en el Proceso de Selección, Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP - Primera Convocatoria, derivada de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012-CE. CAET/MPP- Primera Convocatoria, para la “Contratación de Servicios de Consultoría para la Elaboración del Expediente Técnico del Proyecto de Rehabilitación de Redes de Agua Potable y Alcantarillado del Asentamiento Humano San Pedro, distrito de Piura”, infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽²⁴⁾, en lo sucesivo la Ley, norma vigente al suscitarse los hechos.
2. Al respecto, es preciso indicar, como marco referencial, que para la configuración de los supuestos de hecho establecidos en la referida norma se requiere: (i) la participación en procesos de selección o (ii) la suscripción de un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores, en adelante el RNP; es decir, **la infracción se configura con la sola participación en el proceso o la suscripción de un contrato, sin contar con inscripción vigente en el citado Registro, sin que la norma requiera condiciones adicionales.**

Ahora bien, sobre este punto, debe tenerse en cuenta que el primer párrafo del artículo 9 de la Ley, establece que para ser: (i) participante, (ii) postor y/o (iii) contratista, requiere encontrarse inscrito en el RNP; habiéndose

(24) Aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

definido como participante al “proveedor que puede intervenir en el proceso de selección, por haberse registrado conforme a las reglas establecidas en las Bases”; como postor, a “la persona natural o jurídica legalmente capacitada que participa en un proceso de selección desde el momento que presenta su propuesta o su sobre para la evaluación”; y como contratista al “proveedor que celebre un contrato con una Entidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley y el Reglamento”, de conformidad con el Anexo de definiciones del Reglamento.

En ese contexto, habiéndose previsto en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, dos supuestos de hecho para la configuración de la referida infracción, que difieren únicamente en la oportunidad en la que se verifica la omisión de contar con la inscripción vigente en el RNP dentro de un proceso de selección, resulta importante precisar el alcance de estos. Así, por un lado, tenemos: i) la participación en el proceso de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, que comprendería aquellas actuaciones realizadas en el registro de participantes y la presentación de las propuestas, ii) la suscripción del contrato sin contar con la inscripción vigente en el RNP.

3. En el presente caso, el Denunciante manifiesta que el señor Neciosup Azán Luis Alberto, no contó con su inscripción vigente en el RNP al momento de suscribir el Contrato con la Entidad.
4. Al respecto, de acuerdo con el calendario del proceso, el registro de participantes se realizó desde el 27 de abril al 7 de mayo de 2012 y la presentación de propuestas y adjudicación de la Buena Pro se realizó el 8 de mayo de 2012.
5. De otro lado, de la base de datos del Registro Nacional de Proveedores, se puede apreciar que el señor Neciosup Azán Luis Alberto registra la siguiente información, correspondiente a su inscripción en el Registro de Consultor de Obras:

No mantener vigente la inscripción en el registro nacional de proveedores

Información de vigencias Ejecutores y Consultores

| Vigencia para ser Participante, Postor y Contratista | | | | | | |
|--|---------------------------------------|--------------------|-----------------|--------------|-------------------------------|-------------------|
| # | Tipo de Trámite | Trámite | Inicio Vigencia | Fin Vigencia | Resolución | Detalle |
| 1 | INSCRIPCIÓN CONSULTOR | 2007-2454-TRUJILLO | 07/05/2007 | 07/05/2008 | 2332/2007-CONSUCODE/GRANP-SOR | [Más información] |
| 2 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2008-161460-LIMA | 30/04/2008 | 08/05/2009 | 3656/2008-CONSUCODE/SRNP | [Más información] |
| 3 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2009-158561-LIMA | 20/05/2009 | 20/05/2010 | 4106/2009-OSCE/SREG | [Más información] |
| 4 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2010-205740-LIMA | 21/05/2010 | 21/05/2011 | | [Más información] |
| 5 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2011-898869-LIMA | 04/06/2011 | 04/06/2012 | | [Más información] |
| 6 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2012-1754559-LIMA | 10/07/2012 | 10/07/2013 | | [Más información] |

| Vigencia para ser Participante y Postor | | | | |
|---|---------------------------------------|-------------------|-----------------|--------------|
| # | Tipo de Trámite | Trámite | Inicio Vigencia | Fin Vigencia |
| 1 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2011-898869-LIMA | 22/05/2011 | 14/06/2011 |
| 2 | RENOVACIÓN DE INSCRIPCIÓN - CONSULTOR | 2012-1754559-LIMA | 05/06/2012 | 10/07/2012 |

6. En ese sentido, según se aprecia, en la oportunidad que el Contratista participó en el proceso, su trámite de renovación de su inscripción en el RNP no había concluido.
7. No obstante en este punto, cabe traer a colación lo establecido en los dos últimos párrafos del artículo 265 del Reglamento, en el que se estipula: “Al día siguiente de recibida la solicitud con la documentación que acredite los requisitos indicados en el TUPA del OSCE, el proveedor **accederá en forma electrónica a su constancia de inscripción en el RNP**, la que tendrá una **vigencia de treinta (30) días hábiles**, periodo en el que podrá participar y ser postor en los distintos procesos de selección que se convoquen, **pero no podrá suscribir contratos**.”

Solo podrán suscribir contratos cuando se haya aprobado el procedimiento iniciado, caso en el cual accederá electrónicamente a la constancia de inscripción en el RNP con una vigencia de un (1) año, contado a partir del día siguiente de su aprobación. Con dicha constancia podrá ser participante, postor y suscribir contratos” (el resaltado es nuestro).

En virtud al referido dispositivo, se aprecia que el Contratista se encontraba habilitado para participar en el proceso de selección, conforme lo establecido en el artículo 265 del Reglamento. Ello se puede corroborar de la información de la base de datos del RNP en la cual se precisa que el Contratista tuvo su inscripción vigente para ser participante y postor en procesos de selección entre el 6 de enero de 2012 al 20 de febrero del mismo año.

8. No obstante, según se indica en el referido artículo 265, dicha constancia solo lo habilitaba para participar en el proceso mas no para suscribir contratos con las Entidades del Estado.
9. En virtud de ello, dado que de la información de autos se aprecia que el contrato se suscribió el 9 de julio de 2012, y considerando que el Contratista contó con inscripción vigente hasta el 4 de junio de 2012 y luego a partir del 10 de julio de 2012, se concluye que, en el presente caso, el Contratista incurrió en la infracción establecida en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por lo que corresponde en este extremo imponerle la sanción correspondiente.
10. Ahora bien, el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley establece que los postores que participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con su RNP vigente serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de uno (1) año ni mayor de tres (3) años, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción, previstos en el artículo 245⁽²⁵⁾ del Reglamento.
11. No obstante, cabe anotar que el 20 de setiembre de 2012 entró en vigencia la Ley N° 29873, la cual modificó los alcances del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, estableciendo que, en los casos de imposición de una sanción de inhabilitación temporal, en ningún caso esta puede ser inferior a seis (6) meses ni mayor de tres (3) años, excepto para el caso de la infracción de presentación de documentación falsa o información inexacta, en cuyo caso la sanción será de entre tres (3) años a cinco (5) años.

(25) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

12. En este escenario, cabe traer a colación el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General, según el cual “son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, **salvo que las posteriores le sean más favorables**”.
13. En ese sentido, “la regla de la irretroactividad, tiene esta excepción: si luego de la realización de un hecho sancionable según la ley preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva ley es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, bien porque quita al hecho el carácter punible, o porque establece una sanción de menor efecto dañino para el sujeto pasivo, entonces será dicha ley (la más favorable o benigna) la aplicable al caso, no obstante no haber regido al momento en que se ejecutara el ilícito administrativo”⁽²⁶⁾.
14. Por lo tanto, en aplicación del principio de retroactividad benigna, este Colegiado considerará, para efectos de la graduación de la sanción, el parámetro mínimo de seis meses y el máximo de tres años.
15. Además, debe tenerse en cuenta que de acuerdo al Principio de Razonabilidad, consagrado en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1029 del 24 de junio de 2008, 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.

(26) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Lima, 2006, p. 632.

16. Bajo las premisas anotadas debe meritarse la naturaleza de la infracción que, en el presente caso, obedece a contratar con el Estado sin contar con inscripción vigente en el RNP.
17. Adicionalmente, en lo que atañe a la conducta procesal del infractor durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, es necesario tener presente que el Contratista no presentó sus descargos ni se ha apersonado al proceso.
18. Por otro lado, no pueden dejar de valorarse las demás circunstancias en las que acontecieron los hechos, el valor referencial del proceso de selección (S/. 74,450.00 setenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta con 00/100 nuevos soles), teniendo también que considerarse que el Contratista carece de antecedentes al no haber sido inhabilitado anteriormente para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
19. Por último, es del caso mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley por parte del señor Neciosup Azán Luis Alberto, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar con fecha 9 de julio de 2012, fecha en que suscribió el Contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 006-2012/CE-CAET/MPP - Primera Convocatoria con la Entidad.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Víctor Manuel Villanueva Sandoval y la intervención de las Vocales Carmen Amelia Castañeda Pacheco y María Elena Lazo Herrera y, atendiendo a la re-conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. **SANCIONAR** al señor Neciosup Azán Luis Alberto, por un periodo de diez (10) meses de suspensión en su derecho de participar en procesos de selección y/o contratar con el Estado, conforme a los argumentos

expuestos, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil de notificada la presente Resolución.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Villanueva Sandoval.

Castañeda Pachecho.

Lazo Herrera.

CAPÍTULO V

SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO POR MONTOS MAYORES A LA CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN, O EN ESPECIALIDADES DISTINTAS

La infracción administrativa de suscripción de un contrato por montos mayores a la capacidad de libre contratación, o en especialidades distintas está contenida en el inciso f) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- f) Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso.*

026 **Inexistencia de contratos pendientes de valorización: Capacidad máxima de contratación de un ejecutor es igual a su capacidad de libre contratación**

Capacidad Máxima de Contratación y Capacidad de Libre Contratación son dos conceptos diferentes que se encuentran directamente relacionados, ya que el segundo se presenta por la diferencia del monto de las contrataciones que viene ejecutando un proveedor y el límite máximo del monto hasta por el cual está facultado a contratar en el primero; sin embargo, cuando un ejecutor de obras no tiene contratos pendientes de valorización, dichos conceptos convergen, es decir, la Capacidad Máxima de Contratación de un ejecutor es igual a su Capacidad de Libre Contratación.

Resolución N° 1546-2011-TC-S1

Lima, 27 de setiembre de 2011

Visto en sesión del 27 de setiembre de 2011, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 294/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Licapa Consultores & Ejecutores E.I.R.L., por su presunta responsabilidad al haber suscrito el Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009 por un monto mayor a su capacidad de libre contratación; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 24 de enero de 2011, la empresa Licapa Consultores & Ejecutores E.I.R.L., en lo sucesivo Licapa, solicitó ante el Registro Nacional de Proveedores el aumento de su capacidad máxima de contratación; adjuntando como recaudo de su solicitud, entre otros, la copia simple del Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009, el cual se suscribió entre Licapa y la Municipalidad Distrital de Yambrasbamba, en el marco de la Licitación Pública N° 001-2009-MDY-CE y bajo el ámbito del D.U. N° 041-2009, para la ejecución de la obra “ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable y construcción de alcantarillado de las localidades de Oso Perdido, Progreso y Agua Dulce, distrito de Yambrasbamba”.

2. Por Memorando N° 183-2011-DS/MSH del 25 de febrero de 2011, la Dirección del Seace del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la supuesta infracción en la que habría incurrido la empresa Licapa, al suscribir el Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009 por un monto distinto al que estaba autorizado; a cuyo efecto remitió, entre otros, el Informe N° 434-2011-SREG/HCS.
3. A fin de iniciar, de ser el caso, el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, por decreto del 7 de marzo de 2011 se corrió traslado a la Municipalidad Distrital de Yamborasbamba, en adelante la Entidad, de la denuncia hecha contra Licapa, solicitándole que cumpla con remitir el Informe Técnico Legal que contenga su opinión sobre la procedencia y presunta responsabilidad de Licapa al haber suscrito contrato por un monto mayor a su capacidad libre de contratación. Asimismo, se le requirió que adjunte copia legible del Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009 y demás documentos sustentatorios.
4. Habiendo vencido el plazo otorgado a la Entidad sin que cumpla con remitir lo solicitado, mediante decreto del 2 de junio de 2011 se dispuso reiterar el requerimiento inicialmente efectuado, otorgándose un último plazo adicional de cinco días, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en el expediente. Asimismo, se ordenó poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad la mencionada omisión.
5. Persistiendo el incumplimiento, mediante decreto de fecha 27 de junio de 2011 se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en el expediente, y se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal, para que evaluara la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra Licapa.
6. Mediante Acuerdo N° 441/2011.TC-S3 de fecha 8 de julio de 2011, la Tercera Sala del Tribunal acordó iniciar procedimiento administrativo sancionador contra Licapa, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.

7. Con arreglo a lo acordado por el Tribunal, por decreto de fecha 13 de julio de 2011 se inició procedimiento administrativo sancionador contra Licapa y se le emplazó para que dentro del plazo de diez (10) días hábiles cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en el expediente. Asimismo, se requirió a la Entidad que en el plazo de diez hábiles cumpla con remitir los antecedentes administrativos relativos al Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009, entre ellos las bases del proceso de selección del cual se derivó el mencionado contrato.
8. Habiendo vencido el plazo otorgado a Licapa, así como el concedido a la Entidad, se hizo efectivo el apercibimiento decretado, remitiéndose el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. En principio, debe tenerse en cuenta que el Tribunal tiene a su cargo el conocimiento de los procesos de aplicación de sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, en los casos expresamente previstos en el artículo 51, numeral 51.1, de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁾, en adelante la Ley.
2. El caso materia de autos, está referido a la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 1 del artículo 51⁽²⁾ de la Ley, el cual establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación o en especialidades distintas, según sea el caso.

(1) Aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1017.

(2) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación o en especialidades distintas, según sea el caso.

(...).

3. Conforme se tuvo oportunidad de señalar en el Acuerdo N° 441/2011. TC-S3, en virtud del cual se decretó el inicio del presente procedimiento, no debe perderse de vista que **a efectos de la configuración del supuesto de hecho que contiene la infracción tipificada en el literal f) del numeral 1 del artículo 51 de la Ley, el adjudicatario de la Buena Pro de la ejecución de una obra debe haber suscrito un contrato que exceda su capacidad de libre contratación**, sin que la norma exija factores adicionales, o cuando en caso de los consultores de obras, se contrate sin contar con la especialidad correspondiente.
4. Ahora, atendiendo a que el caso de autos corresponde al supuesto de hecho aplicable a los ejecutores de obra, resulta necesario tener en cuenta, como marco referencial, que el artículo 9 de la Ley establece que para ser participante, postor y/o contratista, es requisito indispensable estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado. Asimismo, el artículo 252 del Reglamento de la Ley⁽³⁾ prescribe que las personas naturales o jurídicas que deseen participar en los procesos de selección y/o contratar con el Estado deben encontrarse inscritos en los Registros de Bienes, de Servicios, de Consultores de Obras y de Ejecutores de Obra, según el caso.

Concordante con lo anterior, el artículo 257 del Reglamento de la Ley precisa que el Registro Nacional de Proveedores otorgará categorías a los ejecutores de obras, asignándoles una capacidad máxima de contratación.

5. En un desarrollo más amplio, el artículo 275 del Reglamento de la Ley establece que la Capacidad Máxima de Contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente. Más adelante, según el artículo 277, **la Capacidad de Libre Contratación es entendida como el monto no comprometido de la Capacidad Máxima de Contratación** y se obtiene deduciendo de esta las obras públicas contratadas pendientes de valorización.
6. Conforme se advierte, Capacidad Máxima de Contratación y Capacidad de Libre Contratación son dos conceptos diferentes que se encuentran directamente relacionados, ya que el segundo se presenta por la diferencia

(3) Aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

del monto de las contrataciones que viene ejecutando un proveedor y el límite máximo del monto hasta por el cual está facultado a contratar en el primero; sin embargo, cuando un ejecutor de obras no tiene contratos pendientes de valorización, dichos conceptos convergen, es decir, la Capacidad Máxima de Contratación de un ejecutor es igual a su Capacidad de Libre Contratación.

7. Hechas las precisiones del caso, corresponde que este Colegiado se avoque a verificar si Licapa suscribió contrato por un monto mayor a su capacidad de libre contratación.
8. Es el caso que, según lo informado por la Subdirección de Registro a través del Informe N° 434-2011-SREG/HCS, en fecha 12 de octubre de 2009 Licapa suscribió el Contrato de Ejecución de Obra, derivado de la Licitación Pública N° 001-2009-MDY-CE, **por un monto equivalente a S/. 4'476,088.82**; tal cual se verificaba del ejemplar del contrato que presentó Licapa como recaudo de su solicitud de aumento de su capacidad máxima de contratación⁽⁴⁾.

Adicionalmente, la Subdirección de Registro precisó que **a la fecha de celebración del aludido contrato, Licapa tenía otorgado por el Registro Nacional de Proveedores una Capacidad Máxima de Contratación de S/. 1'189,999.99.**

9. Al respecto, este Colegiado ha podido constatar que a folios 5-8 del presente expediente obra el Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009, del cual se aprecia que, en efecto, Licapa se obligó a ejecutar la obra “Ampliación y mejoramiento del sistema de agua potable y construcción de alcantarillado de las localidades de Oso Perdido, Progreso y Agua Dulce, Distrito de Yambrasbamba”, por una contraprestación equivalente a S/. 4'476,088.82, a consecuencia de la buena pro otorgada en la Licitación Pública N° 001-2009-MDY-CE. Aunado a lo cual, también obra en el expediente el respectivo Acta de Recepción de Obra, que data del 19 de abril de 2010, y el documento que aprueba el Informe de Liquidación Técnico-Financiero del proyecto (Resolución N° 021-2010-MDY-PB-A del 19 de abril de 2010).

(4) El cual obra a folios 5-8 del presente expediente.

10. Siendo así, queda evidenciado que con motivo de la suscripción del Contrato de Ejecución de Obra de fecha 12 de octubre de 2009, derivado de la Licitación Pública N° 001-2009-MDY-CE, Licapa incurrió en la infracción prevista el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, toda vez que contrató por un monto superior a su Capacidad Máxima de Contratación, esto es, por un monto que excede su Capacidad de Libre Contratación, en el entendido que esta última no puede ser superior a la primera; por lo que debe imponerse la sanción administrativa correspondiente.
11. En relación a la sanción imponible, el artículo 51 de la Ley establece que aquellos contratistas que suscriban un contrato de ejecución de obras por un monto mayor a su capacidad de libre contratación, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año, ni mayor de tres (3) años, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento de la Ley.
12. En torno a ello, resulta importante traer a colación el **Principio de Razonabilidad** consagrado en el numeral 1.4) del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
13. Bajo las premisas anotadas, debe meritarse la naturaleza de la infracción que, en este caso, reviste una considerable gravedad, pues se ha contratado con una Entidad pública para ejecutar prestaciones sin contar con la experiencia acreditada ante el Registro Nacional de Proveedores.
14. En el mismo sentido, es necesario que este Tribunal preste atención a la intencionalidad del infractor, pues se ha buscado contratar con el Estado sin la autorización correspondiente.
15. En lo concerniente al criterio de reiterancia, debe tenerse en cuenta que si bien mediante Resolución N° 1464-2011-TC-S2 del 2 de setiembre de 2011, se dispuso sancionar a Licapa con inhabilitación temporal por el periodo de doce (12) meses en sus derechos de participar en procesos de

selección y contratar con el Estado; dicha sanción se encuentra suspendida por la interposición del respectivo recurso de reconsideración.

16. Respecto a la conducta procesal del infractor, se advierte que Licapa no cumplió con apersonarse al procedimiento administrativo sancionador seguido en su contra, pese a haber sido debidamente notificado.
17. En virtud a los criterios expuestos, este Colegiado considera que corresponde imponer a Licapa una sanción equivalente a catorce (14) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
18. Finalmente, estando al permanente incumplimiento de la Entidad en remitir la documentación e información solicitada por este Tribunal, este Colegiado estima oportuno comunicar dicha omisión a la Contraloría General de la República, para que en el ámbito de sus atribuciones determine las responsabilidades a las que hubiere lugar.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa Licapa Consultores & Ejecutores E.I.R.L., sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de catorce (14) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado; la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.

2. Poner la presente resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.
3. Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República la presente resolución, para los fines pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

027 **Especialidad de consultoría de obras menores: Exigible si el monto del contrato no supera el tope previsto para una adjudicación directa selectiva**

Si el monto del contrato no supera el tope previsto para una Adjudicación Directa Selectiva, tan solo se debe exigir al proveedor la Especialidad de Consultoría de Obras Menores. En este sentido, en un procedimiento administrativo sancionador debe primar la interpretación más favorable al administrado, debiendo eximirse de responsabilidad al proveedor y archivarse el expediente.

Resolución N° 319-2012-TC-S1

Lima, 27 de marzo de 2012

Visto en sesión del 26 de marzo de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 766/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el señor Jorge Antonio Valenzuela Flores, por su presunta responsabilidad al haber suscrito el Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. contando con una especialidad distinta a la requerida; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 18 de agosto de 2009, el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Arequipa S.A. - SEDAPAR S.A., en adelante la Entidad, convocó el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 026-2009-SEDAPAR S.A., derivado de la Adjudicación Directa Pública N° 005-2009-SEDAPAR S.A., para la consultoría de la obra denominada “Supervisión Línea de Conducción Agua Potable Planta Inclán (Mejoramiento Sistema de Agua Potable Mollendo Matarani)”, por el valor referencial ascendente a S/. 116,566.50.
2. Tras el resultado final de la evaluación y calificación de propuestas, el 31 de agosto de 2009 se otorgó la buena pro al Consorcio A & J, integrado por los ingenieros Antonio Valenzuela Salas y Jorge Antonio Valenzuela Flores.

3. El 16 de setiembre de 2009, la Entidad y el Consorcio A & J suscribieron el Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A., por el monto ascendente a S/. 104,909.90.
4. Con Memorando N° 617-2011/DS-MSH presentado el 3 de junio de 2011, la Dirección del Seace del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, la presunta infracción en que habría incurrido el ingeniero Jorge Antonio Valenzuela Flores, en lo sucesivo el Proveedor, al haber suscrito contrato con una entidad pública por una especialidad distinta a la asignada por el Registro Nacional de Proveedores; a cuyo efecto adjuntó el Informe N° 1146-2011-SREG/HCG, en el cual señaló lo siguiente:
 - i) El 29 de marzo de 2011, el Proveedor solicitó su ampliación de especialidad ante el Registro Nacional de Proveedores, adjuntando a su solicitud copia simple del Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A.
 - ii) De la revisión del mencionado documento, se ha podido constatar que el Proveedor habría firmado contrato por una especialidad distinta a la que tenía asignada por el Registro Nacional de Proveedores.
 - iii) En efecto, al Proveedor se le había asignado la especialidad en Consultoría de Obras Menores; por lo que, estaba autorizado a contratar la consultoría de obra correspondiente a las distintas especialidades que se enumeran en el artículo 268 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, siempre que los montos contratados no excedan lo señalado en la normativa vigente para las Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía.
 - iv) Sin embargo, incumpliendo con lo establecido en la norma citada, con fecha 16 de setiembre de 2009, el Proveedor suscribió el Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. a consecuencia de la buena pro otorgada en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 026-2009-SEDAPAR S.A., derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 005-2009-SEDAPAR S.A. declarada desierta, por lo que para poder participar de dicho proceso debía tener la especialidad descrita en el inciso b.3) del artículo 268 del citado Reglamento, esto es, debía contar con la especialidad en consultoría en Obras de Saneamiento y afines.

- v) Por tanto, se concluye que el Proveedor habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 237, literal f) del numeral 1, que establece que el Tribunal impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que suscriban un contrato, en el caso de ejecución y consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación, o en especialidades distintas.
5. Mediante decreto de fecha 10 de junio de 2011, se corrió a la Entidad de la denuncia formulada por la Dirección del Seace, a fin de que cumpla con remitir un Informe Técnico Legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad del Proveedor, así como una copia legible del Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. Asimismo, se le solicitó adjuntar copia del poder o de la resolución de nombramiento del representante de la Entidad y copia del documento nacional de identidad de dicho representante; e indicar su domicilio procesal en la ciudad de Lima y el domicilio cierto del presunto infractor.
- Al efecto, se otorgó a la Entidad el plazo de diez días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.
6. Mediante decreto de fecha 29 de setiembre de 2011, se reiteró a la Entidad para que cumpla con remitir la información y documentación anteriormente requerida, otorgándosele un último plazo de cinco días hábiles; bajo responsabilidad y apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en el expediente. Asimismo, se dispuso comunicar al Órgano de Control Institucional de la Entidad dicha reiteración para los fines de Ley.
7. Persistiendo el incumplimiento, con decreto de fecha 12 de octubre de 2011 se hizo efectivo el apercibimiento decretado y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal, a fin de que evalúe la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Proveedor.
8. Mediante Acuerdo N° 766/2011.TC-S1 de fecha 26 de octubre de 2011, la Primera Sala del Tribunal acordó disponer el inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Proveedor, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017, al

haber suscrito el contrato referente a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 026-2009-SEDAPAR S.A., derivada de la Adjudicación Directa Pública N° 005-2009-SEDAPAR S.A., a pesar de solo contar con la especialidad en Consultoría en Obras Menores.

9. Con arreglo a lo dispuesto en el Acuerdo N° 766/2011.TC-S1, por decreto del 27 de octubre de 2011 se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Proveedor, emplazándosele para que en el plazo de diez días hábiles cumpla con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolverse el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.
10. El 20 de octubre de 2011, la Entidad presentó la documentación inicialmente solicitada por el Tribunal, entre ella, el Informe Técnico Legal N° 202-2011/S 1030-RMZ, en el que concluyó que el actuar del Consorcio A & J y el Proveedor configuraría la comisión de la infracción imputada en su contra.
11. El 25 de noviembre de 2011, el Proveedor se apersonó al procedimiento y presentó sus descargos, los cuales basó en los siguientes fundamentos:
 - i) El monto del Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. se encuentra dentro del margen del monto de contratación correspondiente a la especialidad de Obras Menores.
 - ii) En concordancia con lo establecido en el artículo 267 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a los consultores de obra sin experiencia se les otorgará la especialidad de consultorías en obras menores, con la que podrán acceder a las Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía, de conformidad con los montos establecidos en la Ley Anual del Presupuesto y la Ley. Asimismo, debe tenerse en cuenta la definición hecha en el literal b.7) del precitado artículo, respecto a la Consultoría de Obras Menores.
 - iii) Es en la Ley del Presupuesto del Sector Público para el año 2009 en que se determina cuál es el monto hasta el cual el Proveedor podría contratar, que no tiene nada que ver con el valor referencial del proceso de selección, ni con la derivación del proceso de otros anteriores que sean de mayor monto o de otra naturaleza.

- iv) En ese sentido, teniendo en cuenta lo establecido en el literal c) del artículo 14 de la Ley del Presupuesto Público para el año 2009, Ley N° 29289, para el caso de contratación de servicios de consultorías tales como estudios, diseños, supervisiones, etc., se sujetan a los montos siguientes:
- Concurso Público, si el valor referencial es igual o superior a 60 UIT.
- Adjudicación Directa, si el valor referencial es inferior a 60 UIT.
- Por lo que teniendo en cuenta lo indicado en el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Adjudicación Directa Pública se convoca cuando el monto de la contratación es mayor al cincuenta por ciento del límite máximo establecido para la Adjudicación Directa en las normas presupuestarias, en los casos por debajo de ello corresponde una Adjudicación Directa Selectiva.
- v) Por ello, debía tenerse en cuenta que para el Ejercicio 2009, las 60 UIT ascendían a la suma de S/. 213,000.00, de los cuales el tramo comprendido entre el tope de S/. 213,000.00 y el valor del cincuenta por ciento, S/. 106,500.00, corresponde a Adjudicaciones Directas Selectivas.
- vi) En este caso, el monto del Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. asciende a S/. 104,909.90, monto inferior a S/. 106,500.00, por lo que corresponde la calificación de Adjudicación Directa Selectiva, encontrándose dentro de los procesos de selección autorizados para los consultores de obra con la especialidad de Consultoría en Obras Menores.
- vii) Consecuentemente, para el caso del Proveedor, no se ha configurado la infracción imputada en su contra, dado que suscribió un contrato cuyo monto de contratación se encuentra dentro de la especialidad de Consultoría en Obras Menores.
12. Por decreto del 2 de diciembre de 2011, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal, para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. En principio, debe tenerse en cuenta que el Tribunal tiene a su cargo el conocimiento de los procesos de aplicación de sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, en los casos expresamente previstos en el artículo 51, numeral 51.1, del Decreto Legislativo N° 1017, que aprobó la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley.
2. El caso materia de autos está referido a la supuesta comisión de la infracción tipificada en el **literal f)** del numeral 1) del artículo 51⁽⁵⁾ de la Ley, el cual establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación o en especialidades distintas, según sea el caso; infracción en la que habría incurrido el Proveedor.
3. Al respecto, conforme se tuvo oportunidad de señalar en el Acuerdo N° 766/2011.TC-S1, no debe perderse de vista que a **efectos de la configuración del supuesto de hecho aplicable al caso del Proveedor**, contenido en el **literal f)** del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, **el adjudicatario de la buena pro de la consultoría de una obra debe haber suscrito un contrato por una especialidad distinta a la asignada por el Registro Nacional de Proveedores**.
4. De acuerdo a lo establecido en el artículo 267 del Reglamento de la Ley, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF, el Registro Nacional de Proveedores asigna a los consultores de obras una o varias especialidades, habilitándolos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado la consultoría de obras públicas. El mismo dispositivo legal puntualiza que **a los consultores de obra sin experiencia se les otorgará la especialidad de consultorías en obras menores, con lo que podrán acceder a las Adjudicaciones Directas Selectivas y las Adjudicaciones de Menor Cuantía, de conformidad con los montos establecidos en la Ley Anual de Presupuesto y la Ley**.

(5) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...).

Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad de libre contratación o en especialidades distintas, según sea el caso.

(...).

5. Lo glosado en el párrafo precedente significa que para suscribir un contrato de consultoría de obra derivado de una Adjudicación Directa Pública o Concurso Público, el consultor deberá necesariamente contar con una o algunas de las especialidades a las que hace referencia el artículo 268 del Reglamento de la Ley⁽⁶⁾, distinta a la especialidad de Obras Menores, y relacionado al tipo de proyecto objeto del proceso de selección.
6. Dicho lo anterior, en el presente caso se tiene que el proceso de selección en que participó el Proveedor de forma consorciada, Adjudicación de Menor Cuantía N° 026-2009-SEDAPAR S.A., se derivó de un proceso mayor declarado desierto, por lo que aun tratándose de una Adjudicación de Menor Cuantía, el monto del valor referencial (S/. 116,566.50) realmente correspondía al de una Adjudicación Directa Pública, según la norma presupuestaria vigente al año 2009⁽⁷⁾.

(6) **Artículo 268.- Especialidades de los Consultores**

La (s) especialidad (es) de los consultores se determinará por:

- a) El objeto señalado en la escritura pública de constitución solo para el caso de las personas jurídicas; y
- b) La experiencia previa determinada por el tipo de proyectos y obras en que haya prestado servicios de consultoría de obras, en las siguientes especialidades:
 - b.1) Consultoría en obras urbanas, edificaciones y afines
Construcción, ampliación o remodelación de edificios, viviendas, centros comerciales, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas, reservorios de agua potable (elevados o apoyados), muros de contención, pavimentaciones de calles, fábricas y afines.
 - b.2) Consultoría en obras viales, puertos y afines
Carreteras con pavimento asfáltico o concreto, caminos rurales, puentes, túneles, líneas ferroviarias, explotaciones mineras, puertos y aeropuertos, pavimentación de pistas de aterrizaje y afines.
 - b.3) Consultoría en obras de saneamiento y afines
Plantas de tratamiento de agua potable, redes de conducción de agua potable, redes de conducción de desagües, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas, emisores de desagües, líneas de impulsión, líneas de aducción, líneas de conducción, cámaras de bombeo, reservorios elevados o apoyados, lagunas de oxidación, conexiones domiciliarias de agua y desagüe, plantas de tratamiento. Redes de conducción de líquidos, combustibles, gases y afines.
 - b.4) Consultoría en obras electromecánicas y afines
Redes de conducción de corriente eléctrica en alta y baja tensión, subestaciones de transformación, centrales térmicas, centrales hidroeléctricas y afines.
 - b.5) Consultoría en obras energéticas y afines
Plantas de generación eléctrica, líneas de transmisión, redes primarias, redes secundarias con conexiones domiciliarias, centrales hidroeléctricas, conjuntos habitacionales, habilitaciones urbanas y afines.
 - b.6) Consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines
Represas de concreto, represas de tierra y otras, canales de conducción de aguas, encauzamiento y defensas de ríos, tomas de derivación, presas, túneles para conducción de aguas.
 - b.7) Consultoría en obras menores
Entiéndase como consultoría en obras menores a cualquiera de las especialidades antes mencionadas siempre que sus montos contratados no excedan lo señalado en la normativa vigente para las Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de menor cuantía.

- (7) Nos referimos a la Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, Ley N° 29289, y sus modificatorias; dispositivo que debe concordarse con lo establecido en el artículo 19 del Reglamento de la Ley.

7. Así pues, de acuerdo al tipo de proyecto y obra materia de convocatoria del proceso de selección, al Proveedor le correspondía contar con la especialidad en Consultorías en Obras de Saneamiento y Afines, con la que ciertamente no contaba al momento de suscripción del Contrato N° 045-2009-SEDA-PAR S.A., pues solo poseía la especialidad de Consultoría en Obras Menores.
8. Sin embargo, conforme a lo advertido por el Proveedor en sus descargos, en el caso en particular se ha suscitado una circunstancia peculiar que permite inferir que el Proveedor podía exceptuarse de contar con la especialidad requerida, debido a que el monto del Contrato N° 045-2009-SEDAPAR S.A. colinda con los topes fijados para una Adjudicación Directa Pública y Adjudicación Directa Selectiva, tal cual se muestra a continuación:

Montos de Procesos de Selección
Año Fiscal 2009 y en Nuevos Soles⁽⁸⁾

| PROCESO DE SELECCIÓN | | SERVICIOS |
|----------------------|-----------|--------------------------------|
| ADJUDICACIÓN DIRECTA | PÚBLICA | < de 213,000 > de 106,500 |
| | SELECTIVA | <= de 106,500 > = de 21,300 |

9. Resulta, pues, que en el artículo 268 del Reglamento de la Ley, al definirse las especialidades de los consultores de obra, expresamente se ha establecido que debe entenderse por Consultoría en Obras Menores a cualquiera de las especialidades previstas cuyos **montos contratados** no superen el previsto para una Adjudicación Directa Selectiva y Adjudicación de Menor Cuantía, así pues:

b.7) Consultoría en obras menores

Entiéndase como consultoría en obras menores a cualquiera de las especialidades antes mencionadas **siempre que sus montos contratados no excedan lo señalado en la normativa vigente para las Adjudicaciones Directas Selectivas** y Adjudicaciones de Menor Cuantía.

(8) Según el artículo 14 de la Ley N° 29289, y el artículo 19 del Reglamento de la Ley.

10. Así, siendo que el monto al cual asciende el Contrato N° 045-2009-SEDA-PAR S.A. es de S/. **104,909.90**, el cual no supera el tope previsto para una Adjudicación Directa Selectiva (\leq de 106,500.00), **en estricta aplicación del precitado literal b.7) del artículo 268 del Reglamento de la Ley**, se tiene que por el monto contractual tan solo se debía requerir al Proveedor la especialidad de Consultoría en Obras Menores.
11. Por consiguiente, atendiendo a la peculiaridad del caso materia de análisis y bajo el entendido que en un procedimiento administrativo sancionador debe primar la interpretación más favorable al administrado, este Colegiado considera que no se ha configurado la infracción tipificada en el literal f) del numeral 1) del artículo 51 de la Ley, debiendo eximirse de responsabilidad al Proveedor y archivarse el expediente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

Declarar NO HA LUGAR la imposición de sanción contra el señor Jorge Antonio Valenzuela Flores, por su responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

SS.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

028 Si las bases omitieron la información referida a la especialidad solicitada: No se configura la infracción

Es razonable concluir que no corresponde atribuir responsabilidad a los integrantes de un consorcio, al haber firmado un Contrato de Servicio de Supervisión por una especialidad distinta a la que tenía asignada por el RNP, al advertirse la omisión en las Bases Integradas de la indicación a tal especialidad, más aún, si se tiene en consideración que uno de sus miembros sí contaba con la especialidad relacionada al objeto del proceso.

Resolución N° 469-2012-TC-S1

Lima, 3 de mayo de 2012

Visto en sesión del 2 de mayo de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1171/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresas VISA INGENIEROS SAC, KG CONTRATISTAS GENERALES EIRL y la ingeniero Kelit Joseph Bartra, integrantes del Consorcio Yurimaguas por su presunta responsabilidad al haber suscrito la empresa Visa Ingenieros SAC, como integrante del citado Consorcio, el Contrato derivado del proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2009-GRL-GRI-CEP, cuando contaba con una especialidad distinta a la otorgada, según el RNP; oídos los informes y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 23 de agosto de 2011, con Memorando N° 1073-2011/DS-MSH de fecha 19 de agosto de 2011, la Dirección de Seace del Organismo Supervisor de las Contrataciones - OSCE, en adelante “el Denunciante”, comunicó al Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo “el Tribunal”, que la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., habría incurrido en la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en adelante “La Ley”, en su trámite de ampliación como Consultor de Obras seguido ante la Subdirección del Registro.

2. Con Informe N° 2174-2011-SREG/HCS del 16 de agosto de 2011 (adjunto al Memorando N° 1073-2011/DS-MSH) el Subdirector del Registro informó, a la Directora de Seace, lo siguiente:
- i) El 8 de abril de 2011, la empresa VISA INGENIEROS S.A.C. solicitó su ampliación de especialidad ante el Registro Nacional de Proveedores, en adelante RNP, adjuntando a su solicitud copia simple del siguiente contrato:
 - Contrato de prestación de servicios de supervisión de obra, derivado de AMC N° 008-2009-GRL-GRI-GSRU-CEP, celebrado con fecha 16 de diciembre de 2009, entre el Consorcio Yurimaguas, conformado por la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., KG CONTRATISTAS GENERALES EIRL y la ingeniero Kelit Joseph Bartra, y la Gerencia Regional de Infraestructura del Gobierno Regional de Loreto, el mismo que tenía por objeto la “CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE VEHICULAR SANTA LUCÍA Y ANEXOS - DISTRITO DE YURIMAGUAS - PROVINCIA DE ALTO AMAZONAS LORETO”.
 - ii) De la revisión del mencionado documento, se ha podido constatar que la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., habría firmado el citado contrato por una especialidad distinta a la que tenía asignada por el RNP.
 - iii) En efecto, a la empresa se le había asignado la especialidad en consultoría de obras menores; por lo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 268, inciso b.7) del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, estaba autorizada a contratar la consultoría de obras correspondiente a las distintas especialidades que se enumeran en el artículo 268 del Reglamento, siempre que los montos contratados no excedan lo señalado en la normativa vigente para las Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía; sin embargo, incumpliendo con lo establecido en la norma citada suscribió el contrato de fecha 16 de diciembre de 2009, el cual deriva de la AMC-008-2009-GRL-GRI-GSRU-CEP, que a su vez deriva de la ADP N° 8-2009/GRL-GRI-CEP, y cuyo monto ascendió a la suma de S/. 152,806.70; por lo que para poder participar en dicho proceso

- y firmar el contrato debía contar con la especialidad en obras viales, puertos y afines.
- iv) Finalmente, opinaron que la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., con la suscripción del contrato de prestación de servicios de supervisión de obra derivado de AMC N° 008-2009-GRL-GRI-GSRU-CEP, celebrado con fecha 16 de diciembre de 2009, habría incurrido en la infracción tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
3. Por decreto del 17 de octubre de 2011, notificado el 7 de diciembre de 2011, la Secretaría del Tribunal corrió traslado al Gobierno Regional de Loreto, en lo sucesivo “la Entidad”, de la denuncia formulada por el Denunciante, para que en el plazo de diez (10) días hábiles cumpla con remitir su informe técnico legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la señora Kelit Joseph Bartra y las empresas KG Contratistas Generales EIRL y Visa Ingenieros S.A.C., integrantes del Consorcio Yurimaguas, en adelante “el Consorcio”, al haber suscrito la empresa Visa Ingenieros S.A.C., como integrante del citado Consorcio, el Contrato derivado del proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2009-GRL-GRI-CEP, cuando contaba con una especialidad distinta a la otorgada, según el RNP. Asimismo, le solicitó, entre otros, adjuntar copia legible del contrato suscrito con el mencionado consorcio y copia de la propuesta técnica del supuesto infractor.
4. El 17 de enero de 2012, con Oficio N° 083-2012-GRL/GRI, presentado ante la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió la documentación solicitada por el Tribunal.
5. Mediante decreto del 19 de enero de 2011, notificado el 23 de enero de 2011, la Secretaría del Tribunal dispuso la remisión del expediente a la Primera Sala del Tribunal a fin de que emita su pronunciamiento sobre la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio.
6. Mediante Acuerdo N° 062/2012.TC-S1 del 1 de febrero de 2012, la Primera Sala del Tribunal opinó disponer el inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra del Consorcio, por su supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en los literales f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

7. Mediante decreto del 6 de febrero de 2012, se notificó el inicio del procedimiento administrativo sancionador en contra de los integrantes del Consorcio, otorgándoles diez (10) días hábiles para que cumplan con presentar sus descargos.
8. Mediante Escrito 01, presentado en la mesa de partes del Tribunal el 7 de marzo de 2012, el Consorcio cumplió con presentar sus descargos, de acuerdo a los fundamentos siguientes (sic):

“(…)

- a) CON RELACIÓN QUE LA EMPRESA VISA INGENIEROS S.A.C., INTEGRANTE DEL CONSORCIO YURIMAGUAS CONTABA CON UNA ESPECIALIDAD DISTINTA A LA OTORGADA POR EL RNP.

8. En primer lugar debemos tener en consideración la definición de Consorcio tomando como base el numeral 8 del Anexo Único de Definiciones del Reglamento, donde se señala que el Consorcio es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el CRITERIO DE COMPLEMENTARIEDAD DE RECURSOS, CAPACIDADES Y APTITUDES, PARA PARTICIPAR EN UN PROCESO DE SELECCIÓN y, eventualmente, contratar con el Estado.

9. Y en virtud al CRITERIO DE COMPLEMENTARIEDAD que caracteriza la participación en consorcio, las obligaciones de las personas naturales y/o empresas que presenten ofertas en consorcio no necesariamente deben estar referidas de forma directa al objeto del contrato, es perfectamente válido que alguno o algunos consorciados aporten únicamente recursos o financiamiento, en tanto que otros la capacidad y aptitudes de la prestación misma.

10. Aunado a ello, consta como precedente administrativo el PRONUNCIAMIENTO N° 293-2011/DTN de 24/08/2011, emitido por Dirección Técnico Normativa del OSCE, que señala lo siguiente:

PRONUNCIAMIENTO N° 293-2011/DTN

Con respecto al segundo extremo de la Observación N° 4, corresponde precisar que, de conformidad con el numeral 8 del

Anexo Único de Definiciones del Reglamento, el consorcio es el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado.

Ahora bien, en virtud al criterio de complementariedad que caracteriza la participación en consorcio, no es necesario que todos los consorciados concurren aportando todos los elementos vinculados al objeto de la convocatoria, pues resulta perfectamente válido que alguno o algunos consorciados aporten únicamente recursos o financiamiento, en tanto que otros la capacidad y aptitudes de la prestación misma.

En ese sentido, este Organismo Supervisor ha decidido ACOGER el segundo extremo de la Observación N° 4, por lo que deberá precisarse en las Bases que no resulta necesario que todos los consorciados concurren aportando todos los elementos vinculados al objeto de la convocatoria.

Por los fundamentos expuestos, solicitamos a vuestra Entidad declarar Infundado en este extremo el recurso de apelación presentado por el consorcio impugnante, ya que carece de asidero legal que lo sustente, ya que hemos demostrado que nuestro consorcio ha cumplido en forma estricta con la documentación de presentación obligatoria facultativa en base al PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD.

11. Por otro lado, el artículo 445 de la Ley General de Sociedades señala que el contrato de consorcio es aquel “por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía”.

12. Por lo que, no existiendo una restricción alguna con respecto a la especialidad de los Consultores, decidimos conformar el Consorcio Yurimaguas para participar en la supervisión de la obra antes indicada. Además, en las BASES INTEGRADAS PARA LA CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE CONSULTORÍA DE OBRA publicada en la página del Seace a la letra dice:

SOBRE N° 1 - PROPUESTA TÉCNICA:

El Sobre N° 1 contendrá, además de un índice de documentos la siguiente documentación:

Documentación de presentación obligatoria:

a. Copia simple del Certificado o constancia de Inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (en el capítulo de consultor de obra).

Teniendo en consideración que la convocatoria realizada por el Gobierno Regional de Loreto era la PRIMERA CONVOCATORIA, presentamos nuestra propuesta como Consorcio; y adjuntando toda la documentación requerida en las Bases. Además, debemos precisar que en las bases del proceso de selección no se encuentra estipulada que esta convocatoria deriva de la Adjudicación Directa Pública N° 8-2009-GRI-CEP, y asimismo, en los términos de referencia referido al postor mencionan en forma genérica la presentación de la constancia de inscripción como consultor y la especialidad que debe ostentar este consultor, es decir, la presentación de la Copia simple del Certificado o constancia de Inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (en el capítulo de consultor de obra).

13. Asimismo, debemos señalar que los porcentajes de participación en el Consorcio Yurimaguas son los siguientes:

| | |
|--------------------------------|-------|
| KG CONTRATISTAS GENERALES EIRL | : 80% |
| VISA INGENIEROS S.A.C. | : 15% |
| KELIT JOSEPH BARTRA | : 5% |

Conforme se puede distinguir del contrato de Consorcio, los integrantes del Consorcio tienen un porcentaje de participación, donde la empresa VISA INGENIEROS S.A.C. DENUNCIADA POR LA DIRECCIÓN DEL SEACE, SOLO TIENE EL 15% DE PARTICIPACIÓN EN LA EJECUCIÓN DE LA SUPERVISIÓN DE OBRA, razón por la cual, si estaba facultada para contratar la consultoría de obras correspondientes a las distintas especialidades que se

enumeran en el artículo 268 del Reglamento, siempre que los montos contratados NO EXCEDAN lo señalado en la normativa vigente para las ADS y AMC, ya que del monto contractual solo ha tenido la participación del 15% de participación, razón por la cual, no existe una causal de sanción. Ya que, el porcentaje de participación traducido en nuevos soles, nos arroja como resultado un monto menor a una ADS.

14. Por los fundamentos expuestos, se deberá tener en consideración que el porcentaje de participación de los integrantes del Consorcio Yurimaguas en el presente proceso de selección, ya que estos son de manera transparente hasta concluir con el objeto del Contrato. “TERMINANDO HASTA ESTA ETAPA MI OBLIGACIÓN CONTRACTUAL CON EL CONSORCIO YURIMAGUAS”, caso contrario se deberá aplicar lo dispuesto en el artículo 239 del Reglamento de la Ley, norma que citamos a continuación:

Artículo 239.- Sanciones a Consorcios

Las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a esta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor.

En consecuencia, en el presente caso en particular, los integrantes del consorcio NO HAN COMETIDO INFRACCIÓN ALGUNA, conforme lo he demostrado líneas arriba, caso contrario se debe INDIVIDUALIZARSE al infractor del Consorcio Yurimaguas.

15. Sin embargo, debemos tener en consideración que la validez de los actos del proceso deben juzgarse atendiendo a la FINALIDAD que en cada caso concreto están destinados a conseguir, pues el estado de nulidad potencial de un acto puede no afectar el debido proceso, ya que el acto ha cumplido su finalidad, y en todo caso el agravio que se produzca a las partes debe ser trascendente, toda vez que el núcleo de la nulidad es el perjuicio cierto e irreparable. Sabiendo que el Consorcio Yurimaguas cumplió a cabalidad con el objeto del contrato, como prueba de ello adjuntamos al presente escrito el Certificado de Conformidad de Supervisión. Por lo que, sancionar a las

empresas por este hecho resultaría un exceso de poder de parte del Estado. Por lo que, solicitamos tener en consideración el cumplimiento de las obligaciones del Consorcio Yurimaguas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

16. Por los fundamentos expuestos, los integrantes del consorcio NO HAN COMETIDO INFRACCIÓN ALGUNA, no existiendo una conducta directa de sus integrantes que si cuenta con esta especialidad y que he actuado apegada a sus deberes de cumplir con la documentación que sustenta la propuesta técnica presentado en el proceso de selección, que dio origen a este contrato de supervisión que actualmente se encuentra liquidado. Porque no sería justo que una persona se perjudique con hechos que no fueron solicitados por las bases integradas. Por ello, solicitamos que se declare NO HA LUGAR el presente procedimiento sancionador (...)"

9. Mediante decreto del 8 de marzo de 2012, el expediente administrativo sancionador fue remitido a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
10. Mediante decreto del 23 de marzo de 2012, se programó Audiencia Pública para el 29 de marzo de 2012.

El 29 de marzo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia Pública programada.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El 8 de marzo de 2012, el expediente ha sido remitido a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva el procedimiento administrativo sancionador contra el Postor, por lo que resulta aplicable lo dispuesto en los numerales 3 y 5 del artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en lo sucesivo el Reglamento, que disponen que en caso se deba determinar la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa, la Sala debe emitir su resolución dentro de los tres (3) meses de remitido el expediente a la Sala del Tribunal correspondiente o en un plazo no mayor a los cuatro (4) meses de remitido el expediente a Sala.
2. Tal como se ha expuesto en los antecedentes, es el caso que finalmente se le ha imputado al Consorcio haber suscrito el contrato derivado del proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2009-GRL-GRI-CEP, convocado por la Entidad, cuando contaba con una especialidad

distinta a la otorgada, según el RNP, infracción que se encuentra tipificada en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley.

3. En ese sentido, de manera previa a la determinación de la responsabilidad administrativa, corresponde a este Colegiado analizar los hechos materia del expediente administrativo sancionador, teniendo en cuenta que para la configuración del supuesto de hecho establecido en la norma que contiene la infracción imputada, y para el caso de consultoría de obras, se requiere que un proveedor suscriba un contrato por una especialidad distinta a la otorgada por el Registro Nacional de Proveedores.
4. Dentro de este contexto, resulta necesario tener en cuenta como marco referencial que el artículo 9 de la Ley establece que para ser participante, postor y/o contratista es requisito indispensable estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado.

Asimismo, el artículo 251 del Reglamento refiere que el RNP, cuyo desarrollo, administración y operación está a cargo del OSCE, está conformado por los siguientes registros: Registro de Proveedores de Bienes, Registro de Proveedores de Servicios, Registro de Consultores de Obras, Registro de Ejecutores de Obras y Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado. En su caso, **el Registro de Consultores de Obras acredita con información suficiente acerca de la naturaleza y objeto de sus actividades, asignándoles especialidades, que los habilita para ser participantes, postores y/o contratistas en los procesos de contratación de consultoría de obras.** En el mismo sentido, el artículo 257 del Reglamento establece que el RNP otorgará categorías a los ejecutores de obras, asignándoles una capacidad máxima de contratación, y **especialidades a los consultores de obras.**

5. En un desarrollo más amplio, de acuerdo al artículo 267 del Reglamento, cuando una persona natural o jurídica realiza su inscripción en el Registro de Consultores de Obras, en función a la experiencia que posea y al objeto señalado en la escritura pública (solo para el caso de personas jurídicas), la Subdirección del Registro le asigna una o varias especialidades,

habilitándolo de esta manera para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

Complementariamente a ello, el artículo 268 del Reglamento ha determinado las especialidades que pueden ser asignadas por el Registro Nacional de Proveedores en los trámites de Inscripción de Consultores de Obras, las cuales son: i) Consultoría en obras urbanas, edificaciones y afines, ii) Consultoría en obras viales, puertos y afines, iii) Consultoría en obras de saneamiento y afines, iv) Consultoría en obras electromecánicas y afines, v) Consultoría en obras energéticas y afines, vi) Consultoría en obras de represas, irrigaciones y afines, y vii) Consultoría en obras menores;

6. Entonces, de la lectura de lo establecido en los artículos precedentes se puede concluir que cuando una persona natural o jurídica se inscribe en el Registro de Consultores de Obras del Registro Nacional de Proveedores, en función a la experiencia que posea, y, de ser el caso, al objeto social que ostente, la Subdirección del Registro le asigna determinada especialidad, la misma que: (i) le va a significar la habilitación para su participación en procesos de selección y para contratar con el Estado; y (ii) que se encuentra delimitada en cuanto al tipo de proyectos y obras a ejecutar, y en cuanto al monto comprometido en su realización, para el caso de la especialidad en obras menores.

Así, dentro de lo establecido para la especialidad en obras menores, el literal b.7) del artículo 268 del Reglamento señala que debe entenderse como consultoría en obras menores a cualquiera de las otras seis (6) especialidades siempre que sus **montos contratados** no excedan lo señalado en la normativa vigente para las Adjudicaciones Directas Selectivas y Adjudicaciones de Menor Cuantía. De esta manera, el Consultor de Obras que posee la especialidad en Obras Menores puede suscribir un contrato por cualquier tipo de proyecto u obra comprendida en las otras especialidades, con la sola restricción de que el monto a contratar no puede superar lo señalado para las Adjudicaciones Directas Selectivas (ADS) y Adjudicaciones de Menor Cuantía (AMC), de conformidad con los montos establecidos en la Ley Anual de Presupuesto y la Ley.

Si, dentro de lo dicho precedentemente, el Consultor de Obras, contrata por un monto mayor al establecido para una ADS y una AMC, estaría excediendo los límites establecidos para la especialidad otorgada, incurriendo

en el supuesto infractor contemplado en el literal f) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 14 de la Ley N° 29289, Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2009, los montos topes de los procesos de selección fueron los siguientes:

| PROCESOS DE SELECCIÓN | | BIENES | SERVICIOS ⁽⁹⁾ | OBRAS |
|-----------------------|--------------------|---------------------------------|---------------------------------|----------------------------------|
| LICITACIÓN PÚBLICA | | >= 369,200 | | >= 1,207,000 |
| CONCURSO PÚBLICO | | | >= 213,000 | |
| ADJUDICACIÓN DIRECTA | PÚBLICA | < a 369,200 > a 184,600 | < de 213,000 > de 106,500 | < de 1,207,000 > a 603,500 |
| | SELECTIVA | < = de 184,600 > = de 36,920 | < = de 106,500 > = de 21,300 | < = de 603,500 > = de 120,700 |
| MENOR CUANTÍA | OBRAS | | | < de 120,700 > de 10,650 |
| | BIENES Y SERVICIOS | < de 36,920 > de 10,650 | < de 21,300 > de 10,650 | |

En tal sentido, los proveedores que contaban con RNP de consultor de obras en la especialidad de obras menores, solamente podían suscribir contratos hasta un máximo de S/. 106,500.00 (ciento seis mil quinientos con 00/100 nuevos soles).

7. Es el caso que el 16 de noviembre de 2009, mediante publicación en el Seace, la Entidad convocó el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2009-GRL-GRI-CEP para la “supervisión de obra: Construcción del Puente Vehicular Santa Lucía y anexos - Distrito de Yurimaguas, Provincia de Alto Amazonas, Loreto” con un valor referencial ascendente a S/. 181 840.00 (ciento ochenta y un mil ochocientos cuarenta con 00/100 nuevos soles) incluido los impuestos de ley.
8. El 26 de noviembre de 2009, se llevó a cabo la presentación de propuestas y el 27 de noviembre de 2009 La Entidad otorgó la buena pro al Consorcio.

(9) Dentro de los servicios también se incluyen las consultorías de obras.

9. El 16 de diciembre de 2009 ambos suscribieron el Contrato de Servicio de Supervisión N° 075-2009/GRL/GRI por el monto de S/. 152,806.70 (ciento cincuenta y dos mil ochocientos seis con 70/100 nuevos soles), contrato que además fue ejecutado, de acuerdo al Certificado de Conformidad de Supervisión del 19 de agosto de 2010 obrante en el expediente.
10. Así las cosas, cabe traer a colación lo indicado en la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 4 de marzo de 1999, recaída en el Expediente N° 0421-98-AA-TC, sobre la acción de amparo interpuesta por Nicolás Alberto Ordóñez Meléndez, señaló lo siguiente: “9) Que, en este sentido, una vez más, este Tribunal debe recordar que la facultad de imponer sanciones en el orden administrativo, como ha sucedido en el presente caso, no supone en lo absoluto que ella sea una potestad discrecional que los órganos de la administración puedan ejercer sin más límite que su propio criterio, sino que deben encontrarse siempre adecuados a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que exige una coherente y razonable proporción entre los actos a los que se reputa la comisión de faltas administrativas y las sanciones que se impongan, desde que en nuestro ordenamiento jurídico está proscrita la arbitrariedad, y se encuentra en vigencia, más bien, el principio de interdicción de la arbitrariedad. 10) Que, **en consecuencia, para este Tribunal Constitucional no basta que se respete al cabo de un procedimiento administrativo el respeto de la dimensión formal del derecho al debido proceso, sino que también exige el respeto de su dimensión sustantiva**”.
11. En el marco de lo indicado, y de acuerdo al criterio expuesto en la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para la configuración del supuesto de hecho se debe analizar las causas que habrían inducido al Consorcio Celendín a suscribir el contrato en las circunstancias bajo análisis.
12. En la argumentación de sus descargos⁽¹⁰⁾, el Consorcio ha manifestado como defensa que:
 - La Entidad no estipuló en las Bases del proceso que la convocatoria derivaba de la Adjudicación Directa Pública N° 008-2009-GRI-CEP y solo se menciona de forma genérica la presentación de

(10) Los mismos que han sido redactados literalmente como parte de los antecedentes.

la constancia de inscripción como consultor y la especialidad que se debía ostentar; es decir, la presentación de la copia simple del certificado o constancia de inscripción vigente en el RNP (en el capítulo de consultor de obra).

- De acuerdo al contrato de Consorcio, la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., solo tiene el 15 % de participación en la ejecución de la supervisión de obra, por lo que de acuerdo a dicho porcentaje traducido en nuevos soles en relación al monto contractual, arroja como resultado un monto menor a una ADS.

13. Al respecto, es menester traer a colación que en numerosos pronunciamientos emitidos por este Tribunal, se ha establecido que las Bases constituyen las reglas del proceso de selección y es en función de ellas que se debe efectuar la calificación y evaluación de las propuestas, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley, dispositivo según el cual “lo establecido en las Bases, en la presente Ley y su Reglamento obliga a todos los postores y a La Entidad convocante”.

Por su parte, el artículo 123 del Reglamento señala que es obligatoria la presentación de todos los documentos requeridos y que el Comité Especial comprobará que los documentos presentados por cada postor sean los solicitados por las Bases y las leyes de la materia.

Asimismo, el artículo 62 del Reglamento, establece que los requerimientos técnicos mínimos son las características técnicas, normas reglamentarias y cualquier otro requisito establecido como tal en las Bases y en las disposiciones legales que regulan el objeto materia de la adquisición o contratación. Dada la naturaleza de los requerimientos mínimos, el artículo 63 del Reglamento prescribe que ellos deben ser cumplidos y acreditados por todos los postores para que la propuesta sea admitida.

14. En ese sentido, de la revisión de las Bases se puede apreciar que:

- El objeto de la convocatoria fue la consultoría de la obra, “Supervisión de obra: Construcción del Puente Vehicular Santa Lucía y anexos - Distrito de Yurimaguas, Provincia de Alto Amazonas, Loreto”.
- En el numeral 1.3 del Capítulo I - “Etapas del Proceso de Selección” de la Sección General - “Disposiciones Comunes del Proceso de

Selección” de las Bases Integradas se indicó, entre otras cosas, lo siguiente:

“(…) La persona natural o persona jurídica que desee participar en el proceso de selección deberá acreditar estar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) conforme al objeto contractual. La Entidad verificará la vigencia de la inscripción en el RNP y que no se encuentra inhabilitado para contratar con el Estado.

Muy importante:

Para participar de un proceso de selección convocado por las Entidades del Estado peruano, **es necesario que los proveedores se encuentren inscritos, en el registro correspondiente**, ante el Registro Nacional de Proveedores (RNP) que administra el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). A dicho efecto, podrá ingresarse a la siguiente dirección electrónica para obtener mayor información: <www.rnp.gob.pe>”.

- En el numeral 2.5.1 del Capítulo II “del proceso de selección” de la Sección Específica “Condiciones Especiales del Proceso de Selección”, como parte del contenido del Sobre N° 1 - Propuesta Técnica, se estableció lo siguiente:

“Documentación de presentación obligatoria:

a. Copia simple del Certificado o constancia de Inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (**en el capítulo de consultor de obra**).

(…)”.

15. Asimismo, se ha podido verificar que el Consorcio presentó en su propuesta técnica los siguientes documentos:

- i) Folio N° 004: copia del Certificado de Inscripción como Consultor de Obras de la empresa KG CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L., en el que se hace constar que dicha empresa “se encuentra inscrita

en el Capítulo de Consultores de Obras con la(s) siguiente(s) especialidades:

7.- CONSULTORÍA EN OBRAS MENORES (...)

- ii) Folio N° 008: copia del Certificado de Inscripción como Consultor de Obras de la empresa VISA INGENIEROS S.A.C., en el que se hace constar que dicha empresa “se encuentra inscrita en el Capítulo de Consultores de Obras con la(s) siguiente(s) especialidades:

7.- CONSULTORÍA EN OBRAS MENORES (...)

- iii) Folio N° 012: copia del Certificado de Inscripción como Consultor de Obras de la ingeniero Joseph Bartra Kelit, en el que se hace constar que dicha empresa “se encuentra inscrita en el Capítulo de Consultores de Obras con la(s) siguiente(s) especialidades:

2.- CONSULTORÍA EN OBRAS VIALES, PUERTOS Y AFINES

7.- CONSULTORÍA EN OBRAS MENORES (...)

16. Lo anterior ha sido reconocido por los consorciados al ejercer su derecho de defensa. Sin embargo, ellos consideran que no han cometido la infracción imputada puesto que en las Bases Integradas no se exigió especialidad alguna.
17. En efecto, tal y como se ha afirmado, en este caso fue la propia Entidad quien tuvo el yerro al no requerir el certificado de inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores en la especialidad correspondiente (obras viales, puertos y afines), hecho que, no obstante su acreditación está dispuesta en el artículo 41 del Reglamento, podía inducir a error a cualquier participante, más aún por el propio desconocimiento que reflejó la Entidad de la importancia de la presentación de dicho documento.
18. En este sentido, a criterio de este Colegiado, resulta razonable y proporcional para fines de la infracción sancionable bajo análisis concluir que la participación del Consorcio en el proceso sin que todos sus integrantes cuenten con la constancia cuestionada, se vio inducida por las disposiciones contenidas en las Bases, hecho que tiene una especial relevancia al momento de sopesar las consecuencia jurídica de tal accionar. Conforme a

ello, y en virtud a un examen sustancial de tal hecho, está acreditado que existe un proceder atribuido a la propia Entidad que ha influenciado para que la conducta del Consorcio pueda ser o no encajada dentro del supuesto reprochable con sanción por la norma aplicable⁽¹¹⁾.

19. Por otro lado, en relación a los descargos presentados, debe indicarse que el artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente, debiendo acreditarse para el efecto la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará luego del otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato.
20. En este sentido, el numeral 8 del Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento, define como consorcio al contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado.
21. Sobre este criterio de complementariedad de capacidades es que las diferentes empresas se consorciaron para participar en los procesos de selección convocados por el Estado, aportando con su concurrencia elementos y cualidades que los otros miembros del consorcio no poseen.
22. Dicho esto, no puede soslayarse que al menos uno de los consorciados, la ingeniera Kelit Joseph Bartra, sí contaba con la especialidad de consultor en obras viales, puertos y afines; siendo que este se obligó de manera solidaria y conjuntamente con los demás consorciados a la realización del servicio e iba a formar parte del plantel técnico, a partir de lo cual se desprende que la realización de la consultoría estuvo a cargo de un especialista en el objeto de la convocatoria, con la finalidad de satisfacer los intereses de la Entidad.
23. Como se ha indicado, al contar la ingeniera Kelit Joseph Bartra con la especialidad requerida y aportarla al Consorcio Yurimaguas, se constituyó

(11) Criterio asumido por la Segunda Sala del Tribunal mediante Resolución N° 013-2012.TC-S2 de fecha 5 de enero de 2012.

una unión de tres postores, la que se comprometió a participar en el proceso de selección, de manera que, cuando se indicó que se ostentaba con la especialidad de obra relacionada al objeto de la convocatoria, debe entenderse que dicha condición se ofrece, precisamente, como consorcio y no individualmente⁽¹²⁾.

24. La eficacia de dicha complementariedad se puede evidenciar con el Certificado de Conformidad de Supervisión, de fecha 19 de agosto de 2010, suscrita por el Gerente Regional de Infraestructura de la Entidad, mediante la cual, se indicó que el servicio se realizó sin incurrir en penalidades, situación que demuestra que la unión de capacidades mediante un consorcio, posibilitó obtener resultados acordes a los requerimientos de la Entidad convocante.

Por tanto, es razonable concluir que no corresponde atribuir responsabilidad a los integrantes del Consorcio Yurimaguas, al haber firmado el Contrato de Servicio de Supervisión N° 075-2009/GRL/GRI por una especialidad distinta a la que tenía asignada por el RNP, al advertirse la omisión en las Bases Integradas de la indicación a tal especialidad, más aún, si se tiene en consideración que uno de sus miembros sí contaba con la especialidad relacionada al objeto del proceso.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de las Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

(12) Criterio asumido por la Segunda Sala del Tribunal mediante Resolución N° 214-2012-TC-S2 del 29 de febrero de 2012.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** la imposición de sanción contra las empresas **KG CONTRATISTAS GENERALES E.I.R.L., VISA INGENIEROS S.A.C.** y la ingeniera Joseph Bartra Kelit, integrantes del Consorcio Yurimaguas, por su supuesta responsabilidad al haber suscrito el contrato derivado del proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2009-GRL-GRI-CEP, convocado por la Entidad, cuando contaban con una especialidad distinta a la otorgada, según el RNP.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

CAPÍTULO VI

SUBCONTRATACIÓN SIN AUTORIZACIÓN DE LA ENTIDAD

La infracción administrativa de subcontratación sin autorización de la Entidad está contenida en el inciso h) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

h) Realicen subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.

029 Configuración: Subcontratación sin el consentimiento de La Entidad

Para la configuración de la infracción tipificada, se requiere acreditar que la subcontratación haya sido realizada sin el consentimiento de la Entidad o por un monto mayor al permitido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento.

Resolución N° 105-2012-TC-S1

Lima, 31 de enero de 2012

Visto en sesión del 30 de enero de 2012, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1090/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el Consorcio Mantaro integrado por la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores, por su supuesta responsabilidad al haber realizado una subcontratación sin autorización de la Entidad y por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento, ello en el marco del contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0140-2009-ELECTROPERÚ; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 12 de octubre de 2009, la Empresa de Electricidad del Perú - ELECTROPERÚ S.A., en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 140-2009/ELECTROPERÚ para la ejecución de la obra “Mejoramiento de Seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro”, por un valor referencial ascendente a S/. 866 600.26 (ochocientos sesenta y seis mil seiscientos y 26/100 nuevos soles).
2. Mediante Resolución de Gerencia General N° G-206-2009, publicada el 13 de noviembre de 2009 en el Sistema de Contrataciones del Estado - Seace, se autorizó la asignación de mayores recursos para otorgar la buena pro a favor del Consorcio Mantaro integrado por la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores.

3. El 1 de diciembre de 2009, la Entidad y el Consorcio Mantaro integrado por la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores, en adelante el Contratista, suscribieron el Contrato N° 136051.
4. Con escrito de fecha 10 de agosto de 2011, ingresado por Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad puso en conocimiento que el Contratista habría incurrido en la infracción consistente en la subcontratación sin autorización previa por parte de la Entidad del contrato proveniente de la ejecución de la obra “Mejoramiento de seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro” derivada de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 140-2009/ELECTROPERÚ. Con la finalidad de sustentar su solicitud presentó el Informe Técnico Legal N° AL-009-2011 manifestando lo siguiente:
 - i) Respecto a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0070-2010-ELECTROPERÚ, se interpuso recurso de apelación contra la empresa Atelcont E.I.R.L., ganadora de la buena pro debido a que en el contrato de locación de servicios suscrito por la empresa en mención y FK Trading S.A.C. para la ejecución de la obra “Mejoramiento de seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro” existían indicios de simulación debido a la falta de coincidencia entre los montos que figuraban en la cláusula cuarta del contrato y el que figuraba en la propuesta técnica.
 - ii) Mediante Resolución de Gerencia General N° G-061-2011 de fecha 18 de mayo de 2011, se declaró fundado en parte el recurso de apelación y se dispuso revocar el otorgamiento de la buena pro a favor de Atelcont E.I.R.L. al no haberse disminuido su puntaje técnico, por no considerar la obra “Mejoramiento de seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro”, pues se verificó que la misma había sido subcontratada sin autorización de la Entidad en contravención con las normas de contratación pública.
 - iii) Al respecto, el 5 de diciembre de 2009, las empresas Atelcont E.I.R.L. y FK Trading S.A.C. suscribieron el Contrato de Locación de Servicios, mediante el cual la empresa FK Trading S.A.C. y Atelcont E.I.R.L., en calidad de contratista, se comprometía a la ejecución de la obra, conforme al siguiente detalle:

- Cláusula Segunda: La Contratista se obliga a la ejecución de la Obra: Mejoramiento de seguridad de las estaciones hidrometeorológicas de la cuenca del río Mantaro.
 - Cláusula Cuarta: 4.1 El monto cubre todos los servicios que debe prestar LA CONTRATISTA, incluyendo transporte de materiales desde el almacén hasta el punto de trabajo, montaje electromecánico, gastos generales y utilidades. LA CONTRATISTA deja expresa constancia que dentro del monto antes indicado están incluidos todos los costos por concepto de equipos, materiales, mano de obra, dirección técnica, utilidad, transporte, empleo de maquinarias y equipos, obligaciones laborales, leyes sociales, impuestos y cualquier otro gasto necesario para la ejecución de los trabajos; incluye la puesta en servicio e implementación de campamentos para el personal de la obra durante el plazo de ejecución de la obra y sus ampliaciones, si las hubiera.
 - Cláusula 5.1.9: LA CONTRATISTA será responsable y garantizará a LA EMPRESA hasta la recepción provisional de la obra.
- iv) En efecto, la empresa Atelcont E.I.R.L. ejecutaría la obra en cuestión lo que se corrobora de la lectura de la Adenda N° 01 en la que se indica lo siguiente:
- Con fecha 6 de diciembre de 2009, el representante legal de la empresa Atelcont E.I.R.L. manifiesta no tener solvencia económica para llevar adelante la ejecución de la obra Mejoramiento de seguridad de las estaciones hidrometeorológicas de la cuenca del río Mantaro, pero si la voluntad y la capacidad técnica necesaria (...).
 - Darle las facilidades a la empresa Atelcont E.I.R.L. para que dentro de los plazos de ley pueda ejecutar la obra.
- v) En ese orden, se evidencia que el ejecutor real de la obra contratada por la Entidad era Atelcont E.I.R.L. y no el Consorcio, a pesar de que el contrato de constitución de consorcio se estableció que ninguna de las partes, es decir los integrantes del consorcio, podían ceder total o

parcialmente las obligaciones o derechos que derivaban de dicho contrato a un tercero, sin el consentimiento escrito del cliente, es decir la Entidad, y de cada una de las partes.

- vi) Asimismo, queda claro que no hubo autorización expresa por parte de la Entidad en la subcontratación acordada entre la empresa Atelcont E.I.R.L. para la ejecución de la Obra, pues no existe documento alguno en el expediente de contratación que así lo haya permitido.
5. El 23 de agosto de 2011, se inició procedimiento administrativo sancionador contra la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores por supuesta responsabilidad al haber realizado una subcontratación sin autorización de la Entidad y por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento, ello en el marco del contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0140-2009-ELECTROPERÚ, y, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para la respectiva presentación de sus descargos.
6. Mediante escrito del 10 de noviembre de 2011 y subsanado el 14 de noviembre de 2011, la empresa FK TRADING S.A.C. y el señor Jimler Alberto Paredes Flores remitieron sus descargos de forma individual, manifestando lo siguiente:
- i) Respecto a lo manifestado por la Entidad, debe señalarse que no se ha tomado en consideración un aspecto al analizar los hechos. En efecto, la naturaleza otorgada a los contratos de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764 del Código Civil, como aquel acuerdo de voluntades por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo para un trabajo determinado a cambio de una retribución.
 - ii) De igual modo, se aprecia que el Contratista para poder subcontratar necesita autorización escrita del comitente, pudiendo establecerse que existe una dependencia y subordinación del Contratista ante el Comitente para proceder a la subcontratación, por lo que existe una amplia diferencia entre ambos contratos.
 - iii) La infracción que se imputa es que el sujeto (proveedor, postor y/o contratista) realice una subcontratación sin autorización de la Entidad y por un porcentaje mayor; en nuestro caso, el hecho que es materia del procedimiento no se ajusta, menos aún se tipifica como

tal, ya que se está ante un contrato de locación de servicios para un determinado objeto y en ningún momento se ha presentado como un subcontrato.

7. El 17 de noviembre de 2011, se tuvieron por presentados los descargos y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado contra el Consorcio Mantaro integrado por la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores, por su presunta responsabilidad al haber realizado una subcontratación sin autorización de la Entidad y por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento, en el marco del Contrato N° 136051 derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° AMC-0140-2009-ELECTROPERÚ; infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado⁽¹⁾.
2. Cabe señalar que para la configuración de la infracción tipificada en el literal g) del artículo 51.1 de la Ley, se requiere acreditar que la subcontratación haya sido realizada sin el consentimiento de la Entidad o por un monto mayor al permitido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento.
3. Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 146 del Reglamento, el Contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases, siempre que se encuentre dentro de los siguientes supuestos:
 - a. **La Entidad lo apruebe por escrito y de manera previa**, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo la Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

(1) Aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.

- b. Las prestaciones a subcontratarse con terceros **no excedan del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.**
 - c. El subcontratista se encuentre inscrito en el RNP y no esté suspendido o inhabilitado para contratar con el Estado.
 - d. En el caso de contratistas extranjeros, estos se comprometan a brindar capacitación y transferencia de tecnología a los nacionales.
4. Al respecto, los integrantes del Consorcio han indicado que la naturaleza otorgada a los contratos de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764 del Código Civil como aquel acuerdo de voluntades por el cual el locador se obliga sin estar subordinado al comitente a prestarle sus servicios por cierto tiempo para un trabajo determinado a cambio de una retribución, por lo que el contrato celebrado entre la empresa FK Trading S.A.C. y Atelcont E.I.R.L. no debe ser considerado como un subcontrato.
5. A su turno, la Entidad ha manifestado a través de su informe técnico legal que en el expediente de contratación no obra documento alguno que haya permitido la subcontratación respecto del Contrato N° 136051, siendo que dicho acto se efectuó sin la autorización previa de parte de la Entidad, aspecto que no ha sido rebatido por el Contratista en la presentación de sus descargos. Así también, se puede evidenciar que en ningún extremo de las Bases se autorizaba la realización de subcontrataciones.
6. Bajo dicho contexto, se ha verificado que a folios 70 al 76 del expediente administrativo obra el Contrato de fecha 5 de diciembre de 2009 conjuntamente con su Adenda celebrados entre las empresas Atelcont E.I.R.L. y FK Trading S.A.C., en cuyo contenido se señala que la Contratista, que en el caso sería la empresa Atelcont E.I.R.L., se obliga a la ejecución de la Obra: Mejoramiento de Seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la cuenca del Río Mantaro, cuyo monto del contrato asciende a la suma de S/. 820 000.00 (ochocientos mil veinte y 00/100 nuevos soles). La obligación como puede observarse está referida al objeto por el cual, a la Contratista le fue otorgada la buena pro, razón por la cual se evidencia que se efectuó la subcontratación, sin autorización previa por parte de la Entidad, y, en caso hubiera sido autorizado, superando el monto permisible de las prestaciones sobre el monto del contrato original.

7. Debe precisarse, en torno a lo manifestado por el Contratista con relación a que el contrato suscrito entre la empresa FK Trading S.A.C. y Atelcont E.I.R.L., debe ser aplicable el Código Civil por ser un contrato de locación de servicios y la subcontratación no existiría como tal, que el subcontrato se generó con base en un contrato original, el suscrito por el Consorcio Mantaro y la Entidad, siendo que de no existir el mismo, la empresa FK Trading S.A.C. no hubiera celebrado el subcontrato, evidenciándose que las obligaciones se circunscribían a las del contrato original al poseer el mismo contenido económico, naturaleza y objeto de este.

Adicionalmente a ello, debe manifestarse que de acuerdo al artículo 5 de la Ley, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables, siendo de aplicación supletoria el Código Civil.

8. En ese sentido, este Colegiado debe concluir que en el presente caso se ha configurado la causal tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la cual sanciona con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (6) meses ni mayor de un (1) año.
9. Ahora bien, es necesario tener presente que el artículo 239⁽²⁾ del Reglamento de la Ley de Contrataciones, ha dispuesto que las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección, se atribuirán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a esta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor.
10. En virtud a ello, es importante señalar que de acuerdo a los descargos presentados por las empresas conformantes del Consorcio y de acuerdo con los documentos obrantes en el presente expediente administrativo, este Colegiado considera que no existen suficientes elementos de juicio que permitan la individualización de la responsabilidad en la comisión de la infracción imputada, existiendo mérito para imponer a ambos proveedores la

(2) **Artículo 239.- Sanciones a consorcios**

Las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose solo a esta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor.
(...).

correspondiente sanción administrativa, al evidenciarse que de acuerdo al Contrato de Constitución de Consorcio obrante a folios 79 al 90 del expediente administrativo, las obligaciones de ambos integrantes en la ejecución de la obra eran de 49% a Jimler Alberto Paredes Flores y de 51% a la empresa FK TRADING S.A.C.

11. Con relación a la graduación de la sanción imponible, debe tenerse en cuenta que el artículo 245 del Reglamento⁽³⁾, establece los criterios de graduación de la sanción. Dichos criterios serán tomados en cuenta al momento de fijar la sanción a imponerse a las empresas integrantes del Consorcio.
12. De esta manera, encontramos que en lo que atañe a la conducta procesal del infractor durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador que las empresas conformantes del Consorcio han cumplido con presentar los descargos solicitados.
13. Por otro lado, resulta importante mencionar que la empresa FK TRADING S.A.C., integrante del Consorcio, contó con sanción de inhabilitación por 12 meses como antecedente en la comisión por presentación de documentación falsa, infracción prevista en el Reglamento, hecho que reviste particular importancia como agravante de la sanción a imponerse.
14. Así también, resulta importante indicar que la ejecución de la obra subcontratada por el Consorcio era mayor al porcentaje permitido según la normativa, toda vez que el monto de la subcontratación equivalía a más del 90% del monto del contrato original. De igual modo, de la verificación a los requerimientos técnicos de las Bases con la cotización general del servicio eléctrico contenido en la subcontratación se evidencia que las actividades eran las mismas.

(3) **Artículo 302.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

15. Finalmente, cabe mencionar el Principio de Razonabilidad⁽⁴⁾ previsto en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, por el que las sanciones a imponerse no deben ser desproporcionadas y deben guardar relación con la conducta a reprimir, atendiendo a la necesidad de que las personas no deban verse privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción, criterios que serán tomados en cuenta al momento de fijar la sanción a imponerse al Proveedor.
16. En consecuencia, no existiendo mayores circunstancias que permitan atenuar la responsabilidad del Consorcio Mantaro integrado por la empresa FK TRADING S.A.C. y Jimler Alberto Paredes Flores por su presunta responsabilidad al haber realizado una subcontratación sin autorización de la Entidad y por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento, infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, corresponde imponerles la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de nueve (9) meses y de ocho (8) meses, respectivamente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Wina Isasi Berrospi y la intervención de los Vocales Dra. Ada Basulto Liewald y Dra. Patricia Seminario Zavala, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011-OSCE/PRE de fecha 21 de setiembre de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

(4) **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora**

(...)

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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.

(...).

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa FK TRADING S.A.C. sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por el periodo de nueve (9) meses, al haber realizado una subcontratación sin autorización por la Entidad, en el marco del contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 140-2009/ELECTROPERÚ para la ejecución de la obra “Mejoramiento de Seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro”, infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Imponer a Jimler Alberto Paredes Flores 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 haber realizado una subcontratación sin autorización por la Entidad, en el marco del contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 140-2009/ELECTROPERÚ para la ejecución de la obra “Mejoramiento de Seguridad de las Estaciones Hidrometeorológicas de la Cuenca del Río Mantaro”, infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
3. Comunicar la presente resolución a la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para las anotaciones pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Basulto Liewald.

Seminario Zavala.

Isasi Berrospi.

030 **Porcentaje no autorizado para la subcontratación: Más del 40% del monto del contrato originalmente suscrito**

Para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada se requiere acreditar que el Contratista subcontrató parte de las prestaciones a su cargo sin contar con autorización previa y escrita por parte de la Entidad, o que lo hizo por más del 40% del monto del contrato originalmente suscrito.

Resolución N° 407-2013-TC-S3

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión de fecha 28 de febrero de 2013 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 228/2012.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra María Celia Toledo de García, por su presunta responsabilidad en haber subcontratado sin autorización de la Entidad, en el marco de la ejecución del Contrato N° 011-2009-P-CSJA-PJ; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 19 de marzo de 2009, la Corte Superior de Justicia de Arequipa, en adelante la Entidad, convocó el Concurso Público N° 001-2009-CE-CSJAR-PJ para la contratación del “servicio de mensajería y encomiendas para la Corte Superior de Justicia de Arequipa”, por un valor referencial ascendente a S/. 308,239.20 (trescientos ocho mil doscientos treinta y nueve con 20/100 nuevos soles), incluidos los tributos de ley.

Dicho proceso de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, **la Ley**), y Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 164-2008-EF (en adelante, **el Reglamento**).

2. El 23 de abril de 2009, el Comité Especial a cargo del proceso de selección, previa evaluación y calificación de propuestas, otorgó la Buena Pro al postor María Celia Toledo de García.

3. Con fecha 12 de agosto de 2009, la Entidad y la señora María Celia Toledo de García, en lo sucesivo el Contratista, suscribieron el Contrato N° 011-2009-P-CSJA-PJ⁽⁵⁾ por el monto de S/. 308,239.20.
4. Mediante Carta s/n⁽⁶⁾ de fecha 9 de octubre de 2009, notificada el 13 del mismo mes y año, la empresa Olva Courier informó al Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Islay sobre el extravío de la correspondencia que debía ser remitida a la ciudad de Arequipa por parte de la empresa de transporte que utilizaba para el traslado de Mollendo a Arequipa. Asimismo, comunicó que estaba procediendo a realizar las denuncias pertinentes, por lo que solicitaba se le hiciera llegar el detalle del contenido de la correspondencia.
5. A través de la Carta N° 001-2010-A.LEGAL-OA-CSJAR/PJ⁽⁷⁾, de fecha 21 de enero de 2012, notificada el 22 del mismo mes y año, la Entidad requirió a el Contratista para que en el más breve plazo cumpliera con agotar las gestiones y acciones necesarias para la recuperación de la información y documentación extraviada con fecha 3 de octubre de 2009, debiendo informar de todas las acciones que realizó en relación a la denuncia verbal de fecha 6 de octubre de 2009, interpuesta ante la Comisaría de Mollendo, y de cualquier otra gestión realizada al respecto, así como de sus resultados. Asimismo, se le precisó que la información solicitada era requerida a efectos de informar a los órganos jurisdiccionales de origen para que dispongan las acciones necesarias con relación a los expedientes y documentos extraviados, así como para resolver la problemática generada.
6. Por medio de la Carta s/n⁽⁸⁾ de fecha 25 de enero de 2010, notificada el 27 del mismo mes y año, el Jefe de Sistemas de la empresa OLVA COURIER - Arequipa dio respuesta a la Entidad, indicando que tras la pérdida del referido saquillo comunicó tal situación a la administración y al Juzgado pertinente. Asimismo, indicó que había efectuado la denuncia y el reclamo correspondiente.
7. El 20 de febrero de 2012, mediante Oficio N° 319-2012-P-CSJAR/PJ (25-AD), la Entidad comunicó al Tribunal de Contrataciones del Estado,

(5) Documento obrante a fojas 48 y 53 del expediente administrativo.

(6) Documento obrante a fojas 33 del expediente administrativo.

(7) Documento obrante a fojas 56 del expediente administrativo.

(8) Documento obrante a fojas 60 del expediente administrativo.

en adelante el Tribunal, los hechos relacionados a la pérdida de la correspondencia que fue entregada el 2 de octubre de 2009 al Contratista por el Juzgado de Paz Letrado de la Provincia de Islay - Mollendo, a fin de que fuera devuelto a la Oficina del Archivo Central de la Entidad; sin embargo, dicho expediente no fue entregado debido a que fue extraído de las bodegas de la empresa de Transporte Santa Úrsula, la cual era utilizada por el Contratista para el traslado de los expedientes y demás correspondencia, cuando ello no se encontraba permitido, por lo que solicitó se le inicie procedimiento administrativo sancionador.

8. Por medio del decreto de fecha 29 de febrero de 2012, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se solicitó a la Entidad que cumpliera con remitir el informe técnico legal sobre la procedencia y supuesta responsabilidad de el Contratista, debiendo señalar de forma clara y precisa la presunta infracción en la que habría incurrido, de acuerdo a las causales de aplicación de sanción tipificadas en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, así como informar si el contrato deriva de algún proceso de selección convocado por la Entidad.

Asimismo, se le indicó que de tratarse de la infracción de resolución de contrato (tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley) debía remitir copia legible de las cartas notariales mediante las cuales requirió a el Contratista el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y comunicó la resolución del referido contrato, debiendo observarse que estas fueron debidamente diligenciadas. Además, requirió que informara si la controversia había sido sometida a procedimiento arbitral u otro mecanismo de solución de controversias, así como remitir copia de la propuesta técnica de la supuesta infractora y los antecedentes administrativos correspondientes.

9. Con fecha 5 de julio de 2012, mediante Oficio N° 1419-2012-P-CSJAR/PJ, la Entidad remitió el Informe N° 360-2012-I-PRES, por el cual señala que el Contratista habría incurrido en la infracción prevista en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por cuanto no habría ejecutado el servicio a través de unidades vehiculares propias o alquiladas, sino mediante un tercero (empresa Santa Úrsula), lo cual no se encontraba permitido.
10. Mediante decreto de fecha 10 de julio de 2012, se requirió a la Entidad para que cumpla con remitir copia legible del contrato suscrito entre el

Contratista y la empresa Santa Úrsula o, en su defecto, la documentación que acredite la subcontratación efectuada entre las referidas partes.

11. El 23 de agosto de 2012, mediante Oficio N° 1646-2012-P-CSJAR/PJ, la Entidad remitió el Informe N° 027-2012-A.LEGAL-OA-CSJAR, por el cual señala textualmente lo siguiente: “(...) no existe en esta área de Asesoría Legal de Administración ni en área alguna de la Administración Distrital de la Corte Superior de Justicia de Arequipa, ningún contrato que vincule a la Contratista María Celia Toledo de García con la empresa de Transportes Santa Úrsula, no habiéndose solicitado por parte de la misma ni autorizado por parte de la Administración Distrital la subcontratación del servicio de transporte de la mensajería y encomiendas contratada directamente con María Celia Toledo de García”.
12. A través del decreto de fecha 5 de setiembre de 2012, previa razón de la Secretaría del Tribunal, se remitió el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que se pronuncie sobre la pertinencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador.
13. Por medio del decreto de fecha 25 de setiembre de 2012 se solicitó información adicional a la Entidad.
14. Mediante decreto de fecha 5 de octubre de 2012, se hizo efectivo el apercibimiento decretado, toda vez que la Entidad no cumplió con remitir lo solicitado.
15. Con Acuerdo N° 228/2012.TC del 5 de octubre de 2012, notificado el 22 de octubre de 2012, la Tercera Sala del Tribunal acordó iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su presunta responsabilidad en haber subcontratado sin autorización de la Entidad, en el marco del Contrato N° 011-2009-P-CSJA-PJ y le otorgó el plazo de diez (10) días para que formule sus descargos.
16. Mediante escrito s/n, presentado el 7 de noviembre a través de la Oficina Zonal del OSCE ubicada en Arequipa el Contratista presentó sus descargos solicitando se declare no ha lugar la imposición de sanción en su contra, por lo siguiente:
 - Que cuentan con vehículos propios y alquilados, los que están detallados en el Anexo 13 “Declaración Jurada de Vehículos”, para el

movimiento de la correspondencia y encomiendas, tal como lo requerían las Bases y se acreditó en la propuesta técnica; sin embargo, para poder cumplir con los plazos establecidos para los envíos regionales, nacionales, destinos alejados, se utiliza empresas de transporte o aéreo, según sea el caso, tal como aparece en la Propuesta Técnica.

- Por otro lado, sostiene que no puede asumirse que toda relación del contratista con un tercero sea una subcontratación. Para que se configure esta, debe existir una incidencia directa del tercero en la relación contractual que se genera con la Administración, aunque eso no implica que el contratista se libere de responsabilidad alguna frente al contrato.
- Refiere que, en la propuesta técnica, presentaron un “Plan de Trabajo” de cuyo numeral II.C), consta expresamente que “se utiliza los servicios de empresas de transporte confiables”, asimismo, aparece que “en atención a los grandes volúmenes que transporta tiene tratos especiales con las empresas de transporte (aéreas y terrestres)”, pero ello de ninguna manera significa que hayan subcontratado a la empresa Santa Úrsula o a determinada Línea Aérea, ya que se trata de simples contratos de transporte, eventuales, cuando la distancia lo amerita y no solo para el Poder Judicial.

En ese sentido, alega que si, a criterio del Comité Especial, no cumplían con los Términos de Referencia, su propuesta no debió ser admitida, por lo que, al haber sido admitida, quedaron obligados a cumplir con lo ofertado y eso hicieron.

- Finalmente, sostiene que las bases, las propuestas técnicas y económicas, forman parte integrante del contrato.
17. Mediante decreto del 13 de noviembre de 2012, el expediente fue remitido a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente expediente administrativo se encuentra en la Tercera Sala del Tribunal para opinión, con anterioridad al inicio formal del procedimiento administrativo sancionador, por lo cual resulta aplicable al presente caso

lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual establece que antes del inicio formal del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

2. En el presente caso, se le imputa al Contratista la comisión de la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017⁽⁹⁾, en adelante la Ley.
3. Al respecto, cabe precisar que la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley consiste en la realización por parte del contratista de alguna subcontratación sin contar con la autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.
4. En ese sentido, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 146 del Reglamento⁽¹⁰⁾ que establece que cuando lo autoricen las Bases, el contratista puede convenir con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo siempre que la entidad lo apruebe por escrito y de manera previa y cuando las prestaciones a subcontratarse no excedan del 40% del monto del contrato original. Así también indica el referido artículo que si, transcurrido cinco (5) días hábiles de formulado el pedido de subcontratación por parte del contratista, la Entidad no le comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

(9) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de ser ganadores hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicios emitida a su favor;

(...).

(10) **“Artículo 146.- Subcontratación**

El Contratista podrá acordar con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo, cuando lo autoricen las Bases, siempre que:

1.- La Entidad lo apruebe por escrito y de manera previa, por intermedio del funcionario que cuente con facultades suficientes y dentro de los cinco (5) días hábiles de formulado el pedido. Si transcurrido dicho plazo La Entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

2.- Las prestaciones a subcontratarse con terceros no excedan del cuarenta por ciento (40%) del monto del contrato original.

(...)”.

5. Entonces para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada se requiere acreditar que el Contratista subcontrató parte de las prestaciones a su cargo sin contar con autorización previa y escrita por parte de la Entidad, o que lo hizo por más del 40% del monto del contrato originalmente suscrito.
6. Sobre el particular, la Entidad denunció que el Contratista no ejecutó el servicio conforme a las estipulaciones pactadas, pues no habría informado sobre la pérdida de la correspondencia que le fuera entregada a fin de que sea remitida a la ciudad de Arequipa, en el plazo en que estaba obligado (24 horas), adjuntando copia de la denuncia policial respectiva. Asimismo, señaló que no se habría ejecutado el servicio a través de unidades vehiculares propias o alquiladas, sino a través de un tercero (empresa Santa Úrsula), lo cual, sostiene, no se encontraba permitido.
7. En relación al caso materia de controversia, de la lectura de las Bases administrativas y del Contrato N° 011-2009-P-CSJA-PJ, se puede advertir que se estableció como requerimiento técnico mínimo que la empresa adjudicataria cuente con los medios de transporte propio o alquilados que garanticen el fiel cumplimiento del servicio; no obstante ello, de la Carta s/n de fecha 9 de octubre de 2009, se aprecia que el Contratista utilizó para el traslado de documentos de Mollendo a Arequipa el servicio de la empresa de transportes Santa Úrsula, lo cual según lo manifestado por la Entidad no estaba permitido.
8. Sin embargo, durante la presentación de sus descargos, el Contratista ha indicado que, dicha manera de ejecutar el Contrato, estaba expresamente establecida en el Plan de Trabajo que incluyó en su propuesta técnica por lo que, al ser las propuestas técnicas parte integrante del Contrato, no se podría sostener que ha existido subcontratación por algo que expresamente se previó en él.

Al respecto, este Tribunal ha tenido oportunidad de revisar la parte pertinente de la propuesta técnica del Contratista⁽¹¹⁾, consistente en el Plan de Trabajo para la ejecución del Servicio y en el que, como parte de las características generales del servicio, el Contratista dejó constancia que utilizan

(11) Folios 191 al 207 del expediente administrativo.

los servicios de empresas de transporte confiables, que le permita cumplir con los plazos de entrega prometidos a sus clientes, sin que eso lo exima de responsabilidades ante la Entidad, por los eventuales daños que pudieran ocurrir.

Asimismo indicaron, en el mencionado Plan de Trabajo, que en atención a los grandes volúmenes que transporta, tiene tratos especiales con las empresas de transporte (aéreas y terrestres).

9. En tal sentido, atendiendo a que los hechos que originaron el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, derivaron de las mismas condiciones contractuales que esta ofertó en su propuesta mas no de un subcontrato no autorizado por la Entidad, este Colegiado considera que se debe declarar no ha lugar la imposición de sanción contra el Contratista por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
10. Sin perjuicio de lo señalado, con motivo de la presentación de sus descargos, el Contratista ha informado que en el presente caso habría operado la prescripción. No obstante, dado que se ha determinado declarar no ha lugar la imposición de sanción contra el Contratista, carece de objeto pronunciarse respecto a la prescripción del presente procedimiento sancionador.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Víctor Manuel Villanueva Sandoval y contando con la intervención de las vocales Carmen Amelia Castañeda Pacheco y María Elena Lazo Herrera atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012/OSCE-PRE, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, así como los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10; analizados los antecedentes, y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la aplicación de sanción a la señora María Celia Toledo de García por la comisión de la infracción tipificada en el

literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017; por los fundamentos expuestos.

2. Disponer el archivo definitivo del expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

s.s.

Villanueva Sandoval.

Castañeda Pacheco.

Lazo Herrera.

031 Configuración objetiva: La sola suscripción del subcontrato genera la sanción

Las causas que llevaron al Contratista a la subcontratación de un tercero para la ejecución de obligaciones, no pueden ser objeto de análisis en el procedimiento administrativo sancionador, toda vez que la infracción se configura de manera objetiva con la sola suscripción de la subcontratación.

Resolución N° 572-2013-TC-S4

Lima, 18 de marzo de 2013

Vistos, en sesión de fecha 15 de marzo de 2013 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1088.2012.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES IDM E.I.R.L., al haber realizado subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento con ocasión de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012/GR.LAMB; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 2 de febrero de 2012, el GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE - SEDE CENTRAL, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012/GR.LAMB, para la “construcción de pavimento y veredas Sector 28 de julio - distrito de Reque - Chiclayo - Lambayeque”, por un valor referencial ascendente a S/. 560 171.63 (quinientos sesenta mil ciento setenta y uno con 63/100 nuevos soles), en adelante el Proceso de Selección.

El proceso de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la Ley), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento).

2. El 22 de febrero de 2012, se llevó a cabo el Acto de Evaluación de Propuestas y Otorgamiento de la Buena Pro, adjudicándose la misma a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES IDM E.I.R.L., en adelante El Contratista.

3. El 14 de marzo de 2012, la Entidad y la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES IDM E.I.R.L., en adelante El Contratista, suscribieron el Contrato de Obra N° 001-2012-GR.LAMB/ORAD.
4. Mediante Formulario de denuncias, recibido por Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, el 15 de marzo de 2012, la empresa Constructora Norte Contratistas Generales S.A.C., en adelante el Denunciante, comunicó que el Contratista habría incurrido en causal de infracción referida a subcontratar sin autorización por parte de la Entidad.

A fin de sustentar lo alegado, el denunciante adjuntó copia legalizada del Contrato y Compromiso de Obligación Unilateral⁽¹²⁾ suscrito con el Contratista el 22 de febrero de 2012, señalando como antecedentes de dicho acto el otorgamiento de la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012/GR.LAMB a favor del Contratista y estableciendo como objeto del referido contrato la “Construcción de Pavimento de Veredas, Alcantarillado del Sector 28 de Julio del Distrito de Reque - Chiclayo - Lambayeque” conforme a lo estipulado en las Bases Integradas del Proceso de Selección.

5. Previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, con decreto del 31 de julio de 2012, se corrió traslado a la Entidad de la denuncia presentada por la Denunciante, para que cumpla con remitir lo siguiente: i) un Informe Técnico Legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad del Contratista, debiendo adjuntar copia legible del contrato suscrito por el supuesto infractor sin contar con la autorización de la Entidad y/o los documentos que acrediten la subcontratación, (ii) copia del poder o de la resolución de nombramiento del representante de la Entidad y copia del documento nacional de identidad de dicho representante, (iii) remitir copia legible de los antecedentes administrativos correspondientes completos, foliados y ordenados cronológicamente, (iv) señalar su domicilio procesal en la ciudad de Lima y el domicilio cierto de la presunta infractora. Dicha información y documentación solicitada debía ser remitida dentro del plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

(12) Obrante a folios 7 al 10 del expediente administrativo.

6. Mediante Oficio N° 1450-2012-GR.LAB/ORAD recibido el 11 de setiembre de 2012, la Entidad remitió la documentación solicitada, señalando que en el Contrato N° 001-2012-GR.LAMB celebrado con la empresa Contratista, no se consideró, ni autorizó a la misma a subcontratar con terceros para la ejecución de la obra. Asimismo, remitió el Informe Técnico Legal N° 439-2012-GR.LAMB/ORAJ, en el cual se manifestó lo siguiente:
 - 6.1. Mediante queja ante el OSCE, la empresa Constructora Norte Contratistas Generales S.A.C. indica que el Contratista subcontrató a su representada para realizar trabajos en la obra Construcción de pavimento y veredas Sector 28 de julio - distrito de Reque - Chiclayo - Lambayeque, acto jurídico en el cual la Entidad no ha tenido ninguna clase de participación, por lo que es una relación contractual en calidad de particulares.
 - 6.2. Debe tenerse presente, la información contenida en el Informe N° 030-2012-GR.LAMB/GRINVCCS de fecha 5 de setiembre de 2012 del Ing. Ángel Liza Chafloque, supervisor de la obra, quien manifiesta que desconoce de la existencia de contrato alguno entre la empresa Contratista con la empresa denunciante, toda vez que los trabajos que se vienen realizando en la obra se hace con personal y maquinaria de la empresa contratista.
7. Vista la razón expuesta por la Secretaría del Tribunal, mediante decreto del 14 de setiembre de 2012, se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que emita pronunciamiento sobre la procedencia del inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista.
8. El 3 de octubre de 2012 la Primera Sala del Tribunal emitió el Acuerdo N° 603/2012.TC-S1⁽¹³⁾ a través del cual dispuso el inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista por su presunta responsabilidad en la infracción contemplada en el literal g) del artículo 51.1 de la Ley en el marco del Contrato de Obra N° 001-1012-GR.LAB/ORAD derivado de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012/GR.LAMB.
9. Con decreto⁽¹⁴⁾ del 9 de octubre de 2012 se inició procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista en razón a lo dispuesto por el Acuerdo N° 603/2012.TC-S1, otorgándosele el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar sus descargos.

(13) Debidamente notificado el 15 de octubre de 2012 mediante cédula de notificación N° 20996/2012.TC.

(14) Debidamente notificado el 30 de octubre de 2012 mediante cédula de notificación N° 22790/2012.TC.

10. Mediante escritos s/n del 23 y 25 de octubre de 2012 presentados ante la Oficina Zonal de Chiclayo de OSCE y remitido a Mesa de Partes del Tribunal el 31 de octubre de 2012, el Contratista cumplió con presentar sus descargos señalando lo siguiente:
 - 10.1. Es cierto que el Contratista contrató a la empresa Constructora Norte Contratistas Generales S.R.L. para que realizara el servicio de Cortes, así como la venta de afirmado, actividades que, de acuerdo a lo establecido en las Bases Integradas, estaba permitido; por lo que, procedió a cancelar las Facturas N° 002-000547 del 25 de julio de 2012 (S/. 77,283.43) y N° 001-001794 del 26 de junio de 2012 (S/. 22,440.00).
 - 10.2. El contrato suscrito con la empresa Constructora Norte Contratistas Generales S.R.L. data del 22 de febrero de 2012, fecha en la que aún no se habría perfeccionado el contrato con la Entidad, el mismo que se suscribió el 14 de marzo de 2012.
 - 10.3. De esta manera, considera el Contratista que se ha cumplido con todo lo establecido en las Bases Integradas del Proceso de Selección.
11. Con decreto del 16 de noviembre de 2012 se tuvo por apersonado al Contratista, presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal a fin que emita el respectivo pronunciamiento.

ANÁLISIS:

1. El numeral 1) del artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y sus modificatorias, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. Para el caso en concreto, el procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad de la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES IDM E.I.R.L., por haber realizado una subcontratación sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento, en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva N° 002-2012/GR.LAMB; infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, concordante con su Reglamento.
3. En ese sentido, cabe tener presente lo dispuesto por el artículo 146 del Reglamento que establece que cuando lo autoricen las Bases, el contratista

puede convenir con terceros la subcontratación de parte de las prestaciones a su cargo siempre que la entidad lo apruebe por escrito y de manera previa y cuando las prestaciones a subcontratarse no excedan del 40% del monto del contrato original. Así también, indica el referido artículo que si, transcurridos cinco (5) días hábiles de formulado el pedido de subcontratación por parte del contratista, la Entidad no le comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido aprobado.

4. Entonces para la configuración de los supuestos de hecho de la norma que contiene la infracción imputada se requiere acreditar que el Contratista subcontrató parte de las prestaciones a su cargo sin contar con autorización previa y escrita por parte de la Entidad, o que lo hizo por más del 40% del monto del contrato originalmente suscrito.
5. Sobre el particular, el Denunciante, señaló que celebró un contrato con el Contratista, para que ejecute la totalidad de la obra que se encontraba a su cargo, tal como se desprende de la lectura de la copia legalizada del referido contrato presentada por el Denunciante y que obra a folios 7 al 10 el expediente administrativo.
6. Al respecto, mediante el Informe Técnico Legal N° 439-2012-GR.LAMB/ORAJ la Entidad informó a este Tribunal que desconocía los hechos denunciados, al tratarse de un acto jurídico suscrito entre particulares.
7. A su vez, el Contratista ha señalado en su escrito de descargos que efectivamente suscribió el referido contrato con la empresa Constructora Norte Contratistas Generales S.R.L. para que realice actividades vinculadas a la ejecución del contrato y que estaban permitidas en las Bases Integradas; sin embargo, a fin de respaldar sus argumentos no ha señalado el acápite de las Bases Integradas que permitirían la referida subcontratación, asimismo, de la revisión de las Bases Integradas se advierte que las mismas no contemplan ningún tipo de subcontratación en la ejecución de la obra objeto del Proceso de Selección.
8. En ese sentido, aun cuando las Bases Integradas del proceso de Selección hubiesen contemplado la posibilidad de que el Contratista a su vez subcontrate con un tercero la ejecución de obligaciones derivadas del Contrato de Obra N° 001-2012-GR.LAMB/ORAD, de la revisión de la documentación obrante en el expediente se advierte que el Contratista no llevó a cabo el procedimiento establecido en el artículo 176 del Reglamento, tal es el caso, que mediante el Informe Técnico Legal N° 439-2012-GR.

LAMB/ORAJ presentado por la Entidad, la misma ha referido desconocer la existencia de la subcontratación denunciada.

9. Así pues, del análisis de los hechos acaecidos y los argumentos expuestos por los intervinientes en el procedimiento administrativo sancionador, se advierte que el Contratista ha reconocido haber subcontratado la ejecución de obligaciones derivadas del Contrato de Obra N° 001-2012-GR.LAMB/ORAD; sin embargo, dicha actuación no se encontraba contemplada en las Bases Integradas del Proceso de Selección, tal como lo ha argumentado el Contratista. Por tanto, siendo que el artículo 146 del Reglamento establece que la subcontratación procederá cuando lo autoricen las Bases, al no advertirse la inclusión de dicho supuesto en las Bases Integradas del Proceso de Selección, se concluye que el Contratista ha subcontratado con un tercero sin autorización de la Entidad.
10. Sin perjuicio de lo expuesto, este Colegiado considera que las causas que llevaron al Contratista a la subcontratación de un tercero para la ejecución de obligaciones derivadas del Contrato de Obra N° 001-2012-GR.LAMB/ORAD, no pueden ser objeto de análisis en el presente procedimiento administrativo sancionador, toda vez que la infracción en que incurrió el Contratista se configura de manera objetiva con la sola suscripción de la subcontratación, con independencia de las causas que llevaron a las partes a suscribirla.
11. Por consiguiente, la conducta desarrollada por el Contratista califica dentro de la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley, por la cual corresponde imponer sanción administrativa de inhabilitación para ser postor y contratar con el Estado por un periodo no menor de un año, ni mayor de tres años. Es ese orden de ideas, para graduar la sanción administrativa a imponerse, deben considerarse los criterios establecidos en el artículo 245⁽¹⁵⁾ del Reglamento de la Ley.

(15) **“Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción**

Para graduar la sanción de inhabilitación temporal a imponerse, conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor”.

12. En torno a ello, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, según el cual las decisiones de la Autoridad Administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
13. Dentro de este contexto, este Tribunal estima conveniente determinar la sanción a imponerse al Postor, considerando los siguientes factores:
 - i) **La naturaleza de la infracción:** queda demostrada la subcontratación no autorizada, realizada por el Contratista.
 - ii) **Intencionalidad del infractor:** se ha demostrado que el Contratista efectivamente suscribió el Contrato y Compromiso de Obligación Unilateral.
 - iii) **Reiterancia:** se ha verificado que el Contratista no cuenta con inhabilitaciones anteriores impuestas por este Tribunal.
 - iv) **El reconocimiento de la infracción antes de que sea detectada:** el Contratista no ha reconocido su responsabilidad en la subcontratación no autorizada.
 - v) **Conducta Procesal:** el Contratista, sí presentó sus descargos, conforme a lo señalado en el numeral 1⁽¹⁶⁾, artículo 242 del Reglamento de la Ley.
14. En consecuencia, atendiendo a los criterios expuestos, corresponde imponer la sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de veinticuatro (24) meses al Postor.

(16) **“Artículo 242.- Debido Procedimiento**

El Tribunal tramita los procedimientos sancionadores bajo las siguientes reglas:

1. Luego de iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, y antes de imponer una sanción, el Tribunal notificará al respectivo proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitros para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

(...)”.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente María Hilda Becerra Farfán y la intervención de los Vocales María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y Renato Adrián Delgado Flores, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012; y, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES IDM E.I.R.L. con dieciséis (16) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal g) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017; sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para las anotaciones de ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Rojas Villavicencio de Guerra.

Becerra Farfán.

Delgado Flores.

CAPÍTULO VII

INCURRIR EN EL SUPUESTO DE SOCIOS COMUNES NO PERMITIDOS

La infracción administrativa de incurrir en socios comunes no permitidos está contenida en el inciso i) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

i) Incurran en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la presente ley o cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el reglamento.

032 Configuración: Presentación al mismo proceso de selección de forma independiente y no consorciada

La infracción se configura cuando teniendo socios comunes y/o vinculación económica con otro proveedor, ambos se presenten al mismo proceso de selección de forma independiente y no consorciada, siempre que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social de cada uno de ellos.

Resolución N° 1295-2011-TC-S4

Lima, 26 de julio de 2011

Visto en sesión de fecha 26 de julio de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, los Expedientes N°s 772.2010.TC, sobre Procedimiento Administrativo Sancionador contra la empresa AGEMOR S.A.C., por supuesta responsabilidad al haber participado en prácticas restrictivas de la libre competencia o el supuesto de socios comunes no permitidos en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 012-2009/MDT, en la modalidad de Subasta Inversa Electrónica - II Convocatoria, para la “Adquisición de Cemento”; y, atendiendo a lo siguiente:

ANTECEDENTES:

1. El 5 de octubre de 2009, la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE TAHUANIA, en lo sucesivo la Entidad, convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 012-2009/MDT, en la modalidad de Subasta Inversa Electrónica - II Convocatoria, para la “Adquisición de Cemento”, bajo el sistema de precios unitarios y por un valor referencial total ascendente a S/. 25,694.00 (veinticinco mil seiscientos noventa y cuatro con 00/100 nuevos soles).
2. El 7 de octubre de 2009, se llevó a cabo el Acto de presentación de propuestas en el que se contó con la participación de los siguientes postores: i) FERROCEL S.R.L., y ii) AGEMOR S.A.C., luego de efectuada la evaluación, se le otorgó la Buena Pro a la empresa Ferrocil S.R.L.

3. Con escrito presentado el 8 de junio de 2010, la señora Neidy Blanca Gómez Ramos, en adelante la Denunciante, comunicó al Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, que la empresa Agemor S.A.C., en adelante el Postor, habría incurrido en Prácticas Restrictivas de la Libre Competencia, así como en el supuesto de socios comunes no permitido, según lo establecido por el Reglamento de Contrataciones del Estado.
4. Asimismo, la denunciante sostiene que las empresa Agemor S.A.C., y Ferrocel S.R.L., tienen socios comunes, puesto que de la verificación efectuada en Sunat, se ha podido corroborar que la señora Juana Emperatriz Orihuela Mosquera, es apoderada y accionista con un sesenta por ciento (60%) de las acciones de la empresa Ferrocel S.R.L., y a la vez es Gerente General y accionista en un noventa por ciento (90%) de la empresa Agemor S.A.C.
5. Previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, mediante decreto de fecha 10 de junio de 2010, debidamente notificado el 20 de julio de 2010, la Secretaría del Tribunal corrió traslado de la denuncia a la Entidad para que, emita informe técnico legal de su asesoría sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la empresa AGEMOR S.A.C., al haber infringido el literal h) del artículo 237 del Reglamento.
6. Con Oficio N° 143-2010-A-MDT, presentado el 6 de agosto de 2010, la Entidad remitió de forma incompleta, la documentación solicitada.
7. Con decreto de fecha 11 de agosto de 2010, debidamente notificado el 28 de octubre de 2010, se requirió a la Entidad, para que remita su informe técnico legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la empresa Agemor S.A.C., quien participó en el proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía por Subasta Inversa Electrónica N° 012-2009-MDT.
8. Con Oficio N° 183-2010-ALC-MDT-C, de fecha 5 de noviembre de 2010, la Entidad, remitió la información solicitada.
9. Con decreto de fecha 11 de noviembre de 2010, se remitió el Expediente a la Segunda Sala del Tribunal, para que emita su pronunciamiento, respecto al inicio del procedimiento sancionador a la empresa AGEMOR S.A.C.
10. Mediante Acuerdo N° 585/2010-TC-S2 de fecha 30 de noviembre de 2010, debidamente notificado el 9 de diciembre del mismo año a través del Toma Razón Electrónico del Seace, el Tribunal dispuso la Suspensión del inicio

del procedimiento administrativo sancionador contra la empresa AGEMOR S.A.C., hasta el pronunciamiento del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual - Indecopi, sobre la presunta participación de las empresa antes citada en prácticas restrictivas de la libre competencia, así como el supuesto de socios comunes no permitidos.

11. Con NOTIFICACIÓN N° 060-2011/ST-CLC-INDECOPI, presentada el 3 de mayo de 2011 por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, se adjunta la Resolución N° 006-2011/ST-CLC-INDECOPI, mediante el cual manifiesta lo siguiente:

“(…) El artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1034 tipifica, en particular, a las prácticas colusorias horizontales, es decir, los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

Una de las modalidades de este tipo de conductas anticompetitivas consiste en la concertación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas, supuesto conocido tradicionalmente como licitación colusoria o *bidrigging* y sujeto a la prohibición absoluta prevista en el literal d) del artículo 11.2 del Decreto Legislativo N° 1034.

Una licitación colusoria supone que dos o más empresas que deberían competir por hacerse de una buena pro en un proceso de selección, dejen de hacerlo con el objeto de obtener un mayor excedente proveniente de los recursos de la entidad convocante. En tal sentido, las empresas que participan en una licitación colusoria deben ser necesariamente competidores efectivos en el mercado, es decir, agentes que representen intereses distintos, que se ven alineados circunstancialmente para restringir la competencia entre ellos.

En consecuencia, para determinar la posible existencia de licitaciones colusorias y, en general la comisión de una práctica colusoria horizontal, es necesario determinar previamente si las empresas involucradas en la conducta anticompetitiva son agentes económicos independientes entre sí, o si pertenecen a un mismo grupo económico.

En este último escenario no podría existir una práctica colusoria horizontal, toda vez que las empresas que pertenecen a un mismo grupo económico no compiten efectivamente entre sí.

(...).

Como se señaló anteriormente, el elemento principal en una práctica colusoria horizontal consiste en el efecto anticompetitivo que dicha conducta produce o puede producir en el mercado. En consecuencia entre dos o más personas que responden a una misma fuente de control, al estar guiadas por el mismo interés y designio, no podría ser considerada capaz de producir un efecto anticompetitivo toda vez que dichas empresas no podrían competir entre sí, y en consecuencia tampoco podrían eliminar o restringir la competencia entre ellas.

(...).

Considerando el marco teórico desarrollado en el acápite anterior, corresponde determinar si Ferrocel y Agemor se encuentran vinculadas y forman parte de un mismo grupo económico. De ser el caso, no será posible que se haya configurado un supuesto de prácticas colusorias horizontales entre ellas.

Al respecto, de la revisión de la participación accionarial y los representantes de Ferrocel y Agemor, se observa lo siguiente:

Cuadro 1
Participación accionarial y representantes de Agemor y Ferrocel
(desde agosto de 2009 hasta febrero de 2011)

| Empresa | Accionista | Participación accionarial | Representante | Cargo |
|----------|------------------------------------|---------------------------|------------------------------------|-------------------------------|
| Ferrocel | Juana Emperatriz Orihuela Mosquera | 60 % | Juana Emperatriz Orihuela Mosquera | Facultades de Gerente General |
| | Dick Henry Orihuela Mosquera | 40 % | Dick Henry Orihuela Mosquera | Gerente General |
| Agemor | Juana Emperatriz Orihuela Mosquera | 90 % | Juana Emperatriz Orihuela Mosquera | Gerente General |
| | Dick Henry Orihuela Mosquera | 5 % | | |
| | Richard Hans Orihuela Mosquera | 5 % | | |

Por lo tanto, las empresas Ferrocel y Agemor actuaron como una unidad económica cuyo centro de decisión fue la señora Juana Orihuela, quien ejerció el control directo de ambas empresas, en atención a ello, las empresas Ferrocel y Agemor, al haber formado parte de un mismo grupo económico no pueden ser consideradas como competidoras efectivas entre sí por lo que no podría haberse configurada una práctica colusoria entre ellas (...).”

12. Por decreto de fecha 3 de mayo de 2011, y en razón a la documentación presentada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi, se remitieron los presentes expedientes acumulados a la Cuarta Sala del Tribunal para que emita su pronunciamiento.
13. Por decreto de fecha 3 de junio de 2011, y en razón al Acuerdo N° 371/2011-TC-S4 de fecha 31 de mayo de 2011, se inició el Procedimiento Administrativo Sancionador, otorgándole al Postor el plazo de diez (10) días hábiles, para que remita sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.
14. Con escrito de fecha 22 de junio de 2011, la empresa AGEMOR S.A.C., presentó sus descargos, bajo los siguientes argumentos:
 - i) Sobre el particular, debemos indicar que el supuesto que nos ocupa se encuentra tipificado en el literal h) del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF:

Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento.
 - ii) Se entiende que dos o más proveedores se encuentran como socios comunes no permitidos cuando sus acciones son superiores al 10 % del capital social y no han participado en un proceso de selección bajo consorcio, así para la configuración del supuesto previsto en la norma sancionatoria, se requiere que ambas empresas se encuentren con los socios comunes sino carece de objeto.

- iii) En ese sentido, la denuncia formulada por la señora Neidy Blanca Gómez Ramos tiene como supuestos agentes infractores a las empresas FERROCEL S.R.L., y AGEMOR S.A.C., ya que según la declaración de las señoras las firmas citadas participaron en forma separada en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 012-2009-MDT, debiendo haberlo hecho en forma conjunta ya que tienen accionistas comunes.
- iv) Al respecto, debemos señalar que el supuesto por el que se nos inicia procedimiento administrativo sancionador ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal. En efecto, la Segunda Sala del Tribunal mediante la Resolución N° 641-2011-TC-S2, resolvió declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa contra FERROCEL S.R.L., dando cuenta que las empresas no se encuentran con accionariado común ya que a la fecha del 5 de octubre de 2009, fecha de la convocatoria del proceso de selección, las empresas tenían la siguiente composición:

Agemor

Franz Dyck Rosario Alvarado, propietario de 1,175 acciones, totalmente suscritas y pagadas.

Violeta Mery Mosquera de Orihuela, propietario de 22,325 acciones, totalmente suscritas y pagadas.

Ferrocel

Orihuela Mosquera, Dick Henry con 40% de las acciones.

Orihuela Mosquera, Juana Emperatriz con 60% de las acciones.

- v) Tal como se puede advertir, ninguna de las empresas comparte socios comunes, por lo que no se habría configurado el supuesto de hecho previsto por la norma en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
- vi) Si la empresa FERROCEL S.R.L., ha sido eximida de sanción en el mismo proceso de selección por la supuesta responsabilidad en la participación de socios no permitidos, entonces conforme al principio de congruencia y tipicidad nuestra representada deberá ser

eximida de sanción ya que existe pronunciamiento por parte del Tribunal que causó estado respecto al mismo supuesto; lo contrario implicará que el Tribunal revise su propia decisión - la cual se encuentra consentida, generando la vulneración al debido procedimiento.

- vii) Bajo los términos expuestos, solicitamos a su digo Tribunal que proceda a archivar el proceso sancionador puesto que ya existe pronunciamiento respecto al mismo supuesto de hecho.
15. Mediante decreto de fecha 24 de junio de 2011, se tuvo por apersonada a la empresa AGEMOR S.A.C., y se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para que resuelva.
 16. Con fecha 11 de julio de 2011, se llevó a cabo la diligencia de Audiencia Pública, en la cual el representante de la empresa AGEMOR S.A.C, hizo el uso de la palabra.
 17. Con fecha 12 de julio de 2011, la empresa AGEMOR S.A.C., presentó un escrito de ampliación de descargos.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente caso está referido a la supuesta responsabilidad de la empresa AGEMOR S.A.C., por incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en el Reglamento, infracción tipificada en el literal h) numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma vigente durante la ocurrencia de los hechos imputados.

La imputación efectuada refiere a que la empresa AGEMOR S.A.C., y la empresa FERROCEL S.R.L., tienen como socia común a la señora Orihuela Mosquera Juana Emperatriz con 90% y 60% de acciones en cada empresa, respectivamente, y aún bajo esta circunstancia participaron individualmente en la Adjudicación de Menor Cuantía por Subasta Inversa Presencial N° 012-2009/MDT.

2. Al respecto, el artículo 260 del Reglamento, establece que: “cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, aplicación de especialidad, aumento de capacidad máxima de

contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente”.

3. Tal como se puede advertir, de las normas antes acotadas, para la configuración del supuesto de hecho de la infracción imputada se requiere cualquiera de los dos supuestos:
 - i) Que el proveedor que tiene socios comunes y/o vinculación económica con otro proveedor, al realizar alguno de los trámites señalados en el RNP, no adjunte a dicho trámite una declaración precisando que cuando ambos participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente, siempre que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social de cada uno de ellos.
 - ii) Cuando teniendo socios comunes y/o vinculación económica con otro proveedor, ambos se presenten al mismo proceso de selección de forma independiente y no consorciada, siempre que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social de cada uno de ellos.
4. Ahora bien, la empresa imputada por dicha causal de infracción, adjuntó a su escrito de descargos el Acta de Junta General de Accionistas de fecha 22 de mayo de 2009, en la cual se realizó la transferencia del total de acciones de la empresa AGEMOR S.A.C. de la siguiente manera:

“(…)

1. Transferencia de acciones:

La presidente, doña Juana Emperatriz Orihuela Mosquera, manifestó que por razones personales habían decidido transferir las 21,150 acciones de su propiedad, las mismas que había ofrecido en venta a los otros accionistas quienes declinaron en su derecho de preferencia y manifestaron que no tenían interés en adquirirlas, razón por la que las ha ofrecido en venta a su valor nominal a la señora Violeta Mery Mosquera de Orihuela de nacionalidad peruana, quien está interesada en adquirirlas.

(...)

Luego de lo cual los accionistas acordaron por unanimidad aprobar la transferencia de la totalidad de acciones de doña Juana Emperatriz Orihuela Mosquera a la señora Violeta Mery Mosquera de Orihuela.

Asimismo, la presidente, manifestó que el actual accionista Dick Henry Orihuela Mosquera, propietario de 1,175 acciones, manifiesta que por razones de índole personal, había decidido transferir las 1,175 acciones de su propiedad, las mismas que ofrece en venta a los otros accionistas, en cumplimiento del derecho de preferencia, no obstante estos manifestaron que no estaban interesados en ejercerlo por lo que no adquirirían las mencionadas acciones. En este contexto se ofreció en venta, a valor nominal, a la señora Violeta Mery Mosquera de Orihuela de nacionalidad peruana, quien señaló su interés en adquirirlas.

(...)

Luego de lo cual los accionistas acordaron por unanimidad aprobar la transferencia de la totalidad de acciones del señor Dick Henry Orihuela Mosquera a la señora Violeta Mery Mosquera de Orihuela.

2. Renuncia del Gerente General y nombramiento de nuevo gerente

La presidente manifestó que por las mismas razones personales que había decidido transferir la totalidad de sus acciones, presentaba su renuncia al cargo de gerente que hasta la fecha había venido desempeñando.

A continuación los accionistas acordaron por unanimidad aceptar la renuncia de doña Juana Emperatriz Orihuela Mosquera al cargo de gerente y nombrar en su reemplazo como gerente a la señora Violeta Mery Mosquera de Orihuela, con DNI N° 00046819, quien en su calidad de tal gozará de todas las facultades contenidas en el artículo vigésimo cuarto del estatuto. (...).”

5. Así también de la corroboración del libro de matrículas de acciones de la empresa AGEMOR , la cual lo remitió con su escrito de fecha 12 de julio de 2011, esta indica lo siguiente:

| ACCIONISTA TITULARES | FECHA | ACCIONES EMITIDAS | | | PART. EN CAPITAL % | OPERACIONES DE: (1) TRANSFERENCIA (2) CANJES, DESDOBLAMIENTO (3) REDEDUCCIÓN | | | |
|------------------------------------|----------|-------------------|--------|--------|--------------------|--|---------------|------------------------------------|-------------------|
| | | ACCIONES | | | | FECHA | COD. DE OPER. | A FAVOR DE | CANTIDAD ACCIONES |
| | | DEL N° | AL N° | CANT. | | | | | |
| ORIHUELA MOSQUERA JUANA EMPERATRIZ | 24/06/04 | 001 | 21,150 | 21,150 | 90% | 21/12/07 | | | |
| ORIHUELA MOSQUERA DICK HENRY | 24/06/04 | 21,151 | 22,325 | 1,175 | 5% | 21/12/07 | | | |
| ORIHUELA MOSQUERA RICHARD HANS | 24/06/04 | 22,326 | 23,500 | 1,175 | 5% | 21/12/07 | (1) TRANSF | ORIHUELA MOSQUERA JUANA EMPERATRIZ | 1,175 |
| ORIHUELA MOSQUERA JUANA EMPERATRIZ | 21/12/07 | 001 | 21,150 | 21,150 | 90% | 30/07/08 | (1) TRANSF | ROSARIO ALVARADO FRANS DYCK | 1,175 |
| ORIHUELA MOSQUERA DICK HENRY | 21/12/07 | 21,151 | 22,325 | 1,175 | 5% | | | | |
| ORIHUELA MOSQUERA JUANA EMPERATRIZ | 21/12/07 | 22,326 | 23,500 | 1,175 | 5% | | | | |
| ORIHUELA MOSQUERA JUANA EMPERATRIZ | 30/07/08 | 001 | 21,150 | 21,150 | 90% | 22/05/09 | (1) TRANSF | MOSQUERA DE ORIHUELA VIOLETA MERY | 21,150 |
| ORIHUELA MOSQUERA DICK HENRY | 30/07/08 | 21,151 | 22,325 | 1,175 | 5% | 22/05/09 | (1) TRANSF | MOSQUERA DE ORIHUELA VIOLETA MERY | 1,175 |
| ROSARIO ALVARADO FRANS DYCK | 30/07/08 | 22,326 | 23,500 | 1,175 | 5% | 22/05/09 | | | |
| MOSQUERA DE ORIHUELA VIOLETA MERY | 23/05/09 | 001 | 21,150 | 21,150 | 90% | | | | |
| MOSQUERA DE ORIHUELA VIOLETA MERY | 23/05/09 | 21,151 | 22,325 | 1,175 | 5% | | | | |
| ROSARIO ALVARADO FRANS DYCK | 23/05/09 | 22,326 | 23,500 | 1,175 | 5% | | | | |

6. Al mismo tiempo, se consultó la base de datos del Registro Nacional de Proveedores. De allí, se obtuvo que con fecha 20 de noviembre de 2009 tanto la empresa AGEMOR S.A.C., como la empresa FERROCEL S.R.L., declararon como socios a las siguientes personas:

| AGEMOR S.A.C. | | |
|-----------------------------------|--------------------|------------|
| Relación de socios | Número de Acciones | Porcentaje |
| Violeta Mery Mosquera de Orihuela | 22,325 | 95.00% |
| Frans Dyck Rosario Alvarado | 1,175 | 5% |

| FERROCEL S.R.L. | | |
|------------------------------------|---------------------------|-------------------|
| Relación de socios | Número de Acciones | Porcentaje |
| Juana Emperatriz Orihuela Mosquera | 600.00 | 60.00% |
| Dick Henry Orihuela Mosquera | 400.00 | 40.00% |

7. En razón a lo expresado y remitido por la empresa imputada, así como todo lo señalado anteriormente, este Colegiado considera que ha demostrado que las empresas AGEMOR S.A.C., y, FERROCEL S.R.L., no tenían que presentarse de manera consorciada, ni habrían tenido la calidad de socios comunes no permitidos al momento de presentarse en el proceso de selección de la referencia, por lo que se tiene, que en el presente caso no se ha configurado el supuesto de hecho de la infracción prevista en el literal h), numeral 51.1) del artículo 51 de la Ley, razón por la cual no corresponde imponerle sanción a dichas empresas.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Dammar Salazar Díaz y la intervención de los Señores Vocales Dr. Jorge Silva Dávila y Dr. Martín Zumaeta Giudichi y atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE expedida el 15 de febrero de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF y a la Resolución N° 283-2010-OSCE/PRE del 21 de mayo de 2010; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la imposición de sanción administrativa contra AGEMOR S.A.C., por los fundamentos antes expuestos.
2. Archivar el presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Zumaeta Giudichi.

Salazar Díaz.

033 **Porcentaje que da lugar a la infracción: Cuando los socios comunes posean más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada uno de los proveedores**

Para la configuración de la causal de infracción se hace necesaria la existencia de dos o más proveedores participantes de un proceso de selección que compartan uno o varios socios comunes y, que dichos socios comunes posean más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada uno de los proveedores.

Resolución N° 151-2012-TC-S2

Lima, 10 de febrero de 2012

Visto en sesión de fecha 10 de febrero de 2012 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 33/2011.TC, sobre el procedimiento de aplicación de sanción a la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C., por supuesta responsabilidad en haber incurrido en el supuesto de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento, durante el desarrollo de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria), efectuada por el Seguro Social de Salud-EsSalud, para la Contratación de empresa de intermediación laboral que brinde personal para los módulos de atención al asegurado, oído el informe oral en la audiencia pública de fecha 10 de febrero de 2012 y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 16 de abril de 2009, el Seguro Social de Salud-EsSalud, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria), para la “contratación de empresa de intermediación laboral que brinde personal para los módulos de atención al asegurado”. Por un valor referencial total ascendente a S/. 192, 391.68.
2. El 21 de abril de 2009, se realizó el acto de presentación de propuestas, con la participación de las siguientes empresas: (i) Distribuidora Géminis SJT EIRL, (ii) Servicios EDUSA S.R.L., (iii) PYM Operaciones S.R.L., (iv) Silsa, v) Esvicsac.

3. El 22 de abril de 2009, se realizó el acto de evaluación de propuestas, quedando como única oferta válida la oferta de la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac). En la misma fecha, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la Buena Pro, resultando favorecida la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac), respecto a los tres ítems del proceso de selección.
4. Mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 278-PE-ESSALUD-2009 de fecha 17 de junio de 2009, la Entidad declaró la Nulidad de Oficio de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0912M00151, dejando sin efecto el otorgamiento de la buena pro a favor del Postor, retro trayéndose el proceso a la etapa de Evaluación de Propuestas.
5. Con fecha 25 de junio de 2009, se llevó a cabo el acto de otorgamiento de la Buena Pro, resultando adjudicada la empresa SERVICIOS INTEGRADOS DE LIMPIEZA S.A. - SILSA, en adelante el Adjudicatario.
6. Con escrito presentado el 14 de octubre de 2010, ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, el señor Miguel Ángel Valles Almeyda, en adelante el Denunciante, señaló lo siguiente:
 - i) Que, el Adjudicatario tenía un socio común, que era EsSalud, entidad que es propietaria del 94.90% de acciones tanto en la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. - (Esvicsac) como en la empresa del Adjudicatario (Silsa).
 - ii) Señaló que la Entidad, llevó a cabo el proceso Adjudicación de Menor Cuantía N° 15-2009/ESSALUD/RACAJ y que tanto el Adjudicatario como la empresa Esvicsac, habían participado como postores de forma independiente y no consorciadas, infringiendo lo dispuesto en el artículo 260 del Reglamento y por tanto debían ser sancionados.
 - iii) Indicó que en el citado proceso, solo hubieron dos postores el Adjudicatario y la empresa Esvicsac, configurándose tal hecho como una infracción tipificada en el artículo 51, inciso h) de la Ley de Contrataciones del Estado, respecto a los socios comunes establecido en el artículo 260 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

- iv) Preciso que, EsSalud siendo propietaria del 94.90% de acciones tanto en Silsa como en Esvicsac, convoca procesos de selección en los cuales además de otros postores se presentan las empresas citadas.
- v) Indicó que, tanto Silsa como Esvicsac a sabiendas que tenían un socio en común, debieron de suscribir la Declaración Jurada en la que se comprometían a que cuando se presentaran en un mismo proceso de selección, lo harían en forma consorciada.

La copia de dicha denuncia fue remitida a la Mesa de Partes del Tribunal el 7 de enero de 2011, la que originó el presente expediente.

7. Mediante decreto de fecha 12 de enero de 2011, se requirió a la Entidad para que cumpla con remitir, entre otros, su informe técnico legal respecto de la procedencia de la denuncia efectuada contra el Postor y documentación necesaria para el inicio del correspondiente procedimiento administrativo.
8. Con escrito de fecha 27 de julio de 2011, la Entidad presentó la información requerida y adjuntó el Informe Legal N° 010-OAJ-RALL-ESSALUD-2011 de fecha 4 de julio de 2011 en el cual manifestó, lo siguiente:
 - i) La Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac) habría incurrido en la causal de sanción en el supuesto de socios comunes no permitidos, en el marco del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ. En dicho proceso de selección se presentaron las empresas ES-VICSAC Y SILSA DE MANERA INDEPENDIENTE, LO QUE DEMUESTRA SU RENUENCIA PERMANENTE A CUMPLIR CON LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO.
 - ii) Es de la opinión que la empresa Esvicsac ha incurrido en causal de sanción, por haber incurrido en el supuesto de socios comunes no permitidos por el Reglamento.
9. Con decreto del 3 de agosto de 2011, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra LA EMPRESA DE SEGURIDAD, VIGILANCIA Y CONTROL S.A.C. (Esvicsac), por su supuesta

responsabilidad al tener socios comunes no permitidos, en el marco de su participación en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria), infracción tipificada en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017. Asimismo, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

10. Mediante escrito presentado ante la Mesa de Partes del Tribunal el 29 de setiembre de 2011, el Postor presentó sus descargos en los siguientes términos:
 - i) Los postores con socios comunes son Esvicsac y Silsa y no EsSalud, por lo tanto no han incurrido en la infracción prevista en el literal h) del artículo 51 de la Ley de Contrataciones, ya que Esvicsac únicamente tiene una participación de 5% en las acciones de Silsa. De la misma manera, esta empresa solo posee el 5% de las acciones de Esvicsac.
 - ii) El capital que se ostenta en Silsa nunca ha significado el 10% del total del patrimonio, por lo que alcanzando el accionariado común entre Silsa y Esvicsac únicamente el 5% del capital, se puede deducir que, ellos no han cometido infracción alguna.
 - iii) A la empresa Silsa, se le inició un proceso administrativo sancionador por los mismos hechos que son materia de este procedimiento, en el que la Cuarta (Res. N° 145-2011-TC-S4) y Tercera (Res. N° 1389-2011-TC-S3) Sala del Tribunal declararon no ha lugar la imposición de sanción contra dicha empresa, existiendo las mismas razones y derechos que en el presente caso, por lo que debe tenerse en consideración al momento de resolver.
 - iv) Solicitó el uso de la palabra.
11. Con decreto del 4 de octubre de 2011, se tuvo por apersonado al Postor, por presentados sus descargos y se remitió el presente expediente a la Segunda Sala del Tribunal para la emisión de la resolución correspondiente.
12. Se programó diligencia de audiencia pública para el día 10 de febrero de 2012, a la cual asistió el representante de la empresa denunciada.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la su- puesta responsabilidad del Postor al haber incurrido en el supuesto de so- cios comunes no permitidos, en el marco de su participación en la Ad- judicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria), infracción tipificada en el literal h) del numeral 51.1⁽¹⁾ del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley, norma vigente al mo- mento de la comisión de la infracción imputada⁽²⁾.
2. Debemos comenzar precisando que la infracción tipificada en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley consiste en la incursión, por parte de dos o más proveedores, en el supuesto de socios comunes no per- mitidos según lo que establece el Reglamento.
3. Al respecto, el artículo 260 del Reglamento prescribe que, cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, partici- paciones o aportes **sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social** en cada uno de ellos; con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el re- presentante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando **que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente**.
4. Entonces, de la lectura de lo establecido en el artículo antes referido se pue- de desprender que, para la configuración de la causal de infracción se hace necesaria, de manera previa, la existencia de los siguientes elementos:

(1) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas.-**

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así **como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo establece el Reglamento**.

(2) De acuerdo a lo señalado en los antecedentes, el Postor habría presentado su propuesta de manera indepen- diente el 13 de mayo de 2010, fecha en la que se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobados mediante D.L. N° 1017 y D.S. N° 184-2008-EF, respectivamente.

- i) La existencia de dos o más proveedores participantes de un proceso de selección que compartan uno o varios socios comunes y
- ii) Que, dicho(s) socio(s) común(es) posean más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada uno de los proveedores.

Luego, el supuesto de hecho establecido en la infracción imputada se configura cuando dichos proveedores que poseen socios comunes, se presentan al mismo proceso de selección de forma independiente y no consorciada, tal como lo prescribe el mencionado artículo 260.

5. En ese sentido, y a fin de determinar si, en el presente caso, se ha configurado la causal imputada debemos de verificar: (i) Si alguno de los otros participantes en el proceso de selección comparte un socio común con el Postor, y (ii) si dicho socio en común posee, más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada una de ellos, ya que de la revisión de la documentación obrante en el presente expediente y la información registrada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) se puede evidenciar que El Postor participó en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria), de manera independiente y no consorciada.
6. Sobre ello, de la revisión del Acta de Apertura de Propuestas, se puede apreciar que, en el proceso de selección antes referido presentaron propuestas los siguientes postores: i) Distribuidora Géminis SJT EIRL, ii) Servicios EDUSA S.R.L., iii) PYM Operaciones S.R.L., iv) SILSA, v) Esvicsac.
7. Asimismo, en relación con la participación accionaria en las 2 últimas empresas antes mencionadas, en relación con la denuncia formulada y, de la documentación obrante en autos se puede evidenciar lo siguiente:

| ESVICSAC | | |
|--|---------------------------|-------------------|
| Relación de socios | Número de acciones | Porcentaje |
| 1) Seguro Social de Salud-EsSalud | 10451786 | 94.90% |
| 2) Servicios Integrados de Limpieza S.A.C.-Silsa | 550674 | 5.00% |
| 3) Cafae EsSalud | 11013 | 0.10% |

| SILSA | | |
|---|--------------------|------------|
| Relación de socios | Número de acciones | Porcentaje |
| 1) Seguro Social de Salud-EsSalud | 9066120 | 94.90% |
| 2) Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. - Esvicsac | 477667 | 5.00% |
| 3) Cafae EsSalud | 9553 | 0.10% |

8. De lo anterior, se puede verificar que tanto el Seguro Social de Salud-EsSalud como Cafae-EsSalud son socios de las empresas Silsa y Esvicsac, o dicho de otro modo, son socios que poseen en común las empresas Silsa y Esvicsac, los cuales poseen un porcentaje de 94.90% y 0.09% de las acciones en cada una de ellas, respectivamente.
9. Así, en el presente caso se evidencia la existencia de los elementos necesarios para la configuración de la infracción establecida en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley: i) la existencia de dos, o más proveedores que compartan uno o varios socios comunes, y ii) que dicho(s) socio(s) común(es) posean más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada uno de los proveedores (EsSalud en relación a Silsa y Esvicsac). Sin embargo, en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 15-2009/ESALUD/RACAJ las referidas empresas participaron independientemente y no de manera consorciada, tal como lo dispone el artículo 260 del Reglamento.
10. En atención a los fundamentos expuestos, se concluye que se ha configurado la infracción establecida en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, consecuentemente, existe mérito suficiente para imponer al Postor la correspondiente sanción administrativa.
11. Sin perjuicio de lo antes expuesto, se puede evidenciar que en su escrito de descargos el Postor ha manifestado que, a la empresa Silsa, se le aperturó un proceso administrativo sancionador por los mismos hechos que son materia del presente, en el que la Cuarta Sala del Tribunal declaró no ha lugar la imposición de sanción contra dicha empresa, existiendo las mismas razones y derechos que en el presente caso, por lo que debe tenerse en consideración al momento de resolver.

De igual manera, a la propia empresa denunciada, la Tercera Sala del Tribunal dispuso no atribuirle responsabilidad por el supuesto de socios

comunes no permitidos en el Reglamento, por lo que debe seguirse dichos criterios antes indicados.

12. Al respecto, si bien es cierto que mediante Resolución N° 145-2011-TC-S4 del 31 de enero de 2011, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones declaró no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa Silsa por su responsabilidad al presentarse en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 097-2010/ESSALUD RALL (primera convocatoria), y mediante la Resolución N° 1389-2011-TC-S3 la Tercera Sala del Tribunal dispuso declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Esvicsac contra la Resolución N° 1279-2011-TC-S3, dejando sin efecto la sanción impuesta, por el supuesto de socios comunes no permitidos por el Reglamento, debe señalarse que dichas resoluciones no constituyen un precedente de observancia obligatoria, por lo que de acuerdo a la naturaleza de la controversia ventilada en cada caso concreto, las distintas Salas del Tribunal tienen la autonomía de aplicar el criterio que a su entender sea el correcto para la resolución del caso materia de litis.

Asimismo, todo vocal cuenta con la facultad de resolver una cuestión de manera distinta a como se resolvió una parecida con anterioridad, cuando existan los fundamentos suficientes que respalden el cambio y siempre que se siga un razonamiento lógico que sustente la decisión adoptada posteriormente.

13. Ahora bien, en relación a la graduación de la sanción imponible, el artículo 51 de la Ley establece que los postores que incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo establece el Reglamento, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 del Reglamento⁽³⁾.

(3) **Artículo 245.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, el Tribunal considerará los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

14. Así, atendiendo a la naturaleza de la infracción, debe tenerse en cuenta que esta reviste una considerable gravedad pues vulnera los **Principios de Moralidad y Libre Concurrencia y Competencia**, que deben regir a todos los actos vinculados a los procesos de contratación de las Entidades, conforme a lo ordenado por los literales b) y c) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.
15. Igualmente, resulta importante mencionar que la EMPRESA DE SEGURIDAD, VIGILANCIA Y CONTROL S.A.C.-ESVICSAC cuenta con sanción de inhabilitación como antecedente en la comisión de infracciones previstas en el Reglamento.
16. Sin embargo, encontramos que en lo que atañe a la conducta procesal del infractor durante la sustanciación del presente procedimiento administrativo sancionador, este ha cumplido con presentar los descargos solicitados.
17. Asimismo, en relación a la intencionalidad del infractor, encontramos que al momento de la inscripción de los participantes en el proceso de Adjudicación de Menor Cuantía, resultaba difícil para El Postor tomar conocimiento de la participación de otras empresas en el mismo.
18. Así también, consideramos significativo traer a colación el **Principio de Razonabilidad**⁽⁴⁾ previsto en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley N° 27444 por el que las sanciones a imponerse no deben ser desproporcionadas y deben guardar relación con la conducta a reprimir, atendiendo a la necesidad de que las personas no deban verse privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción, criterios que serán tomados en cuenta al momento de fijar la sanción a imponerse al Proveedor.
19. En consecuencia, y teniendo en consideración que existen ciertas atenuantes de la responsabilidad del referido postor en la comisión de la infracción, corresponde imponerle la sanción administrativa de inhabilitación

(4) **Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora**

(...)

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; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción.

(...).

temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo de doce (12) meses.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Patricia Seminario Zavala y la intervención de la Dra. Ada Basulto Liewald, atendiendo a la reconfirmación de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 589-2011/OSCE-PRE de fecha 21 de setiembre de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por mayoría

LA SALA RESUELVE:

1. SANCIONAR a la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac) con doce (12) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 1), literal h) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, sanción que entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) para las anotaciones de ley correspondientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Seminario Zavala.

Basulto Liewald.

Voto en discordia del Vocal Carlos Fernando Fonseca Oliveira respecto del voto en mayoría adoptado en torno al Expediente N° 33.2011.TC

El Vocal que suscribe discrepa respetuosamente del voto emitido en mayoría respecto del Expediente N° 33.2011.TC, iniciado contra la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac) por supuesta responsabilidad

al haber incurrido en el supuesto de socios comunes no permitidos durante su participación en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 015-2009/ESSALUD-RACAJ (Primera Convocatoria); por las consideraciones que a continuación se pasan a exponer:

1. A efectos de la configuración del supuesto de hecho que contiene la infracción tipificada en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo la Ley, concordante con lo dispuesto por el literal h) del numeral 1 del artículo 237 de su Reglamento, en lo sucesivo el Reglamento, los proveedores, participantes, postores y o contratistas que incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos, según lo establecido en dicho cuerpo normativo.
2. Con relación a ello, el artículo 260 del Reglamento ha establecido lo siguiente:

Artículo 260.- Socios comunes. Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al diez por ciento (10%) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán presentar una declaración jurada firmada por la persona natural o el representante legal de la persona jurídica, según sea el caso, precisando que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente;

3. Ahora bien, en relación con la participación accionaria en las 2 últimas empresas antes mencionadas, en relación con la denuncia formulada y, de la documentación obrante en autos se puede evidenciar lo siguiente:

| ESVICSAC | | |
|--|--------------------|------------|
| Relación de socios | Número de acciones | Porcentaje |
| 1) Seguro Social de Salud-EsSalud | 10451786 | 94.90% |
| 2) Servicios Integrados de Limpieza S.A.C.-Silsa | 550674 | 5.00 % |

| | | |
|------------------|-------|--------|
| 3) Cafae EsSalud | 11013 | 0.10 % |
|------------------|-------|--------|

| SILSA | | |
|--|--------------------|------------|
| Relación de socios | Número de acciones | Porcentaje |
| 1) Seguro Social de Salud-EsSalud | 9066120 | 94.90% |
| 2) Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C.- Esvicsac | 477667 | 5.00 % |
| 3) Cafae EsSalud | 9553 | 0.10 % |

4. Conforme a lo señalado, se tiene que la causal de socios comunes solo constituye infracción siempre y cuando dos o más proveedores, en el presente caso Silsa y Esvicsac, tengan socios comunes, que sería EsSalud, en los que las acciones, participaciones o aportes de estos proveedores, sean superiores al 10% del capital o patrimonio social en cada uno de sus socios comunes. Es decir, que las acciones de Silsa y Esvicsac en EsSalud tendrían que ser superiores al 10% para que hubiesen tenido que participar en el proceso de selección de manera consorciada y por tanto para que se configure la causal de infracción.
5. La *ratio legis* del artículo 260 del Reglamento reside en un análisis de la situación accionaria de los proveedores que son los que se presentan en el proceso de selección y cuya participación al tener socios comunes podría conllevar a una restricción de la libre competencia de postores y la libre competencia.
6. En atención a ello, la potestad sancionadora del Tribunal se encuentra regida, entre otros por el **Principio de Presunción de Licitud** a que se contrae el numeral 9 del artículo 230 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, el cual establece que durante la tramitación de un procedimiento administrativo, las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras que no cuenten con evidencia en contrario. Asimismo, el **Principio de Tipicidad**, consagrado en el numeral 4 del mismo artículo, el cual exige que se sancionen administrativamente únicamente las infracciones expresamente previstas en las normas con rango de ley o reglamento mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

7. Consecuentemente, el Vocal suscrito considera que la empresa Esvicsac no tenía que presentarse de manera consorciada con el Adjudicatario (Silsa) puesto que sus acciones en su socio común (EsSalud) no superaron el 10% de su accionariado. Por tanto, en el presente caso no se ha configurado el supuesto de hecho de la infracción prevista en el literal h), numeral 1 del artículo 237 del Reglamento, razón por la cual corresponde declarar no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el adjudicatario.

Por todo lo expuesto, el Vocal que suscribe el presente voto en discordia, resuelve:

1. Declarar no ha lugar la aplicación de sanción contra la Empresa de Seguridad, Vigilancia y Control S.A.C. (Esvicsac) por supuesta responsabilidad en la comisión de infracción tipificada en el literal h) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, por los hechos expuestos, debiendo archivarse definitivamente el presente expediente.

ss.

Carlos Fonseca Oliveira
Vocal de la Segunda Sala

CAPÍTULO VIII

PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O INFORMACIÓN INEXACTA

La infracción administrativa de presentación de documentación falsa o información inexacta está contenida en el inciso j) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

j) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

034 Documentación inexacta: Infracción quebranta los principios de moralidad y presunción de veracidad

La infracción referida a documentación inexacta, se configura ante la presentación de documentos no concordantes o congruentes con la realidad, los mismos que constituyen una forma de falseamiento de la realidad, a través del quebrantamiento de los Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad

Resolución N° 2364-2010-TC-S2

Lima, 23 de diciembre de 2010

Visto en sesión de fecha 23 de diciembre de 2010 de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 0859-2010-TC, sobre la supuesta responsabilidad de la empresa BMP Ingenieros S.A. en la presentación de documentación inexacta, durante el desarrollo de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0249-2009-OSINERGMIN, derivada del Concurso Público N° 0019-2009-OSINERGMIN; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 4 de diciembre de 2009, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - Osinergmin, en lo sucesivo la Entidad, convocó a la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0249-2009-OSINERGMIN, derivada del Concurso Público N° 0019-2009-OSINERGMIN, para la “contratación del Servicio para Supervisar la Administración del Centro de Control SCOP - SCOP GLP, PRICE, SIIC y PDJ”, con un valor referencial de S/. 5'113,836.24 (cinco millones ciento trece mil ochocientos treinta y seis con 24/100 nuevos soles), incluido los impuestos de ley.
2. El 22 de diciembre de 2009, se llevó a cabo el Acto de Apertura de Propuestas Económicas y Otorgamiento de la Buena Pro, en el cual, el Comité Especial procedió a otorgar la buena pro del referido proceso de selección, a la empresa BMP Ingenieros S.A., en lo sucesivo la Contratista, por el 100% del valor referencial.
3. El 12 de enero de 2010, la Entidad y La Contratista suscribieron el Contrato de Locación de Servicios N° 007-2010.

4. El 22 de marzo de 2010, la Entidad inicia un proceso de fiscalización posterior a la documentación presentada por la Contratista.
5. El 25 de junio de 2010, mediante Oficio N° 1815-2010-OS-OAF, la Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, las infracciones incurridas por la Contratista, puesto que estaría inmerso en la causal de presentación de documentos inexactos, a fin de que se le impusiera la sanción administrativa a que hubiere a lugar.

En dicho Oficio, la Entidad indica que en el decurso de la fiscalización posterior iniciada a la documentación de la Contratista, se encontró el Certificado de Trabajo de fecha 22 de julio de 2002, emitido por la empresa Petróleos del Perú S.A. - Petroperú S.A., a favor de Irina Milagros Pintado Pérez, en el cual se señala que la misma prestó sus servicios profesionales a la referida empresa desde enero a julio de 2002.

Asimismo, señala que remitió el Oficio N° 427-2010-OS-OAF/LOG a Petroperú, solicitando la veracidad de dicho documento. En respuesta, la referida empresa indicó a través del Oficio N° LEGL-OP-071-2010 del 6 de abril de 2010, que de acuerdo a lo indicado por el Departamento de Recursos Humanos de Petroperú, la señora Irina Milagros Pintado Pérez, no tuvo relación laboral con dicha empresa.

En virtud a dicha respuesta, la Entidad indicó: “(...) el certificado presentado por la Empresa no reflejaría un hecho concordante con la realidad, por lo que el mismo sería inexacto. (...) no ha presentado documento suficiente que pudiese desvirtuar lo manifestado por Petroperú S.A. en relación a la experiencia certificada”.

6. El 1 de julio de 2010, el Tribunal inicia el procedimiento administrativo sancionador contra la Contratista, por la presunta responsabilidad en la presentación del Certificado de Trabajo emitido por Petroperú, como parte de su propuesta técnica, documento supuestamente falso y/o inexacto, infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley, concordado con el literal i), numeral 1) del artículo 237 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, en lo sucesivo el Reglamento, y lo emplazó para que en un plazo de diez (10) días, formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

7. El 23 de agosto de 2010, la Contratista formula sus descargos, señalando lo siguiente:

“(…) Para Osinergmin el Certificado presentado por BMP y que fue emitido por Petroperú S.A. a favor de la Sra. Irina Milagros Pintado Pérez el 22 de julio de 2002, para dejar constancia que ella prestó servicios profesionales en la referida Entidad desde julio a enero de 2002, no concuerda con lo indicado en el Oficio N° LEGL-OP-071-2010 (...) ya que indica que ‘(...) de acuerdo a lo indicado por el Departamento de Recursos Humanos de nuestra empresa, la señora antes referida (Irina Pintado Pérez) no tuvo relación laboral con Petroperú S.A.’

(...) debemos reconocer que efectivamente la Sra. Irina Pintado Pérez, no mantuvo una relación laboral con Petroperú S.A. durante el periodo objetado, sino por el contrario, un vínculo generado por la prestación de servicios profesionales vía empresas locadoras de servicios (tercerización). Esta aseveración la hemos acreditado desde un comienzo mediante las copias legalizadas de los certificados de trabajo de la COOPERATIVA DE TRABAJO Y FOMENTO DEL EMPLEO MONUMENTAL (por el periodo de 04/03/2002 al 02/04/2002) y de la empresa ROMIN SERVICE S.A.C. (por el periodo de 08/04/2002 al 04/09/2002).

(...) en cuanto al hecho de que las constancias (...) no cubren la totalidad del periodo objeto de fiscalización (...) precisamos que si contamos con diversos documentos que a continuación describimos y adjuntamos, de los cuales se puede concluir de manera rotunda que la prestación de servicios profesionales brindados por la señora Irina Pintado a Petroperú S.A., también comprendió los dos meses de enero y febrero de 2002. Así tenemos:

- La cotización de fecha 11 de enero de 2002 que remitió la Sra. Irina Pintado a Petroperú, relacionada a servicios profesionales a ser brindados en los meses de enero y siguientes.
- La Orden de Trabajo Interna N° VTAS-VR-064-2002 de fecha 23/01/2002 girada por el Departamento de Servicios Seguridad y Logística de Petroperú a la Unidad de Ventas Regionales de dicha entidad pública a consecuencia de los servicios

profesionales brindados por la Sra. Irina Pintado en el mes de enero de 2002 (...).

- Recibo de Honorarios 001 N° 00002 emitido el 28 de enero de 2002 (...) por los servicios profesionales prestados a Petroperú S.A. por el mes de enero de 2002 (...).

(...)

Por lo antes narrado, no se desprende ninguna contravención a normas o principios de nuestra parte (...) siendo categóricos en sostener que el contenido del Certificado emitido por Gerente de Ventas de Petroperú de 22 de julio de 2002, no resulta falso ni inexacto, sino todo lo contrario, plenamente verdadero (...).”

8. Mediante Decreto de fecha 26 de agosto de 2010, se tiene por apercionada a la Contratista, por presentados sus descargos y se remite el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para emitir la resolución correspondiente.
9. Mediante Decreto de fecha 8 de setiembre de 2010, el Tribunal declara fundada la abstención de la Dra. Mónica Yaya Luyo del conocimiento del presente expediente y dispone su reemplazo.
10. Por escrito de fecha 20 de setiembre de 2010, la Contratista adjunta documentación adicional, entre ellas, la Carta cursada por el Sr. Juan Ortiz de Guevara a Petroperú con fecha de recepción 2 de setiembre de 2010, de cuyo contenido se lee: “(...) cumpro con informarle la autenticidad de mi firma en el Certificado de Servicios Profesionales otorgado a la Lic. Irina Milagros Pintado Pérez en el periodo de enero a julio de 2002. Al respecto, reitero lo indicado en dicho certificado de que la Lic. Pintado brindó servicios profesionales con integridad (...).

Considero conveniente precisar que este no es un CERTIFICADO LABORAL, SINO ES UN CERTIFICADO DE SERVICIOS PROFESIONALES brindados por terceros y emitido dentro del marco de mis competencias como Gerente de Ventas de PETROPERÚ y dentro de la política de PETROPERÚ”.

11. El 9 de noviembre de 2010, se llevó a cabo el acto de Audiencia Pública.

12. Por Decreto del 9 de noviembre de 2010, se requirió información adicional a Petroperú y a la Contratista.
13. Mediante escrito de fecha 16 de noviembre de 2010, la Contratista, en relación a la información adicional solicitada, señala lo siguiente:

Los servicios brindados por la señora Irina Pintado durante los meses de enero y febrero de 2002, se realizaron bajo la modalidad de Orden de Trabajo, y el mismo se realizó bajo el título de consultoría, abonándose para ello una retribución mensual de US\$ 200.00.

De otro lado, respecto al requerimiento de acreditación del trabajo efectuado por la señora Pintado en las empresas Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental y Romín Service S.A.C., se señala que (...) de la información que arroja la Web de la Sunat dichas empresas figuran como “no habido” y “baja de oficio”, respectivamente.

14. El 1 de diciembre de 2010, Petroperú remite la información requerida por Decreto de fecha 9 de noviembre de 2010. En relación a lo solicitado, señala que:

“La señora Irina Milagros Pintado Pérez no figura en nuestro sistema de información personal, consecuentemente, no ha tenido relación laboral con nuestra empresa.

Respecto a la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental y la empresa Romín Service S.A.C., en los reparos contables comprendidos del 04/03/2002 al 02/04/2002 y del 08/04/2002 al 04/09/2002, respectivamente, figuran haber facturado a mi representada en los periodos.

De otro lado, no podemos señalar que la señora Irina Milagros Pintado Pérez estuvo destacada en nuestra empresa, por parte de las instituciones mencionadas, en los periodos solicitados.

Sin embargo, en virtud a los reportes contables mencionados, figuran registros de pagos efectuados a la señora Irina Milagros Pintado Pérez, en fecha 31/01/2002 y 11/02/2002, por Honorarios Profesionales (...).”

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo la supuesta responsabilidad de la empresa BMP Ingenieros S.A., en la presentación

Certificado de fecha 22 de julio de 2010 emitido el Exgerente de la empresa Petroperú S.A., como parte de su propuesta técnica, durante la sustanciación de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0249-2009-OSINERGMIN, derivada del Concurso Público N° 0019-2009-OSINERGMIN, para la “Contratación del Servicio para Supervisar la Administración del Centro de Control SCOP - SCOP GLP, PRICE, SIIC y PDJ”, documento supuestamente inexacto.

2. Ahora bien, conforme fue indicado en líneas anteriores, se imputa a la Contratista la comisión de la infracción prevista en la primera parte del literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley y en el literal i) del numeral 1) del artículo 237 de su Reglamento, normas vigentes al momento de suscitarse los hechos imputados, la cual consiste en la presentación de documentos falsos o información inexacta a la Entidad, el Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
3. Al respecto, debe tenerse presente que para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado, es decir, que este no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.

Por otro lado, la infracción referida a documentación inexacta, se configura ante la presentación de documentos no concordantes o congruentes con la realidad, los mismos que constituyen una forma de falseamiento de la realidad, a través del quebrantamiento de los Principios de Moralidad⁽¹⁾ y de Presunción de Veracidad⁽²⁾, de conformidad con lo establecido en el

(1) **Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones.-**

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del Derecho público:

(...)

b) Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contratación de las Entidades están sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

(2) **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

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.

literal b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General.

4. A ello, se debe agregar que el literal c), numeral a) del artículo 42 del Reglamento, señala que los postores son responsables de la veracidad de los documentos e información que presentan para efectos de un proceso de selección determinado.
5. En concordancia con lo anterior, el numeral 42.1 del artículo 42 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que 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, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole *juris tantum*, pues admite prueba en contrario en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existan indicios suficientes que la información consignada no se ajusta a los hechos.
6. En ese sentido, existe en el expediente administrativo, la Carta N° RRHH-RI1380-2010 de 26 de noviembre de 2010, expedida por Petroperú, comunicando al Tribunal lo siguiente:

“La señora Irina Milagros Pintado Pérez no figura en nuestro sistema de información personal, consecuentemente, no ha tenido relación laboral con nuestra empresa.

Respecto a la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental y la empresa Romin Service S.A.C., en los reportes contables comprendidos del 04/03/2002 al 02/04/2002 y del 08/04/2002 al 04/09/2002, respectivamente, figuran haber facturado a mi representada en los periodos.

(...)

Sin embargo, en virtud a los reportes contables mencionados, figuran registros de pagos efectuados a la señora Irina Milagros

Pintado Pérez, en fecha 31/01/2002 y 11/02/2002, por Honorarios Profesionales (...)” (el resaltado es nuestro).

7. Conforme se desprende, las empresas Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental y Romin Service S.A.C., prestaron sus servicios a Petroperú del 4 de marzo de 2002 al 2 de abril de 2002 y del 8 de abril de 2002 al 4 de setiembre de 2002, respectivamente.

Ahora, obran en el expediente administrativo los Certificados de Trabajo de las mencionadas empresas otorgadas a favor de la señora Irina Pintado, siendo que en el expedido por la Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental (reverso, a fojas 15 del expediente) certifica que la señora Pintado trabajó en la misma del **4 de marzo de 2002 hasta el 2 de abril de 2002**, destacada a Petroperú en el cargo de Asistente de Ventas. Asimismo, el Certificado expedido por la empresa Romin Service S.A.C. (fojas 016), señala que la señora Pintado prestó sus servicios a dicha empresa del **8 de abril de 2002 hasta el 4 de setiembre de 2002**, destacada en la Unidad Usuaría de Petroperú.

Conforme se advierte, de la información proporcionada por Petroperú y del contenido de los aludidos Certificados de Trabajo, se tiene que las empresas Cooperativa de Trabajo y Fomento del Empleo Monumental y Romin Service S.A.C., prestaron sus servicios a Petroperú en los periodos indicados. Asimismo, tal como se destaca en los mismos, la señora Pintado habría sido destacada por ambas a Petroperú.

8. En relación a los servicios prestados por la señora Pintado durante el periodo de enero a febrero del 2002, la Contratista ha presentado en su escrito de descargos los siguientes documentos: Cotización de fecha 11 de enero de 2002, recibida por Petroperú el 21 de enero de 2002 (fojas 400), Orden de Trabajo Interna N° VTAS-VR-064-2002 de fecha 23 de enero de 2002 girada por el Departamento de Servicios Seguridad y Logística de Petroperú a la Unidad de Ventas Regionales de dicha entidad pública, siendo la contratista la señora Pintado (fojas 401) y Recibo de Honorarios 001 N° 00002 emitido el 28 de enero de 2002 por sus servicios profesionales del enero de 2002 (402).

En relación a la Orden de Trabajo Interna N° VTAS-VR-064-2002, se advierte que dicho documento fue expedido el 23 de enero de 2002 a la contratista Irina Pintado para la “elaboración de un Estudio de Mercado de la

‘Estación de Servicios Oarrantia’”, siendo la fecha estimada de entrega el 25 de enero de 2002. Es decir, la prestación de los servicios de la señora Pintado solo se produjo en no más de tres (3) días calendario, emitiéndose por dicha labor el Recibo de Honorarios 001 N° 00002, el mismo que según lo informado por Petroperú en su Carta N° RRHH-RI1380-2010, fue cancelado el 31 de enero de 2002. Similar situación se produjo el 11 de febrero de 2002.

De lo expuesto en el presente numeral, se desprende que la señora Irina Pintado Pérez, no ha prestado sus servicios profesionales por todo el periodo enero de 2002, puesto que, conforme la Orden de Trabajo Interna N° VTAS-VR-064-2002, dicho servicio se habría realizado por no más de tres (3) días del mes de enero de 2002. En relación al mes de febrero del mismo año, solo se acredita el pago efectuado el 11 de dicho mes y año.

9. Siendo así, debe tenerse en cuenta que la experiencia, es entendida como la destreza adquirida por la práctica reiterada de una conducta durante un periodo determinado, lo cual es traducido por los empleadores o contratantes en un certificado laboral o de acreditación, certificando que el trabajador o contratista cuenta con un tiempo de experiencia en determinada prestación. En esta línea de pensamiento, la Contratista quiso acreditar con el Certificado del 22 de julio de 2002, que la señora Pintado prestó sus servicios profesionales durante los meses de enero a julio de 2002, es decir, quiso acreditar siete (7) meses de experiencia profesional como empleada de Petroperú, lo cual no resulta congruente con la realidad conforme lo expuesto en el numeral precedente, toda vez que, la señora Pintado no prestó sus servicios el íntegro de los meses de enero y febrero de 2002.
10. En virtud de lo manifestado, ha quedado acreditado que el Certificado del 22 de julio de 2002 presentado por la Contratista en su propuesta técnica del proceso de selección que nos ocupa, contiene información inexacta, por lo que se concluye que la conducta de la Contratista supone una trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad, y por tanto, corresponde imponer sanción administrativa al haberse configurado el hecho como infracción administrativa, según la causal tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley y en el literal i) del numeral 1) del artículo 237 de su Reglamento.
11. En relación con la sanción imponible, el citado artículo 237 establece que aquellos contratistas que presenten documentos falsos o información

inexacta a las Entidades, al Tribunal o al OSCE, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado **por un periodo no menor a un (1) año, ni mayor de tres (3) años**, conforme a los criterios para la determinación gradual de la sanción previstos en el artículo 245 de la misma norma.

12. En torno a ello, resulta importante traer a colación el Principio de Razonabilidad consagrado en el numeral 1.4) del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
13. Dentro de este contexto, este Tribunal estima conveniente determinar la sanción a imponerse a la Contratista, considerando los siguientes factores:
 - i) **La naturaleza de la infracción:** Debe tenerse presente, que esta reviste una considerable gravedad, pues vulnera el Principio de Moralidad que debe regir a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas, conforme a lo prescrito en el literal b) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - ii) **Intencionalidad del infractor:** Se aprecia que se ha buscado acreditar la experiencia del personal propuesto en la propuesta técnica.
 - iii) **Daño causado:** Debemos señalar que este se evidencia con la sola presentación de documentación con información inexacta por parte de la Contratista, puesto que, el solo hecho de establecer causales de aplicación de sanción, supone que su realización conlleva a un menoscabo o detrimento con los fines de la Entidad.
 - iv) **Reiterancia:** La Contratista no ha sido sancionada anteriormente, lo cual obra a su favor como atenuante.
 - v) **Reconocimiento de la infracción:** La Contratista no ha reconocido la infracción antes que sea detectada.
 - vi) **La conducta procesal del infractor:** Se advierte que este cumplió con apersonarse al proceso.

14. En consecuencia, corresponde imponer a la Contratista sanción administrativa de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por el periodo doce (12) meses, por los fundamentos expuestos.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Carlos Salazar Romero y la intervención de los Vocales Dra. Dammar Salazar Díaz y Dr. Martín Zumaeta Giudichi, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 190-2010/OSCE-PRE y al Acuerdo de Sala Plena N° 002-2010-TC, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa BMP INGENIEROS S.A., sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de **doce (12) meses** en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y en el literal i) del numeral 1) del artículo 237 de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, durante el desarrollo de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 0249-2009-OSINERGMIN, derivada del Concurso Público N° 0019-2009-OSINERGMIN, para la “Contratación del Servicio para Supervisar la Administración del Centro de Control SCOP - SCOP GLP, PRICE, SIIC y PDJ”, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Salazar Romero.

Salazar Díaz.

Zumaeta Giudichi

035 **Propuesta técnica: Se presume que la documentación que la sustenta es verdadera**

En un proceso de selección, la Entidad debe considerar que todos los documentos obrantes en la propuesta técnica se condicen fielmente con la realidad, posibilitando de esta manera que la evaluación y análisis de las ofertas se realicen de manera rápida y eficiente evitando una fiscalización de cada hecho aseverado.

Resolución N° 582-2011-TC-S1

Lima, 31 de marzo de 2011

Visto en sesión de fecha 31 de marzo de 2011 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 3048/2008.TC, sobre el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa REPRESENTACIONES MÉDICAS M&M E.I.R.L. contra la Resolución N° 396-2011-TC-S1 de fecha 4 de marzo de 2011; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante publicación efectuada el 28 de mayo de 2008, en el Sistema Electrónico de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Seace), el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico (Ingemmet), en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 019-2008/INGEMMET/OA-UL, para la adquisición de medicinas, bajo el sistema de suma alzada, por un valor referencial equivalente a S/. 55 707,00 (cincuenta y cinco mil setecientos siete con 00/100 nuevos soles), incluidos los impuestos de Ley.

El presente procedimiento está referido al ítem 1: Medicinas Varias, cuyo valor referencial asciende a S/. 53 331,00 (cincuenta y tres mil trescientos treinta y uno con 00/100 nuevos soles).

2. El 17 de junio de 2008, se publicaron los resultados del proceso de selección, adjudicándose la buena pro a favor de la empresa REPRESENTACIONES MÉDICAS M&M E.I.R.L., en adelante el Postor.

3. El 24 de junio de 2008, Mega Medical S.A.C., en adelante MEGA MEDICAL, interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la buena pro, a fin que se descalifique a REPRESENTACIONES MÉDICAS, por haber presentado documentación inexacta.

Sostuvo MEGA MEDICAL que diversos productos ofertados por REPRESENTACIONES MÉDICAS provienen del extranjero, tales como Atural (Uruguay), Bisturí N° 20 (China), Curitas (Colombia), Dayflu (Colombia), Diclofenaco gel (Colombia), Migradorixina (Colombia), Plidan Compuesto (Colombia); razón por la cual consideró que la Declaración Jurada en la que manifiesta que oferta productos de origen nacional contiene información inexacta que indujo a error al Comité Especial, quien le asignó indebidamente la bonificación del 20% adicional sobre la sumatoria de su puntaje final. En tal sentido, agregó que el referido postor presentó el Registro Sanitario del diclofenaco gel emitido a favor de Laboratorios Genfar, en el que se precisa que dicho medicamento es elaborado en el extranjero.

4. Con Resolución N° 2102-2008-TC-S1 de fecha 24 de julio de 2008, la Primera Sala del Tribunal dispuso declarar fundado el recurso de apelación presentado y en virtud a ello, dispuso abrir expediente de aplicación de sanción al Postor por supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o inexactos respecto del ítem N° 1 de la Adjudicación Directa Selectiva N° 019-2008/INGEMMET/OA-UL, toda vez que se corroboró que no toda la integridad de bienes ofertados habían sido elaborado en territorio nacional, lo que se demostró con el Registro Sanitario presentado por el Postor.
5. Mediante escrito de fecha 2 de octubre de 2008, el Postor presentó sus descargos en los siguientes términos:
 - a. Reconoció que por error se señaló que los productos ofertados eran de origen nacional, pues no se tuvo la intención de causar daño alguno, ni mucho menos inducir en error al Comité Especial, toda vez que al presentar dichos productos se acompañó el registro sanitario donde se hace mención expresa de lugar de fabricación, por lo que no habría resultado lógico intentar ocasionar daño o sorprender a la Entidad.

- b. Asimismo, se indicó que en la AMC N° 0030-2007-INGEMMET, la Entidad otorgó el 20% de bonificación adicional por productos nacionales a todo un paquete que contenía productos nacionales e importados, siendo la beneficiada de la buena pro en esa oportunidad la empresa MEGS MEDICAL S.A.C., que también presentó una declaración jurada de producto nacional.
 - c. A efectos de graduar la sanción, solicitó a este colegiado tener en cuenta su falta de intencionalidad en presentar el documento con información inexacta, así como no tener antecedentes de sanciones previas y haber reconocido la infracción cometida así como haber presentado sus descargos oportunamente.
6. Mediante decreto de fecha 17 de enero de 2011, en virtud a que con Resolución N° 190-2010-OSCE/PRE de fecha 29 de marzo de 2010 se reconfirmó las cuatro salas del Tribunal, se dispuso remitir el presente expediente a la Primera Sala del a efectos que emita pronunciamiento.
7. Mediante Resolución N° 396-2011-TC-S1 de fecha 4 de marzo de 2011, la Primera Sala impuso al Postor la sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de cuatro (4) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 9) del artículo 294 del Reglamento.

Dicha Resolución fue notificada al Contratista mediante Cédula N° 6211/2011.TC el 8 de marzo de 2011.

8. Con escrito presentado el 15 de marzo de 2011, el Contratista interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 396-2011-TC-S1, en el que solicitó se le exima de sanción o en su defecto se reduzca la sanción por debajo del límite fijado.

Los fundamentos del recurso de reconsideración son los siguientes:

- i) El impugnante indica que no tuvo la intención de transgredir el principio de Presunción de Veracidad, toda vez que de un análisis integral de la propuesta presentada, se puede advertir sin un mayor análisis que se acompañó a cada uno de los productos que fueron cuestionados el registro sanitario en donde se hace mención expresa del lugar de fabricación de cada uno de los productos.

- ii) Según el Contratista no existió dolo por parte de su representada al presentar la Declaración Jurada de producto nacional, toda vez que la mayoría de los productos ofrecidos eran de origen nacional, y se siguió el criterio de la Entidad, según el cual en un proceso similar se le otorgó la bonificación del 20% adicional a la empresa Mega Medical S.A.C. y se le otorgó la buena pro, pese a que no todos los productos ofertados eran de origen nacional.
 - iii) De conformidad al Principio de Verdad Material, la Entidad debe realizar un análisis integral de los documentos presentados como parte de su propuesta técnica, pudiéndose advertir la calidad de los productos y la intención de su empresa.
 - iv) Si bien el Tribunal de Contrataciones del Estado ha sido benevolente al imponer la sanción, se solicita se evalúen los hechos y se declare fundado el presente recurso impugnativo o en su defecto se reduzca la sanción.
 - v) Debe considerarse que no se tiene antecedentes de sanciones administrativas.
 - vi) En los descargos se reconoció que por un error involuntario se presentó la declaración jurada con información inexacta.
9. El 16 de marzo de 2011 se admitió a trámite el recurso de reconsideración interpuesto por el Contratista y se remitió el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis la impugnación interpuesta por el Contratista contra lo dispuesto en la Resolución N° 396-2011-TC-S1 del 4 de marzo de 2011, mediante la cual se le impuso cuatro (4) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por haber presentado documentos inexactos durante su participación en la Adjudicación Directa Selectiva N° 019-2008/INGEMMET/OA-UL.

Análisis sobre la procedencia del recurso de reconsideración

2. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal ha sido regulado en el artículo 249 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, aplicable en materia procedimental al caso de autos. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo 249, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación de la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.
3. En relación a lo expuesto, corresponde a esta Sala determinar si el recurso materia de análisis fue interpuesto oportunamente, es decir, dentro del plazo otorgado expresamente por la normativa para dicho fin.
4. Atendiendo a las normas antes glosadas, así como a la revisión de la documentación obrante en autos, esta Sala aprecia que la recurrida fue notificada al Contratista a través de la Cédula N° 6211/2011.TC, diligenciada el 8 de marzo de 2011.
5. Estando a lo anterior, se advierte que el Contratista podía interponer válidamente el recurso impugnativo correspondiente dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, en virtud a lo establecido en el artículo 249 del citado Reglamento; es decir, hasta el 15 de marzo de 2011. Por lo tanto, habiendo sido presentado el recurso de reconsideración el 15 de marzo del año en curso, este resulta procedente, correspondiendo a este Colegiado evaluar la impugnación que nos ocupa.

Respecto a los argumentos de la reconsideración

El impugnante sustenta su pretensión de exonerarlo de sanción o reducirla por debajo del mínimo legal en virtud a los siguientes argumentos:

6. Alega en su reconsideración que no tuvo la intención de transgredir el Principio de Presunción de Veracidad, pues su conducta no tuvo dolo al realizarla, toda vez que de un análisis integral de la propuesta presentada, se puede advertir, sin un mayor análisis, que se acompañó a cada uno de los bienes que fueron cuestionados el registro sanitario en donde se hace mención expresa del lugar de fabricación de cada uno de los productos.

7. En relación a ello, debe indicarse al Contratista que, la presunción de veracidad consiste en el deber de la Entidad de suponer que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan⁽³⁾. Es decir, en un proceso de selección, la Entidad debe considerar que todos los documentos obrantes en la propuesta técnica se condicen fielmente con la realidad, posibilitando de esta manera que la evaluación y análisis de las ofertas se realicen de manera rápida y eficiente evitando una fiscalización de cada hecho aseverado.

Dicha presunción se desvirtúa no solo con indicios de haber tergiversado o adulterado la realidad, sino que debe ser corroborado o confirmado mediante hechos que otorguen certeza respecto la discordancia entre lo indicado por un postor y las situaciones realmente acaecidos.

8. En el presente caso, tal como se indicó en la resolución impugnada, se ha corroborado que el postor presentó una declaración jurada con información inexacta, pues como el mismo señaló, por error se aseveró que todos los bienes ofertados en el proceso eran de procedencia nacional, cuando esto no se ajustaba a la realidad, toda vez que muchos los bienes presentados, tales como el Diclofenaco en gel y la Migradorixina son de procedencia colombiana.
9. Con dicha constatación se evidenció que se había desvirtuado el Principio de Presunción de Veracidad, y por ende, se configuró la causal tipificada como sancionable, descrita en el numeral 9) del artículo 294 del Reglamento vigente al suscitarse los hechos, la cual, establece como único supuesto de hecho que se haya presentado documentos falsos o inexactos ante las Entidades o el Consudoce (hoy OSCE), sin mediar ningún elemento volitivo en el actor de la infracción, tales como la culpa o el dolo, circunstancias que no han sido previstas para evaluar la tipificación de dicha conducta y que por ello, no puede considerarse la falta de intencionalidad como un argumento que exima de responsabilidad al postor.
10. Adicionalmente a lo expuesto, es preciso resaltar que el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444 establece que todas las declaraciones

(3) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentario a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. p. 74.

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, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo**⁽⁴⁾.

11. Acorde con lo manifestado, el inciso 4) del artículo 56 del mismo cuerpo legal, estipula como uno de los **deberes generales de los administrados, la comprobación de la autenticidad previamente a su presentación ante la entidad, de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.**

Nótese en este punto que el mencionado artículo no ha establecido excepciones para el cumplimiento de este deber.

12. De otro lado, el impugnante alega que en virtud al **Principio de Verdad Material**, la Entidad debió realizar un análisis integral de los documentos presentados como parte de su propuesta técnica, pudiéndose advertir la calidad de los productos y la intención de su empresa.
13. Al respecto, debe señalarse que el referido principio hace referencia a que las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independientemente de cómo hayan sido alegadas y, en su caso, probadas por los administrados⁽⁵⁾.

En virtud a la aplicación de dicho principio, se ha podido determinar que la declaración jurada (Anexo N° 06 - Declaración Jurada de Bienes Elaborados en Territorio Nacional) contenía información inexacta, pues conforme se expresó en los fundamentos 15, 16 y 17 de la recurrida, se evidenció que el Postor aseveró un hecho que se contradecía con la realidad, al declarar que los bienes ofertados eran de procedencia nacional, hecho objetivo que configura el tipo administrativo de información inexacta.

(4) Esta presunción es de índole *juris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos.

(5) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentario a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. p. 80.

14. Enfocados los hechos desde esta perspectiva de análisis, este Colegiado considera que el Postor no se encuentra exento del deber general de comprobación impuesto en virtud del numeral 4 del artículo 56 de la Ley N° 27444, más aún debido a que en dicho articulado tampoco se han establecido supuestos de hecho en cuya virtud se exonere a los administrados del cumplimiento de este deber, tal como se ha resaltado precedentemente.
15. Por tanto, siendo que Representaciones Médicas no verificó diligentemente la veracidad de la Declaración Jurada de Bienes Elaborados dentro del Territorio Nacional que presentó en el marco del proceso de selección, y que ulteriormente adjuntaron a su oferta técnica, esta Sala concluye que deben asumir la responsabilidad por la presentación de dicho documento, el cual es inexacto.

En relación a la graduación de sanción

16. El impugnante ha indicado que si bien es cierto, el Tribunal ha sido benevolente al aplicar la sanción administrativa, solicita se le disminuya dicho plazo por debajo del mínimo legal establecido.
17. Debe indicarse que, al emitir el acto administrativo recurrido, este Colegiado ha tomado en consideración el artículo 302 del Reglamento de la Ley, en el cual se establecen los criterios necesarios para graduar la sanción administrativa.
18. Asimismo, este Tribunal ha establecido que los criterios de graduación son aplicables de acuerdo a cada caso en particular, ello toda vez que no todos los criterios de graduación podrán ser aplicados a todos los casos que se presenten sino que, por el contrario, estos aspectos deben ser valorados en la medida que estén directamente relacionados con la infracción cometida.
19. En el caso concreto, este Colegiado valoró la **naturaleza de la infracción** cometida, vinculada a la falta de responsabilidad y diligencia del postor en la información presentada en un proceso de selección, vulnerando de esta manera el Principio de Moralidad, la **conducta procesal del infractor**, quien se apersonó a la instancia y formuló sus descargos. Asimismo, esta Sala también valoró criterios a favor del Contratista para atenuar su responsabilidad, tal como lo es el hecho de que la infracción cometida no haya sido producto de la **reiterancia**.

Por estas consideraciones, y al amparo de lo establecido en los artículos 294⁽⁶⁾ y 302⁽⁷⁾ Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en el **Principio de Razonabilidad**, se determinó conveniente imponer al Contratista una sanción de cuatro (4) meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado.

20. Ahora bien, en cuanto a lo peticionado por el Contratista de reducirle la sanción administrativa por debajo del mínimo legal, debe indicarse que tal como indica el artículo 302 antes descrito, el **Tribunal podrá disminuir la sanción hasta límites inferiores al mínimo fijado para cada caso, cuando considere que existen circunstancias atenuantes de la responsabilidad del infractor.**
21. Mediante el presente recurso impugnativo, el Postor no ha presentado ningún hecho adicional o una nueva prueba que este Colegiado no haya evaluado y amerite reducir la sanción administrativa por debajo del mínimo legal, pues todas las circunstancias y elementos para imponer la sanción ya han sido tomados en cuenta al momento de resolver.
22. Consecuentemente, siendo que durante la sustanciación del presente procedimiento, el Contratista no ha aportado nueva prueba o alegado hechos que

(6) **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;

Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos 3), 7), 8), 9), 10) y 11) precedentes, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de tres (3) meses ni mayor de un (1) año.

Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos 1), 2), 4), 5) y 6) precedentes, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor a un (1) año ni mayor de dos (2) años.

La imposición de las sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse de las infracciones cometidas”.

(7) **Artículo 302.- Determinación gradual de la sanción.-**

Para graduar la sanción a imponerse conforme a las disposiciones del presente Título, se considerarán los siguientes criterios:

- 1) Naturaleza de la infracción.
- 2) Intencionalidad del infractor.
- 3) Daño causado.
- 4) Reiterancia.
- 5) El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- 6) Circunstancias de tiempo, lugar y modo.
- 7) Condiciones del infractor.
- 8) Conducta procesal del infractor.

ameriten que se le exima de responsabilidad o se le disminuya la sanción de inhabilitación temporal impuesta, este Tribunal considera que existe responsabilidad administrativa por los hechos imputados, tal como se indicó en la resolución materia del presente recurso de reconsideración, razón por la que la impugnación deviene infundada, confirmándose la sanción impuesta; debiendo tenerse en cuenta que con la presente decisión se agota la vía administrativa a fin que, de estimarlo conveniente a sus intereses, dicha empresa haga uso de los mecanismos que la ley prevé.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dra. Janette Elke Ramírez Maynetto, y la intervención de los Vocales Dr. Carlos Navas Rondón y Dra. Ada Basulto Liewald, y atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N°103-2011-OSCE/PRE, expedida el 15 de febrero de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa REPRESENTACIONES MEDICAS M&M E.I.R.L., contra lo dispuesto en la Resolución N° 396-2011-TC-S1, por los fundamentos expuestos, debiendo archivarse el presente expediente.
2. Ejecutar la garantía recaudada para la interposición del recurso de reconsideración materia de decisión.
3. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.
4. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Navas Rondón.

Ramírez Maynetto.

Basulto Liewald.

036 **Configuración: Cuando los documentos no son expedidos por el agente emisor o fueron adulterados**

Para la configuración del supuesto de presentación de documentación falsa, se requiere previamente acreditar su falsedad, esto es que el documento o los documentos cuestionados no hayan sido expedidos por el órgano o agente emisor o que, siendo válidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido.

Resolución N° 598-2011-TC-S4

Lima, 6 de abril de 2011

Visto, en sesión de fecha 4 de abril de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 0402/2009.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra Vigilancia y Seguridad de Judá S.R.L., por la supuesta responsabilidad al haber presentado supuesta documentación falsa o inexacta en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2008-GR.PASCO/SERVICIO (tercera convocatoria) y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 16 de mayo de 2008, el GOBIERNO REGIONAL DE PASCO, en adelante la Entidad, convocó el proceso de selección, Adjudicación de Menor Cuantía N° 0007-2008-GR.PASCO/SERVICIO (Tercera Convocatoria), para la “contratación de servicios de seguridad y vigilancia para la custodia de las instalaciones del Gobierno Regional de Pasco” por un valor referencial ascendente a S/. 120,000.00 (ciento veinte mil con 00/100 nuevos soles) incluidos los impuestos de Ley.
2. Con fecha 22 de mayo de 2008, se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas.
3. El 23 de mayo de 2008, se realizó el acto de otorgamiento de la Buena Pro, la misma que fue adjudicada a favor de la empresa VIGILANCIA Y SEGURIDAD LEÓN DE JUDA S.R.L., en adelante La Contratista.

4. Con fecha 12 de junio de 2008, la Entidad y la Contratista suscribieron el contrato N° 755-208.G.R.PASCO/PRES.
5. A través de Memorando N° 033-2009/DOP-JAS de fecha 28 de enero de 2009, la Dirección de Operaciones de Consucode, hoy OSCE, remitió al Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la denuncia formulada por el señor Carlos Augusto Hilario Rivas, en adelante el Denunciante, contra la Contratista, al haber incluido como parte de su propuesta técnica, documentación falsa, presentada en el proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2008-G.R.PASCO/SERVICIOS.

En efecto, el memorando señalado anteriormente, adjuntó el escrito N° 1 de fecha 16 de setiembre de 2008, en el cual la Denunciante comunicó, entre otros, que la Contratista habría presentado documentación supuestamente inexacta, al incluir como parte de su propuesta técnica, una Constancia en la cual se consignaba que estaba en trámite la Resolución Directoral que otorga la licencia de vigilancia privada, expedida por la DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE SEGURIDAD CONTROL DE ARMAS MUNICIÓN (Discamec), a nivel nacional.

6. Tomando en consideración la denuncia presentada, mediante decreto de fecha 2 de febrero de 2009, se corrió traslado a la Entidad, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles, cumpla con remitir un Informe Técnico Legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la Contratista por haber incurrido en la causal de sanción por haber presentado supuesta documentación falsa o inexacta, documento en el cual debía señalar de manera clara y precisa los documentos supuestamente falsos o inexactos. Asimismo, se le solicitó remitir copia del poder o de la resolución del representante de la Entidad, copia de su documento de identidad, presentar los antecedentes administrativos debidamente foliados y ordenados cronológicamente y señalar el domicilio procesal en Lima y el domicilio cierto de la empresa supuestamente infractora.
7. A través del escrito presentado el 2 de abril de 2009, la Entidad comunicó a este Tribunal lo siguiente:
 - a) A consecuencia de la denuncia presentada, mediante Oficio N° 005-2009-GR.PASCO-DGA/DA de fecha 4 de marzo de 2009, se solicitó a la DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL DE SERVICIOS

DE SEGURIDAD CONTROL DE ARMAS MUNICIÓN (Discamec) que se sirva a pronunciar sobre la veracidad de la Constancia emitida a favor de la Contratista.

- b) No obstante lo señalado anteriormente, resulta imposible evaluar la procedencia y presunta responsabilidad de la Contratista, ya que dicha dirección no se ha pronunciado respecto a lo solicitado, a pesar de los constantes requerimientos que se le viene efectuando, por lo que no se cuenta con los suficientes medios probatorios para evaluar la veracidad de la acotada constancia.
8. Mediante decreto de fecha 7 de abril de 2009, se reiteró a la Entidad que cumpla con remitir el Informe Técnico Legal sobre la procedencia y presunta responsabilidad de la Contratista al haber incluido, como parte de su propuesta técnica, supuesta documentación falsa o inexacta; asimismo, se le solicitó que señale de manera clara y precisa, cuáles son los documentos supuestamente falsos o inexactos, debiendo adjuntar copias de cada uno de ellos.
9. Teniendo en consideración que la Entidad no cumplió con remitir la documentación solicitada, mediante decreto de fecha 3 de julio 2009, se hizo efectivo el apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y se remitió el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal, para evaluar la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra la Contratista.
10. Con escrito presentado el 10 de julio de 2009, la Entidad señaló que con fecha 6 de abril de 2009 recibió el Oficio N° 6370-2009-IN-1704 emitido por la DIRECCIÓN GENERAL DE CONTROL DE SERVICIOS DE SEGURIDAD CONTROL DE ARMAS MUNICIÓN (Discamec), en la misma que se consignó que no ha expedido la Constancia de fecha 20 de abril de 2008 emitida a favor de la Contratista, por lo cual, mediante Resolución Ejecutiva Regional N° 315-2009-G.R.PASCO/PRES, La Entidad declaró nulo el Contrato N° 755-2008-G.R.PASCO/PRES.
11. A través del decreto de fecha 30 de marzo de 2010, atendiendo a la designación de los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, dispuesta por Resolución Suprema N° 044-2010-EF del 23 de marzo de 2010, así como a la Resolución N° 190-2010-OSCE/PRE de fecha 29 de marzo de 2010, que designó a los vocales conformantes de las salas del Tribunal, el

- expediente fue reasignado a la Primera Sala del Tribunal para su conocimiento y resolución.
12. Mediante Acuerdo N° 616/2010.TC-S1 de fecha 22 de diciembre de 2010, se acordó disponer el inicio de procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Vigilancia y Seguridad León de Juda S.R.L. por haber incluido, como parte de su propuesta técnica, documentación supuestamente falsa o inexacta.
 13. Con decreto de fecha 22 de diciembre de 2010, se inició el procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, otorgándole el plazo de diez (10) días para que cumpla con presentar sus descargos. El mencionado decreto fue diligenciado mediante Cédula de Notificación N° 31934/2010-TC el 3 de enero de 2011, fecha en la cual fue devuelta por el servicio de mensajería por que la dirección no tenía datos suficientes.
 14. Con decreto de fecha 12 de enero de 2011, se dispuso el sobrecarte del decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, el mencionado decreto fue diligenciado mediante Cédula de Notificación N° 1057/2011.TC la cual fue devuelta por el servicio de mensajería, toda vez que el Contratista se mudó de la dirección en que se llevó a cabo la diligencia de notificación.
 15. En ese sentido, mediante decreto de fecha 1 de febrero de 2011, se dispuso la publicación del decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista. Mediante publicación en el Boletín Oficial del diario oficial *El Peruano* de fecha 15 de febrero de 2011, se notificó al Contratista el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador.
 16. Con decreto de fecha 23 de marzo de 2011, se hizo efectivo apercibimiento decretado de resolver con la documentación obrante en autos, toda vez que el Contratista no cumplió con presentar sus descargos pese al plazo otorgado y haber estado debidamente notificado. Asimismo, se dispuso la remisión del presente expediente administrativo a la Cuarta Sala del Tribunal para que emita el pronunciamiento correspondiente.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado a causa de la imputación formulada contra el Contratista referida a la

presentación de documentación falsa o inexacta en Adjudicación de Menor Cuantía N° 007-2008-G.R.PASCO/SERVICIOS.

2. En ese sentido, considerando el momento de la producción de los hechos materia de la imputación, la determinación de la presente infracción administrativa debe ser analizada de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, aprobados mediante Decretos Supremos N° 083-2004-PCM y N° 084-2004-PCM, en lo sucesivo la Ley y el Reglamento.
3. Al respecto, la infracción imputada al Postor corresponde a la señalada en el numeral 9) del artículo 294 del Reglamento⁽⁸⁾, la cual se configura con la sola presentación de documentos falsos y/o inexactos ante la Entidad o el Consucode (hoy OSCE), es decir con la sola afectación del **Principio de Presunción de Veracidad**⁽⁹⁾ consagrado en el acápite 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, del Procedimiento Administrativo General, sin que la norma exija otros factores adicionales, por cuanto la Administración Pública presume que todos los documentos y declaraciones formuladas por los administrados responden a la verdad de los hechos que ellos afirman.
4. Por otro lado, el literal c) del artículo 76 del Reglamento establece que los postores y/o contratistas **son responsables de la veracidad de los documentos e información que presentan para efectos de un proceso de selección determinado**.
5. Asimismo, el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que todas las declaraciones juradas, los documentos sucdáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos ad-

(8) **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, postores y/o contratistas que:

(...).

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

(9) **El Principio de Presunción de Veracidad** consiste en “el deber de suponer –por adelantado y con carácter provisorio– que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento que intervengan (rige tanto las relaciones de la Administración Pública con sus agentes como con el público). Sustituye la tradicional duda o escepticismo de la autoridad sobre los administrados”. MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 4ª edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005; pp. 74-75.

ministrativos, **se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo.** Sin embargo, esta presunción es de índole *juris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos.

6. Ahora bien, para la configuración del supuesto de presentación de documentación falsa, se requiere previamente acreditar su falsedad, esto es que el documento o los documentos cuestionados no hayan sido expedidos por el órgano o agente emisor o que, siendo válidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido.

Por otro lado, la infracción referida a información inexacta se configura ante la presentación de documentos no concordantes con la realidad, que constituye una forma de falseamiento de la misma, a través del quebrantamiento de los **Principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad.**

7. En el caso materia de análisis, la imputación efectuada contra el Postor está referida a que este habría presentado, como parte de su propuesta técnica, documento falso o inexacto, consistente en la Constancia supuestamente emitida por la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad Control de Armas Munición (Discamec) de fecha 20 de abril de 2008 (fojas 0025).
8. Sobre el particular, obra en el presente expediente administrativo a fojas 283, el Oficio N° 6370-2009-IN-1704 de fecha 2 de abril de 2009, por el cual la Dirección General de Control de Servicios de Seguridad Control de Armas Munición, a través de su Director (e) de Control de Servicios de Seguridad Privada, señor Jorge Enrique Vera Penachí, señala respecto del documento cuestionado lo siguiente:

“Por especial encargo del Director de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos de Uso Civil - Discamec, tengo el agrado de dirigirme a Ud. en atención al documento de la referencia para hacer de su conocimiento que esta Dirección de Control de Servicios de Seguridad Privada-DCSSP de la Discamec, no ha expedido la CONSTANCIA que adjunta al documento, además a empresa León de Juda S.R.L. no tiene la Resolución Directoral que le autorice a desarrollar actividades como empresa de vigilancia privada”.

9. En tal sentido, y con base en lo expuesto, queda demostrado que el Contratista presentó ante la Entidad una Constancia de la Discamec **falsa**; con la finalidad de participar en el proceso de selección materia del presente expediente administrativo, toda vez que, **para acreditar este tipo de infracción basta que el documento cuestionado no haya sido expedido por el órgano o agente emisor conforme lo confirmó la Dirección General de Control de Armas Munición.**
10. En consecuencia, en el caso materia de autos se ha verificado la existencia de un innegable vínculo entre el Contratista y la conducta prevista en la norma como infracción. Por este motivo, debe concluirse que la infracción se ha cometido y que su autor ha sido el Contratista.
11. Por lo expuesto, este Colegiado considera que en el presente caso se ha configurado la infracción tipificada en el inciso 9) del artículo 294 del Reglamento y, consecuentemente, existe mérito suficiente para imponer la correspondiente sanción administrativa.
12. Ahora bien, cabe señalar que, para la infracción cometida por el Contratista el Reglamento ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por un periodo no menor de tres (3) ni mayor de doce (12) meses.
13. En ese orden de ideas, para graduar la sanción a imponerse, este Colegiado debe tener en consideración los criterios consignados en el artículo 302 del Reglamento.
14. Al respecto, debe tenerse en consideración que, por su naturaleza, la infracción cometida reviste una considerable gravedad, debido a que vulnera los **Principios de Veracidad y de Moralidad** que debe regir a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas. Por lo demás, dicho principio, junto a la **fe pública**, constituyen bienes jurídicos merecedores de protección especial, pues constituyen los pilares de las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los administrados.
15. Asimismo, se considera que el daño causado, surge con la sola configuración de la causal tipificada como sancionable, puesto que, el solo hecho de establecer causales de aplicación de sanción, supone que su realización conlleva a un menoscabo o detrimento en los fines de la Entidad, ello se agrava debido a que la Entidad tuvo que declarar la nulidad del Contrato

N° 755-2008-G.R.PASCO/PRES de fecha 12 de junio de 2008, suscrito con el Contratista.

16. Respecto de la conducta procesal, conviene precisar que el Contratista durante la sustentación del presente procedimiento administrativo sancionador no ha presentado sus descargos dentro del plazo concedido. No obstante ello, obra a favor del Contratista el elemento atenuante consistente en la ausencia de antecedentes en la comisión de infracciones, hecho que deberá ser tomado en cuenta al momento de graduar la sanción a imponerse.
17. Finalmente, resulta importante traer a colación el **Principio de Razonabilidad** consagrado en el numeral 3 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, por medio del cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
18. Finalmente, es pertinente indicar que la falsificación de documentos constituye un ilícito penal, previsto y sancionado en el artículo 427 del Código Penal⁽¹⁰⁾, el cual tutela como bien jurídico la fe pública y la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado. Por tanto, de conformidad con el numeral 9) del artículo 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE - ROF debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos para que proceda conforme a sus atribuciones.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Martín Zumaeta Giudichi y la intervención de los Vocales Doctores Jorge Silva Dávila y Dammar Salazar Díaz, y atendiendo a la

(10) **Artículo 427.- Falsificación de documentos**

El que hace, en todo o en parte, un documento falso o altera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador o con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si se trata de un documento privado.

conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 15 de febrero de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 53, 59 y 61 aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa **Vigilancia y Seguridad León de Judá S.R.L.** sanción administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de ocho (8) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 9) del artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, la cual entrará en vigencia a partir del sexto de día de notificada la presente Resolución.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.
3. Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio Público para los fines pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Zumaeta Giudichi.

Salazar Díaz.

037 Configuración: Se produce con la sola presentación del documento falso o inexacto

Los postores, proveedores y/o contratistas incurrir en infracción susceptible de sanción cuando presenten documentos falsos o declaraciones juradas con información inexacta en los procedimientos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores. Dicha infracción se configura con la sola presentación del documento falso o inexacto, sin que la norma exija otros factores adicionales.

Resolución N° 928-2011-TC-S4

Lima, 31 de mayo de 2011

Visto, en sesión de fecha 26 de mayo de 2011, de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 421/2011.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa C.R. CONTRATISTAS S.A. (C.R. CONSA), por la supuesta responsabilidad al haber presentado documentación supuestamente falsa o inexacta en los procedimientos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 18 de julio de 2008, el representante legal de la empresa C.R. CONTRATISTAS S.A. (C.R. CONSA), en adelante el Proveedor, solicitó el aumento de capacidad máxima de contratación como ejecutor de obras ante el Registro Nacional de Proveedores, en lo sucesivo RNP, trámite que fue aprobado mediante Resolución N° 7980/2008-CONSUCODE/SRNP de fecha 28 de agosto de 2008, otorgándole una Capacidad Máxima de Contratación de Tres Millones Doscientos Diecisiete Mil Ochocientos Cuarenta y Cinco y 16/100 Nuevos Soles (S/. 3'217,845.16), expidiéndole

el Certificado de inscripción N° 4212 de fecha 28 de agosto de 2008, con vigencia hasta el 21 de febrero de 2009, al haber cumplido con adjuntar los requisitos legales correspondientes.

2. De conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la Ley N° 27444, se dispuso la fiscalización posterior a la documentación presentada por el Proveedor.
3. Con Oficio N° 1175-2009-OSCE-DSF/SFIS.LP de fecha 28 de abril de 2009, recibido el 19 de mayo de 2009, se solicitó al Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas, informar por escrito si se encontraba laborando como miembro del plantel técnico del Proveedor o, de ser el caso, indique la fecha de su renuncia.
4. Mediante Oficio N° 001-2008-ING.H.G.R.V. de fecha 22 de mayo de 2009, recibido el 26 de mayo de 2009, el Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas manifestó entre otros aspectos, que no pertenece al plantel técnico del Proveedor.
5. Posteriormente, con Oficio N° 002-2008-ING.H.G.R.V. de fecha 4 de junio de 2009, recibido el 8 de junio de 2009, el Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas manifestó que en ningún momento ha formado parte del plantel técnico del Proveedor, motivo por el cual no existe carta de renuncia; además indicó que la firma consignada en la Declaración Jurada de integrantes del Plantel Técnico presentado por el Proveedor, es falsa.
6. En atención a lo antes expuesto, con fecha 7 de agosto de 2009, se efectuó la pericia grafo técnica, la cual concluyó que “la firma atribuida al Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas consignada en el original de la Declaración Jurada de Integrantes del Plantel Técnico presentado por el Proveedor, en su trámite de aumento de capacidad máxima de contratación como ejecutor de obras, ante el RNP, sin fecha a la vista, no proviene del puño grafico de su titular.
7. Por otro lado, con Oficio N° 1179-2009-OSCE-SF/SFIS.LP de fecha 28 de abril de 2009, se solicitó al Colegio de Ingenieros del Perú informar si ha otorgado el Certificado de Inscripción y Habilitación Profesional N° 010509, de fecha 30 de julio de 2008 a favor del Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas.

8. Con Oficio N° 119-2009-CIP-CDA-HZ/DS de fecha 11 de junio de 2009, el Colegio de Ingenieros del Perú, manifestó que el Certificado de Inscripción y Habilitación Profesional N° 010509 no corresponde a su institución, toda vez que el número de dicho certificado corresponde al Ingeniero regalado Sánchez Manuel Antonio y, el Recibo de Ingreso N° 025652 pertenece al mencionado ingeniero.
9. Mediante Resolución N° 084-2010-OSCE/DS de fecha 22 de marzo de 2010, la Dirección del Seace dispuso, entre otros, disponer las acciones legales, vía proceso contencioso-administrativo de la solicitud de nulidad de la Resolución N° 7982/2008-CONSUCODE/SRNP de fecha 28 de agosto de 2008.
10. Con Memorando N° 306-2011/DS-MSH presentado el 30 de marzo de 2011, la Dirección del Seace informó al Tribunal los hechos antes expuestos.
11. Mediante decreto de fecha 4 de abril de 2011, la Secretaría del Tribunal dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Proveedor, por su supuesta responsabilidad al haber presentado documento supuestamente falso o inexacto en su trámite de Aumento de Capacidad de Contratación como Ejecutor de Obras seguido ante el RNP. Asimismo, se le otorgo el plazo de diez días hábiles para que remita sus descargos. El referido decreto fue diligenciado y notificado mediante Cédula de Notificación N° 10266/2011.TC el 23 de abril de 2011.
12. Con escrito presentado el 6 de mayo de 2011, en la Oficina Desconcentrada del OSCE del ciudad de Huaraz y el 9 de mayo de 2011, en la Mesa de Partes del Tribunal, el Proveedor presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - “(...) reconocemos conforme a las pericias e informes que el **certificado de habilidad es falso y que la firma ha sido suplantada en el trámite seguido** sin embargo rogamos al Tribunal considere nuestra falta de intencionalidad en todos estos hechos, a fin que se imponga una sanción más benigna (...)”.
 - Señala el Proveedor que su representada no tenía en ejecución ninguna obra y que no la tuvo hasta después de seis meses de aprobarse el trámite materia de la denuncia.

- Al tratarse de un trámite nuevo, señala el Proveedor, y estando cursando estudios en la ciudad de Lima su hijo Epifanio Martín Carbajulca se le solicitó averiguar los requisitos y como se efectuaba el trámite en mención, el cual al ver que era complicado y estando en la oficinas de Consucode, manifiesta el Proveedor, el señor Rolando Roque Vásquez se acercó y explicó el trámite y gentilmente y mostrando documentos de trámites diversos de empresas de Ancash, se ofreció a hacer el trámite en cuestión. Que en su oportunidad se le entregó las fichas firmadas del caso faltando llenarlos correctamente y recabar las firmas y el certificado de habilidad del plantel técnico así como la información contable procediéndose a darles la dirección y teléfonos de las personas quienes debían proporcionar las mismas al tramitador.
- En ese sentido, señala el Proveedor, que el trámite se dio con la normalidad del caso y concluyó conforme, y no tuvo información alguna del ingeniero, ni del tramitador ni de nadie sobre algún problema.
- Asimismo, agrega el Proveedor que cuando fueron notificados con el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, buscaron al tramitador y al ingeniero no encontrando al primero y al segundo no lo encontraron en su domicilio hasta la fecha a pesar de saber que estos hechos dañan a su representada.
- Agrega además el Proveedor que, “es difícil considerar actos de esa naturaleza por la extrema confianza existente en el ingeniero que afirma que nunca trabajó para nuestra empresa y el tramitador toda vez que es constante el contratar personas a fin de realizar diferentes actividades y que muestra de ello y a fin de facilitar la labor en mi calidad de representante legal firmé suponiendo que las firmas y documentación era legal y fidedigna y por cuanto el ingeniero tampoco señaló problema alguno ante la realización del trámite”.
- El Proveedor informa que interpuso denuncia penal contra el tramitador para determinar las responsabilidades del caso por la falsificación de documentos.
- El Proveedor señala además que el Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas sí formó parte del plantel técnico de su representada. Prueba de ello es que siempre les autorizó el trámite de certificados y otros para la empresa. Al mes de julio de 2008, informa el Pro-

veedor, el referido ingeniero seguía perteneciendo al plantel técnico prueba de ello está el pago correspondiente a Sunat y su planilla electrónica.

- Asimismo, manifiesta el Proveedor, el Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas firmó como integrante del plantel técnico documentación desde 2004 cuyo cargo adjuntamos como prueba 6 y cuyo curriculum vitae también fue firmado.
 - Por otro lado, el Proveedor informa que el Ingeniero Hilton Guillermo Rosales Vargas sí laboró para su representada y que cada cierto tiempo cambia de tipo de firma.
 - Respecto al daño causado, el Proveedor señala que no se la ha causado daño alguno a la Entidad, por cuanto, según refiere, no han afectado los intereses y fines de la Entidad perjudicada.
13. Con decreto de fecha 12 de mayo de 2011, se tuvo por apersonado al Proveedor y se remitió el presente expediente administrativo a la Cuarta Sala para que emita el pronunciamiento respectivo.
14. El 25 de mayo de 2011, se declaró frustrada la audiencia pública.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado a causa de la denuncia formulada contra la empresa C.R. CONTRATISTAS S.A (C.R. CONSA), referida a la presentación de documentación falsa y/o inexacta durante el trámite de su aumento de capacidad de contratación como ejecutor de obras ante el Registro Nacional de Proveedores, infracción tipificada en el numeral 10) del artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, en lo sucesivo el Reglamento⁽¹¹⁾, norma vigente al suscitarse los hechos.

(11) “**Artículo 294.- Causales de imposición de sanción a los proveedores, postores y contratistas.**- El Tribunal impondrá la sanción administrativa de inhabilitación temporal o definitiva a los proveedores, postores y/o contratistas que:

(...)

10) Presenten documentos falsos o información inexacta en los procedimientos seguidos ante el registro Nacional de Proveedores”.

2. Al respecto, la causal antes señalada establece que los postores, proveedores y/o contratistas incurrir en infracción susceptible de sanción cuando presenten documentos falsos o declaraciones juradas con información inexacta en los procedimientos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores. Dicha infracción se configura con la sola presentación del documento falso o inexacto, sin que la norma exija otros factores adicionales.
3. En ese sentido, el artículo 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que 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, **así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo**. Sin embargo, esta presunción es de índole *juris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida en que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes que la información consignada no se ajusta a los hechos.
4. Ahora bien, para la configuración del supuesto de presentación de documentación falsa, se requiere previamente acreditar su falsedad, esto es que el documento o los documentos cuestionados no hayan sido expedidos por el órgano emisor o que, siendo válidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido.

Por otro lado, la información inexacta se configura con la presentación de declaraciones no concordantes con la realidad, a través del quebrantamiento de los **principios de Presunción de Veracidad y Moralidad** que amparan a las referidas declaraciones.

5. En el caso materia de análisis, la imputación contra el Proveedor está referida a que este habría presentado, ante La Entidad, documento supuestamente falso, consistente en la Declaración Jurada de Integrantes del Plantel Técnico, en el extremo referido a la firma del señor Hilton Rosales Vargas.
6. Del mismo modo, sin perjuicio de lo anterior y, de la revisión del Informe N° 725-2011-SREG/OR de fecha 25 de marzo de 2011, emitido por la Entidad y notificado como parte de los anexos remitidos al Proveedor⁽¹²⁾,

(12) Notificación efectuada el 23 de abril de 2011, mediante Cédula de Notificación N° 10266/2011.TC.

se verifica que el documento Certificado de Inscripción y Habilitación N° 010509 (fojas 007) supuestamente emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú, también es materia de la denuncia interpuesta por la Entidad contra el Proveedor. En ese sentido, y al no haberse producido la indefensión del Proveedor, toda vez que se pronuncia respecto del mencionado documento en su escrito de descargos, **corresponde precisar que los documentos materia del presente procedimiento administrativo sancionador son**, la Declaración Jurada de Integrantes del Plantel Técnico, en el extremo referido a la firma del señor Hilton Rosales Vargas y el Certificado de Inscripción y Habilitación N° 010509 (fojas 007) supuestamente emitido por el Colegio de Ingenieros del Perú.

7. Sobre la base de lo expuesto, en virtud al derecho de defensa que ampara a los administrados, el Proveedor presentó sus descargos manifestando: “reconocemos conforme a las pericias e informes que **el certificado de habilidad es falso** y que **la firma ha sido suplantada en el trámite seguido (...)**” (el resaltado es nuestro).
8. Asimismo, el Proveedor señala que la gestión del documento cuestionado, la obtención de la firma, fue encargado a un tramitador al cual se le denunció penalmente.
9. Al respecto, y con base en la documentación obrante en autos, se ha verificado que el Proveedor presentó, ante la Entidad, la Declaración Jurada de Integrantes del Plantel Técnico, en el extremo con la firma del señor Hilton Rosales Vargas⁽¹³⁾.
10. Sin embargo, **mediante Oficio N° 002-2008-ING.H.G.R.V. de fecha 4 de junio de 2009, el señor Hilton Rosales Vargas comunicó a la Entidad lo siguiente:**

“(…) mi persona en ningún momento ha formado parte del Plantel Técnico de la Empresa C.R. CONTRATISTAS S.A., por lo cual no existe documento de renuncia alguna, asimismo en cuanto a la Declaración Jurada expresó que la firma que aparece es falsa (en la firma falsa la letra ‘a’ es mayúscula, mientras que mi verdadera letra ‘a’ en mi firma es minúscula, así como también la letra ‘l’ (ele)

(13) Documento obrante a fojas 06 del expediente administrativo.

disvaria (sic) de mi firma como se puede apreciar a simple vista)”.

11. Asimismo, obran a fojas 012 y 013 del presente expediente administrativo, la pericia grafotécnica de fecha 7 de agosto de 2009, en la cual se concluyó que “la firma atribuida a Hilton Rosales Vargas, consignada en Original de la Declaración Jurada de Integrantes del Plantel Técnico presentado por la empresa C.R. CONTRATISTAS S.A. en su trámite de aumento de capacidad como Ejecutor de Obras, ante el Registro Nacional de Proveedores sin fecha a la vista (foliado con N° 04); NO PROVIENE DEL PUÑO GRÁFICO DE SU TITULAR (...)”.
12. Por otro lado, obra en el presente expediente en el folio 016 el Oficio N° 119-2009-CIP-CDA-HZ/DS de fecha 12 de junio de 2009, remitido a la Entidad por el Colegio de Ingenieros del Perú-Consejo Departamental Ancash-Huaral en el cual se manifiesta lo siguiente:

“(…) el Certificado de Inscripción y Habilitación N° 010509 con el Recibo de Ingreso N° 025652, cuya copia se me adjunta no corresponde a nuestra Institución por cuanto digo lo siguiente:

- El Certificado de Inscripción y Habilitación N° 010509 pertenece al Ing. Regalado Sánchez Manuel Antonio, del Capítulo de Ingeniería Mecánica Eléctrica con registro CIP N° 43364.
- El Recibo de Ingreso N° 025652 pertenece al Ing. Regalado Sánchez Manuel Antonio, por concepto de Certificado de Habilitación.

En conclusión el Certificado de Inscripción y Habilitación, materia de consulta no ha sido expedido por mi representada”.

En este sentido, queda demostrado que el proveedor presentó documentos falsos ante la Entidad, con la finalidad de aumentar su capacidad de contratación como ejecutor de obras ante el Registro Nacional de Proveedores.

13. Por otro lado, sobre lo alegado por el Proveedor en el sentido de que es responsabilidad de un tramitador la presentación del documento cuestionado, debe precisarse que **todo proveedor es responsable de la veracidad de los documentos presentados ante la Entidad, hayan sido tramitados**

por él mismo o por un tercero en su nombre⁽¹⁴⁾, no solo debido al vínculo laboral y/o contractual que pudiera haber entre ambas partes sino, más aún, debido a que el beneficio por la falsificación incurrida recae directamente sobre la empresa proveedora.

Bajo esa línea de pensamiento, una persona jurídica responderá por los daños causados por un trabajador o dependiente suyo si media entre ellos una relación que legitima al primero para controlar los actos del segundo y si el daño se ha causado en el curso y desarrollo de la actividad encomendada⁽¹⁵⁾.

14. Así, según ha sido establecido por este Tribunal en anteriores causas⁽¹⁶⁾, resulta de aplicación a situaciones como la descrita el artículo 1981 del Código Civil, mediante el cual se reputa responsable del hecho a aquel que tiene bajo sus órdenes al agente directo de la comisión del daño⁽¹⁷⁾. Esta figura, conocida a nivel doctrinario como “responsabilidad vicaria” se extiende de modo supletorio al derecho administrativo, en función de la vigencia del Artículo IX del Título Preliminar del propio Código sustantivo⁽¹⁸⁾.
15. En consecuencia, y conforme al criterio uniforme del Tribunal, siendo evidente las pruebas materiales contenidas en el expediente administrativo,

(14) El resaltado es nuestro.

(15) El resaltado es nuestro.

(16) Al respecto, en el numeral 8 de la Fundamentación de la Resolución N° 938/2006.TC-SU del 8 de noviembre de 2006, expresamente se estableció lo siguiente: “Asimismo, de acuerdo al principio antes citado [en alusión al principio de presunción de veracidad], el Postor se encontraba en la obligación, de manera previa a la presentación de su propuesta técnica, de verificar que toda la documentación e información a presentar se ajustara a la realidad, razón por la cual resulta infundado el argumento planteado en su defensa respecto a que había sido un extrabajador suyo el encargado de armar la propuesta y que el representante legal no había podido percatarse de la existencia de la documentación falsa”. A su turno, los numerales 11 y 12 de la Fundamentación de la Resolución N° 293/2007.TC-SU de fecha 23 de marzo de 2007 consignan lo siguiente: “En esa misma línea, y en atención al artículo 76 del Reglamento, el Postor declaró bajo juramento que se hacía responsable de la veracidad de todos los documentos e información que presentara para efectos del proceso de selección, razón por la cual resulta infundado el argumento planteado en su defensa en el sentido de que había sido su secretaria la que, de manera inconsulta, había procedido a adulterar el documento (...). Por lo demás, el argumento de defensa del Postor queda desvirtuado desde que el artículo 1981 del Código Civil (norma aplicable al presente caso en atención al Artículo IX de su Título Preliminar) establece que aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo”.

(17) **Artículo 1981.- Responsabilidad por daño del subordinado.** Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

(18) **Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil**

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

se ha verificado la existencia de un innegable vínculo entre el imputado y la conducta prevista en la norma como infracción. Por este motivo, debe concluirse que la infracción se ha cometido y que su autor ha sido el Proveedor.

16. Por lo expuesto, este Colegiado considera que en el presente caso se ha configurado la infracción tipificada en el inciso 10) del artículo 294 del Reglamento y, consecuentemente, existe mérito suficiente para imponer la correspondiente sanción administrativa.
17. Ahora bien, cabe señalar que, para la infracción cometida por el Proveedor, el Reglamento ha previsto una sanción administrativa de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado por un periodo no menor de tres (3) ni mayor de doce (12) meses.
18. Para graduar la sanción a imponerse, este Colegiado tiene en consideración los criterios consignados en el artículo 302 del Reglamento.
19. Debe tenerse en cuenta, en el presente caso, que la falsedad de los documentos presentados por el Proveedor, durante su trámite de inscripción ante Registro Nacional de Proveedores, ha sido fehacientemente acreditada por la Entidad y que el Proveedor cumplió con presentar sus descargos, así como el hecho que no ha sido inhabilitado anteriormente por este Tribunal.
20. Al respecto, debe tenerse en consideración que, por su naturaleza, la infracción cometida reviste una considerable gravedad, debido a que vulnera el **Principio de Moralidad** que debe regir a todos los actos vinculados a las contrataciones públicas. Por lo demás, dicho principio, junto a la **fe pública**, constituyen bienes jurídicos merecedores de protección especial, pues constituyen los pilares de las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los administrados.
21. En tal sentido, se considera que el daño causado, surge con la sola configuración de la causal tipificada como sancionable, puesto que, el solo hecho de establecer causales de aplicación de sanción, supone que su realización conlleva a un menoscabo o detrimento en los fines de la Entidad.
22. Asimismo, el Proveedor señaló en sus descargos que no tuvo intención en causar daño a la Entidad; sin embargo conforme se ha establecido pre-

cedentemente, el Proveedor es responsable de la documentación e información que presenta ante el Registro Nacional de Proveedores. En ese sentido, se debe tener en cuenta la intencionalidad del Proveedor, toda vez que presentó los documentos falsos con la finalidad de obtener su aumento de capacidad de contratación como ejecutor de obras.

23. Finalmente, es pertinente indicar que la falsificación de documentos constituye un ilícito penal, previsto y sancionado en el artículo 427 del Código Penal⁽¹⁹⁾, el cual tutela como bien jurídico la fe pública y la funcionalidad del documento en el tráfico jurídico y trata de evitar perjuicios que afecten la confiabilidad especialmente en las adquisiciones que realiza el Estado. Por tanto, de conformidad con el numeral 9) del artículo 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE - ROF debe ponerse en conocimiento del Ministerio Público los hechos expuestos para que proceda conforme a sus atribuciones.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal Ponente Dr. Martín Zumaeta Giudichi y la intervención de los Vocales Doctores Jorge Silva Dávila y Dammar Salazar Díaz, y atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto en la Resolución N° 103-2011-OSCE/PRE, expedida el 15 de febrero de 2011, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 53, 59 y 61 aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Imponer a la empresa C.R. CONTRATISTAS S.A. (C.R. CONSA) sanción

(19) **Artículo 427.- Falsificación de documentos**

El que hace, en todo o en parte, un documento falso o altera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos (2) ni mayor a diez (10) años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador o con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor a cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa, si se trata de un documento privado.

administrativa de inhabilitación temporal por el periodo de diez (10) meses en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 10) del artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, la cual entrará en vigencia a partir del sexto de día de notificada la presente Resolución.

2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Subdirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Superior de Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.
3. Poner la presente resolución en conocimiento del Ministerio Público para los fines pertinentes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Zumaeta Giudichi.

Salazar Díaz.

038 Documentos falsos: Información inexacta guarda diferencias con la información incongruente

La información inexacta se encuentra referida a la información declarada por los proveedores, sea en un proceso de selección o en la etapa de ejecución contractual que, al no ajustarse a la verdad de los hechos, produce declaraciones no concordantes con la realidad, constituyendo una forma de falseamiento de la misma. Por su parte, la “incongruencia” se produce cuando la documentación de la propuesta, contiene declaraciones que resultan excluyentes entre sí, vale decir, se brinda información contradictoria no permitiendo tener certeza de cuál es el alcance de la propuesta.

Resolución N° 420-2013-TC-S3

Lima, 28 de febrero de 2013

Visto en sesión de fecha 28 de febrero de 2013 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 945-2012.TC sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado en contra de la empresa Construcciones y Maquinarias del Sur S.A.C. por su presunta responsabilidad en la presentación de documento supuestamente falso o inexacto en el marco de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 020-2012/GORE-ICA (Primera Convocatoria); y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 2 de abril de 2012, el Gobierno Regional de Ica, en lo sucesivo la Entidad, convocó la Adjudicación de Menor Cuantía N° 020-2012/GORE-ICA (Primera Convocatoria) derivada de la Licitación Pública N° 0010-2011-GORE-ICA para la ejecución de la obra “construcción de pistas y veredas en el AA.HH. Acomayo Zona B, Túpac Amaru, PP.JJ. Andrés Avelino Cáceres y Asociación de vivienda el Sauce, Distrito de Parcona, Ica”, por un valor referencial ascendente a S/. 4,433,529.29 (cuatro millones cuatrocientos treinta y tres mil quinientos veintinueve con 29/100 nuevos soles).
2. El 19 de abril de 2012 tuvo lugar el acto de presentación de propuestas, presentándose entre otros la empresa Construcciones y Maquinarias del

Sur S.A.C., y del 19 al 24 del mismo mes y año, se llevó a cabo el acto de calificación y evaluación de propuestas.

3. El 24 de abril de 2012 tuvo lugar el acto de otorgamiento de la buena pro, siendo adjudicada la empresa Construcciones y Maquinarias del Sur S.A.C.
4. Mediante Resolución N° 558-2012-TC-S1 del 22 de junio de 2012 el Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, declaró fundado el recurso de apelación interpuesto por la empresa Constructora Contratista de Ingeniería S.A., y revocó la buena pro otorgada a Construcciones y Maquinarias del Sur S.A.C.

Asimismo, dispuso, entre otros, el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Construcciones y Maquinarias del Sur S.A.C., en adelante el Postor, por su supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o con información inexacta en su propuesta técnica, consistente en el documento “Experiencia del Postor en Ejecución de Obras Similares para requerimiento”, en el que declaró como porcentaje de participación el 100% en la ejecución de la obra “Construcción de pistas, veredas en las calles Panamá, México, Perú y Angélica Donayre del Distrito de la Tinguña, Ica”, cuando en realidad, de acuerdo al Contrato de Consorcio solo tuvo el 95% de participación en la citada obra. En consecuencia, al declarar la totalidad del monto del contrato, habría presentado información inexacta.

5. Mediante decreto del 2 de julio de 2012 se inició el procedimiento administrativo sancionador contra el Postor por su supuesta responsabilidad al haber presentado el documento denominado “Experiencia del Postor en Ejecución de Obras Similares para requerimiento” como parte de su propuesta técnica en el proceso de selección, supuesto documento con información inexacta, y se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos.
6. Mediante escrito del 23 de agosto de 2012, el Postor solicitó la nulidad del acto administrativo que dispone el inicio del procedimiento administrativo sancionador por cuanto la Resolución N° 588-2012-TC-S1 no tiene efectos debido a que su empresa ha presentado un recurso de aclaración contra dicha resolución que dispuso el inicio del procedimiento sancionador. Argumenta que no se puede iniciar un procedimiento sancionador en

mérito a una resolución administrativa que aún no tiene efectos, por no ser ejecutoriada.

7. Con Acuerdo N° 478-2012.TC-S1 del 28 de agosto de 2012, la Primera Sala del Tribunal declaró improcedente la solicitud de aclaración de la Resolución N° 558-2012-TC-S1.
8. Con decreto del 6 de setiembre de 2012, con relación al escrito del 23 de agosto de 2012, se dispuso que el Postor esté a lo dispuesto en el Acuerdo N° 478-2012-TC-S1 que declaró improcedente su recurso de aclaración.
9. Con escrito del 4 de setiembre de 2012, subsanado el 6 del mismo mes y año, el Postor presentó sus descargos argumentando en síntesis lo siguiente:
 - Es un error haber declarado el 100% de la ejecución de la obra de la Licitación Pública N° 0001-2010-GORE-ICA/DU.041 y es evidente que nunca presentó información falsa o inexacta porque presentó el Contrato de Consorcio en el cual se señala que contaba con el 95% de participación en dicha obra.
 - El monto del contrato que sirvió para acreditar experiencia asciende a S/. 5, 225,838.12 que era un monto superior al requerimiento técnico mínimo del proceso de selección que era de S/. 4,433,529.29.
 - En tal sentido, con el 95% de participación en el contrato de consorcio, excedía al requisito técnico mínimo y el error en la consignación del dato no perjudica a la Administración Pública ni a otro postor.
 - Era irrelevante que tuviera un monto superior al requisito técnico mínimo sino que bastaba con acreditar haber ejecutado obras por dicho monto.
 - Debe tomarse en cuenta el Principio de Tipicidad, tal como lo ha precisado el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC, siendo la conducta de su representada atípica.
 - La tipificación de la infracción del literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 está referida a la actitud dolosa del administrado que pretende sorprender a la administración para obtener una ventaja faltando a la verdad, y en su caso se trató de un error.

- No se puede sancionar dos veces a un administrado por un mismo hecho, de acuerdo al Principio de non bis in ídem, al haber sido descalificados por el Tribunal ya se ha impuesto una sanción, por lo que no corresponde sancionarla nuevamente.
10. Con decreto del 13 de setiembre de 2012 se tuvo por apersonado al Postor, por presentados sus descargos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.
 11. Mediante escrito presentado el 22 de noviembre en la Mesa de Partes del Tribunal, el Postor solicita el uso de la palabra.
 12. Mediante decreto del 9 de noviembre de 2012 se dispuso la reconfiguración de las Salas del Tribunal y el respectivo traslado de los expedientes a las Salas de destino y de conformidad a lo dispuesto por el Artículo Tercero de la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, se dispuso i) Dejar sin efecto el Decreto de Remisión a Sala precedente, ii) Remitir de la Segunda Sala a la Tercera Sala el presente expediente.
 13. Mediante decreto del 29 de noviembre de 2012 se programó audiencia pública para el 12 de diciembre de 2012, la cual se llevó a cabo con la participación del Postor, quien hizo uso de la palabra a través del informe legal e informe de hechos.
 14. Mediante escrito presentado el 17 de diciembre de 2012 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Postor, adicionalmente a los argumentos ya expuestos en su descargo, señala lo siguiente:
 - Que, su solicitud de aclaración de la Resolución N° 588-2012-TC-S1 recién fue resuelta mediante Acuerdo N° 478/2012 de fecha 29 de agosto de 2012, sin embargo el procedimiento administrativo sancionador se inició el 9 de agosto de 2012.
 - En ese sentido, el procedimiento administrativo sancionador se ha iniciado en mérito de una resolución administrativa que no podía ser ejecutoriada porque estaba pendiente de resolverse su solicitud de aclaración, con lo cual se ha vulnerado su derecho amparado en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Estado, y trasgredido lo dispuesto en el numeral 1.2 del artículo 2 del Título Preliminar de la Ley N° 27444, el numeral 1 del artículo 235 y el numeral 1

del artículo 230 de la precitada Ley, deviniendo el presente procedimiento en nulo.

- Que, se ha vulnerado el principio de non bis in ídem, al haberse iniciado un procedimiento administrativo sancionar contra su representada, a través de la resolución del 9 de agosto de 2012, no obstante haber sido sancionado administrativamente mediante la Resolución N° 558-2012-TC-S1 por el mismo hecho y por igual fundamento jurídico.
15. Mediante escrito N° 3 presentado el 10 de enero de 2013 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Postor deduce la nulidad de la audiencia alegando que en ella ha participado el Vocal Víctor Manuel Villanueva Sandoval, quien integró la Primera Sala del Tribunal que emitió la Resolución N° 558-2012-TC-S1 en mérito a la cual se inició el presente procedimiento administrativo sancionador, y de esta forma se recomponga la Sala a efectos de garantizar su derecho al debido proceso, previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución del Estado.
 16. Mediante decreto del 15 de enero de 2013, se declara no ha lugar lo solicitado por el Postor.
 17. Con escrito N° 4 presentado el 31 de enero de 2013 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Postor interpone recurso de reconsideración contra lo resuelto en el decreto del 15 de enero de 2013.
 18. Mediante decreto del 1 de febrero de 2013, se declara no ha lugar lo solicitado por el recurrente.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador la supuesta responsabilidad del Postor por haber presentado como parte de su propuesta técnica el documento denominado “Experiencia del Postor en Ejecución de Obras Similares”, el cual contendría información supuestamente falsa o inexacta, infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada con Decreto Legislativo N° 1017, en adelante la Ley, norma aplicable al momento de suscitarse los hechos.

2. Previamente, teniendo en cuenta que el Postor ha alegado la nulidad del presente procedimiento administrativo sancionador, corresponde analizar si el decreto del 9 de agosto de 2012 contiene una causal de nulidad por haber dispuesto el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador, antes de que se atienda la solicitud de aclaración presentada por el Postor respecto de la Resolución N° 558-2012-TC-S1, lo cual ocurrió con la emisión del Acuerdo N° del 29 de agosto de 2012.
3. Al respecto, de la revisión de lo actuado en el expediente y lo argumentado por el Postor, no se advierte que al momento de emitirse el decreto, se haya configurado alguno de los supuestos bajo los cuales el acto administrativo pierde el carácter ejecutorio, los cuales se encuentran establecidos en el artículo 192 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que señala que: “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a ley”.
4. Adicionalmente, es pertinente indicar que la resolución que resuelve un recurso de apelación interpuesto ante el Tribunal, agota la vía administrativa, procediendo únicamente interponer contra la misma una acción contencioso-administrativa, que no suspende lo resuelto por el Tribunal, de conformidad con lo señalado en el artículo 53 de la Ley, concordante con los artículos 122 y 126 del Reglamento.

En consecuencia, la solicitud de aclaración de la Resolución N° 588-2012-TC-S1 no constituye un recurso impugnativo, ni impide la ejecución de la citada resolución.

5. De otro lado, el Postor ha aducido que se estaría vulnerando el Principio de non bis in ídem, toda vez que ya ha sido sancionado con la Resolución N° 588-2012-TC-S1 que revocó la buena pro otorgada a su favor.
6. En relación a lo expuesto, cabe mencionar que el derecho administrativo sancionador se rige por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la potestad sancionadora del Estado, así como la liberalidad o discrecionalidad de la administración en la interpretación de las normas existentes, en la integración jurídica para resolver aquello no regulado, así como para desarrollar las normas administrativas complementarias.

Dentro de los principios administrativos que recoge la Ley N° 27444, en el numeral 10 del artículo 230⁽²⁰⁾, se encuentra el Principio de non bis in ídem, el cual intenta resolver la concurrencia del ejercicio de poderes punitivos o sancionadores mediante la exclusión de la posibilidad de imponer sobre la base de los mismos hechos dos o más sanciones administrativas o una sanción administrativa y otra de orden penal⁽²¹⁾.

7. De esta forma, es oportuno precisar que el procedimiento administrativo generado en virtud al recurso de apelación interpuesto contra el acto de otorgamiento de la buena pro resuelto con la aludida resolución, tiene una naturaleza distinta al presente procedimiento.

Efectivamente, el recurso de apelación tramitado ante el Tribunal, tiene por finalidad revisar, modificar y/o revocar, según corresponda, la decisión emitida por el Comité Especial o por uno de los órganos de la entidad, sin requerir nueva prueba; mientras que en el procedimiento administrativo sancionador el Tribunal determina la comisión de infracciones administrativas, así como la aplicación de sanciones sobre los proveedores, participantes, postores y contratistas en virtud a las infracciones tipificadas en la Ley.

En ese orden de ideas, al efectuar una nueva evaluación de los actos realizados en el proceso de selección a la luz de los fundamentos de la apelación, de su respectiva absolución y la normativa aplicable, se resolvió el recurso de apelación interpuesto emitiéndose la Resolución N° 588-2012-TC-S1, y atendiendo a la naturaleza de este procedimiento, no puede inferirse a que la revocatoria de la buena pro otorgada al Postor (en mérito a los fundamentos expuestos en el numeral 17 y siguientes de la resolución), implique la aplicación de una sanción.

Finalmente, cabe traer a colación que la imposición de una sanción obedece a la existencia de una trasgresión a la normativa, infracción que debe estar plenamente tipificada en la normativa, en virtud al **Principio de Tipicidad**⁽²²⁾, lo cual no ocurre con el hecho alegado por el Postor, es decir, la revocatoria del otorgamiento de la buena pro.

(20) “**Non bis in ídem.**- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento (...)”.

(21) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 7ª edición, Gaceta Jurídica, Lima 2008, p. 672.

(22) Numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Configuración de la causal

8. Al respecto, debe tenerse presente que, para la configuración del supuesto de hecho de la norma que contiene la infracción imputada, se requiere previamente acreditar la falsedad del documento cuestionado, es decir, que este **no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente o que siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.**

Por otro lado, la documentación inexacta se configura ante la **presentación de documentos no concordantes o no congruentes con la realidad**, supuestos que constituyen una forma de falseamiento de la realidad, a través del quebrantamiento de los **Principios de Moralidad**⁽²³⁾ y de **Presunción de Veracidad**⁽²⁴⁾, de conformidad con lo establecido en el inciso b) del artículo 4 de la Ley, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar, y el numeral 42.1 del artículo 42 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo la LPAG.

9. En ese sentido, el numeral 42.1 del artículo 42 de la LPAG, establece que 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, así como de contenido veraz para fines del procedimiento administrativo.** Sin embargo, esta presunción es de índole *juris tantum* pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la

(23) **Artículo 4.- Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.-**

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del Derecho Público:

(...)

b. Principio de Moralidad: Todos los actos referidos a los procesos de contrataciones de las Entidades estarán sujetos a las reglas de honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

(...)

(24) **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

2. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

2.7 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.

(...)

documentación presentada cuando existan indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos.

10. Concordante con lo manifestado, el numeral 4) del artículo 56 del mismo cuerpo legal, estipula como uno de los deberes generales de los administrados, la comprobación de la autenticidad previamente a su presentación ante la Entidad, de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.
11. Asimismo, resulta aplicación las normas previstas en el Reglamento, específicamente en el artículo 62, que prevé lo siguiente: “todos los documentos que contengan información referida a los requisitos para la admisión de propuestas y factores de evaluación se presentarán en idioma castellano o, en su defecto, acompañados de traducción efectuada por traductor público juramentado, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que podrá ser presentada en el idioma original. **El postor será responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos.** La omisión de la presentación del documento o su traducción no es subsanable (...)” (el resaltado es nuestro).
12. Tal como fluye de los antecedentes, el Postor presentó en el proceso de selección el cuadro denominado “Experiencia del Postor en Ejecución de Obras Similares” como parte de su propuesta técnica, conforme al siguiente detalle:

| Nº | CLIENTE | TIPO DE OBRA O PROYECTO | UBICACIÓN | PERIODO | | MONTO DE LA OBRA | % DE PARTIC. | MONTO SEGÚN PARTICIPACIÓN |
|--------------------|--------------------------|---|-----------|------------|------------|------------------|--------------|---------------------------|
| | | | | INICIO | FIN | | | |
| 1 | Gobierno Regional de Ica | Construcción de Pistas, Veredas en las Calles Panamá, México, Perú y Angélica Donayre del Distrito de La Tinguiña - Ica | TINGUIÑA | 12/05/2010 | 15/12/2010 | 5,500,882.23 | 100.00% | 5,500,882.23 |
| MONTO TOTAL EN S/. | | | | | | 5,500,882.23 | | 5,500,882.23 |

Asimismo, adjuntó a su propuesta el Contrato de Consorcio respecto a la obra citada en el numeral anterior, cuya **Cláusula Séptima** establece lo siguiente: “**Se deja establecido que la aportación de cada uno de los consorciados, es de 95% para la empresa CONSTRUCCIONES Y MAQUINARIAS DEL SUR SAC, y el 5.00% para la empresa R Y J CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS S.A.C.**”

Teniendo todos los consorciados responsabilidad en la ejecución de la obra hasta su total liquidación” (el resaltado es nuestro).

A su vez, de la consulta realizada al Seace respecto del proceso de selección por Licitación Pública N° 0001-2010-GORE ICA/DU 041-2009 para la Ejecución de la obra “construcción de pistas y veredas en las calles Panamá, México, Perú y Angélica Donayre del distrito de la Tinguiña, se aprecia que la Buena Pro de dicho proceso fue otorgada al Consorcio Tinguiña integrado por las empresas CONSTRUCCIONES Y MAQUINARIAS DEL SUR S.A.C. y R Y J CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS S.A.C, por un monto ascendente a S/. 5'208,632.89 Nuevos Soles. Cabe señalar que este monto concuerda con el monto consignado en el Contrato de Consorcio⁽²⁵⁾.

13. Al respecto, fluye de los actuados que el cuestionamiento que se cierra sobre el Postor es haber presentado en su propuesta un cuadro consignando que ejecutó la obra al 100%, a pesar que, según consta de la documentación e información contenida en su propia propuesta, su participación en ella fue en Consorcio y al 95% de la misma, y que además se advierte que el monto consignado en dicho cuadro no coincide con el monto total del contrato de consorcio. En ese sentido, este Colegiado estima pertinente a efectos de clarificar los aspectos materia de su pronunciamiento delimitar el concepto “información inexacta” y su diferencia con la “incongruencia” en la presentación de ofertas, pues sobre la base del significado de dichos conceptos corresponderá atribuir o no responsabilidad al Postor.
14. Es así que la información inexacta se encuentra referida a la información declarada por los proveedores, sea en un proceso de selección o en la etapa de ejecución contractual que, al no ajustarse a la verdad de los hechos, produce declaraciones no concordantes con la realidad, constituyendo una forma de falseamiento de la misma. Por su parte, la “incongruencia” se produce cuando la documentación de la propuesta, contiene declaraciones que resultan excluyentes entre sí, vale decir, se brinda información contradictoria no permitiendo tener certeza de cuál es el alcance de la propuesta, no siendo posible conocer fehacientemente cuál ha sido exacta-

(25) Obrante a folios 15 al 17 del expediente administrativo.

mente la declaración del postor y lo que está ofertando, lo cual presupone la descalificación de la propuesta.

Nótese al respecto, que mientras en el primer caso el Postor declararía algo que no se ajusta a la verdad quebrantando los Principios de Moralidad –el literal b) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado– y de Presunción de Veracidad⁽²⁶⁾ –Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General– que lo amparan; en el segundo, no es posible conocer indudablemente cuál ha sido exactamente lo declarado u ofertado por el Postor y, en tal sentido, no cabe referirse a inexactitud o falsedad.

Debe tenerse presente que, en el presente caso, la información contradictoria a la cual se hace mención en los párrafos precedentes, no ha servido para acreditar aspectos adicionales solicitados en las Bases del proceso de selección, sino que ha servido para acreditar el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo que era la experiencia en obras similares por el monto del valor referencial, y dicha incongruencia se habría originado en un error en la consignación de datos en el cuadro.

15. Por consiguiente, analizada la documentación del expediente y los términos de las Bases Integradas se concluye que no se ha presentado información inexacta a la Entidad, siendo que el monto y porcentaje consignado en el cuadro de experiencia similar en obras cuestionado, si bien no coincide con el monto y porcentaje real consignado en el Contrato de Consorcio, este último también fue presentado en la propuesta técnica del Postor.
16. En consecuencia, afirmar que el Postor ha incurrido en la conducta imputada, supondría realizar una interpretación extensiva de las normas que regulan las sanciones, lo cual se encuentra proscrito por el ordenamiento jurídico al tratarse de normas que restringen derechos y por tanto, vulneraría el Principio de Tipicidad, consagrado en el numeral 2) del artículo 230 de la LPAG, por el cual, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o por analogía.

(26) De conformidad con y el numeral 1.7 del, respectivamente.

17. De acuerdo a lo expuesto, este Colegiado considera importante recordar que para establecer la responsabilidad de un administrado se deben proporcionar todas las pruebas suficientes para determinar la comisión de la infracción y la responsabilidad del supuesto de hecho, para que se produzca convicción suficiente más allá de la **duda razonable**, y se logre desvirtuar la presunción de inocencia que lo protege.
18. En esta línea de razonamiento, debe recordarse que en virtud del Principio de Licitud se presume que los administrados han actuado apegados a sus deberes hasta que no se demuestre lo contrario, lo que significa que la administración “si en el curso del procedimiento administrativo no llega a formar la convicción de ilicitud del acto y de la culpabilidad del administrado, se impone el mandato de absolución implícito que esta presunción conlleva (*in dubio pro reo*). En todos los casos de inexistencia de prueba necesaria para destruir la presunción de inocencia, incluyendo la duda razonable, obliga a la absolución del administrado”⁽²⁷⁾.
19. En consecuencia, no existiendo pruebas de que el Postor haya transgredido los citados Principios de Presunción de Veracidad, ni el de Moralidad que rigen las contrataciones públicas, este Colegiado estima que debe prevalecer el Principio de Presunción de Licitud que rige la potestad sancionadora atribuida a este Tribunal, consagrado en el inciso 9)⁽²⁸⁾ del artículo 230 de la LPAG; por lo tanto, corresponde declarar que no se ha configurado la infracción tipificada en el literal i) del artículo 51.1 de la Ley, por lo que no corresponde imponer sanción al Postor.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente María Elena Lazo Herrera y la intervención de los Vocales Víctor Manuel Villanueva Sandoval y Carmen Amelia Castañeda Pacheco, atendiendo a la dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley

(27) MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. 7ª edición, Gaceta Jurídica S.A., 2008, p. 670.

(28) “**Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
(...)”.

de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

Declarar no ha lugar la imposición de sanción contra la empresa CONSTRUCCIONES Y MAQUINARIAS DEL SUR S.A.C. por su presunta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017, durante el desarrollo del proceso de selección Adjudicación de Menor Cuantía N° 020-2012/GORE-ICA (primera convocatoria) derivada de la Licitación Pública N° 0010-2011-GORE-ICA para la ejecución de la obra “Construcción de pistas y veredas en el AA.HH. Acomayo Zona B, Túpac Amaru, PP.JJ Andrés Avelino Cáceres y Asociación de vivienda el Sauce, Distrito de Parcona, Ica”, por los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Villanueva Sandoval

Castañeda Pacheco

Lazo Herrera.

“Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03/10/12”.

039 **Determinación de la responsabilidad: No implica un juicio de valor**

La determinación de la responsabilidad por el hecho objetivo de la presentación de un documento falso o con contenido inexacto no implica un juicio de valor sobre la falsificación o inexactitud del mismo, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación del documento, sin indagar sobre la autoría de la falsificación o inexactitud.

Resolución N° 584-2013-TC-S1

Lima, 19 de marzo de 2013

Visto en sesión de fecha 19 de marzo de 2013 de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 438.2013.TC, sobre el recurso de revisión, interpuesto por la empresa SEGUROC SELVA S.A., contra la descalificación de su propuesta técnica en el proceso de selección por Competencia Mayor N° 005-2012-OPS/PETROPERÚ, para el “Servicio de Vigilancia Privada para Operaciones Selva”, convocada por Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ S.A., y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. El 29 de agosto de 2012, Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ S.A., en adelante la Entidad, convocó el proceso de selección por Competencia Mayor N° 005-2012-OPS/PETROPERÚ, para el “Servicio de Vigilancia Privada para Operaciones Selva”, con un valor referencial ascendente a la suma de S/. 17'135,000.00 (diecisiete millones ciento treinta y cinco mil con 00/100 Nuevos Soles).

El 29 de octubre de 2012, de acuerdo a la información publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - Seace, se llevó a cabo el acto de Evaluación de Propuestas. En dicho acto fue descalificada la empresa Seguroc Selva S.A.

El 30 de octubre de 2012, se efectuó el acto de Otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa Vigilancia y Seguridad del Perú Región Oriente S.R.L. - VIGSE PERÚ R.O. S.R.L.

El 13 de noviembre de 2012, la empresa Seguroc Selva S.A., interpuso recurso de apelación contra el otorgamiento de la Buena Pro y la descalificación de su propuesta técnica.

El 27 de noviembre de 2012, la Entidad emitió la Resolución de Gerencia Operaciones Selva N° GOPS-0019-2012/OPS-ADM-0769-2012, mediante la cual resolvió declarar infundado el recurso de apelación interpuesto.

2. Mediante escrito presentado el 30 de noviembre de 2012 en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, el Impugnante interpuso recurso de revisión contra la Resolución de Gerencia Operaciones Selva N° GOPS-0019-2012/OPS-ADM-0769-2012, solicitando que sea revocada en todos sus extremos y se retrotraiga el proceso a la etapa de calificación y evaluación de propuestas. Fundamentó su recurso señalando que el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección, desestimó su propuesta técnica indebidamente al señalar que las constancias presentadas de su personal contra incendio propuesto no son válidas, al haber sido expedidas por la Comandancia Departamental de San Martín, perteneciendo los bomberos a compañías que forman parte de la jurisdicción de Loreto.
3. Mediante Resolución N° 020-2013-TC-S1 del 4 de enero de 2013, la Primera Sala del Tribunal declaró fundado el recurso de revisión interpuesto por la empresa Seguroc Selva S.A. contra la descalificación de su propuesta técnica del presente proceso de selección, y por su efecto, declaró nulo dicho acto y del otorgamiento de la Buena Pro, debiendo retrotraerse el proceso de selección hasta la etapa de calificación y evaluación de propuestas. Asimismo, se dispuso que el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección evalúe la propuesta presentada por la citada empresa conforme a lo establecido en las Bases Integradas, y, se continúe con las siguientes etapas del proceso de selección.
4. El 15 de enero de 2013, mediante Acta N° 11/CMA-0005-2012, el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección descalificó a la empresa Seguroc Selva S.A., y otorgó la Buena Pro a la empresa Vigilancia y Seguridad del Perú Región Oriente S.R.L. - VIGSE PERÚ R.O. S.R.L., en adelante el Adjudicatario.
5. El 28 de enero de 2013, la empresa Seguroc Selva S.A. interpuso recurso de apelación contra la descalificación de su propuesta técnica.

6. Con Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-0002-2013/OPS-ADM-0055-2013 publicada el 13 de febrero de 2013, la Entidad declaró infundado el recurso de apelación interpuesto.
7. Mediante escrito presentado el 15 de febrero de 2013 en la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa Seguroc Selva S.A., en lo sucesivo el Impugnante, interpuso recurso de revisión contra la Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-0002-2013/OPS-ADM-0055-2013, solicitando que sea revocada en todos sus extremos y se retrotraiga el proceso a la etapa de calificación y evaluación de propuestas. Fundamentó su recurso en los siguientes argumentos:
 - i) Conforme se advierte del Acta de continuación del proceso de selección, en atención a la Resolución N° 020-2013-TC-S1, el Órgano Ad-Hoc señaló lo siguiente en torno a su propuesta: “descalificado de conformidad con lo dispuesto por el numeral 11.2, literal d) de las Bases Administrativas del presente proceso, por haber presentado documentos con información falsa o inexacta a folios 408 y 411 de su propuesta técnica”.
 - ii) Por su parte, la Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-0002-2013/OPS-ADM-0055-2013, indicó: “que, es preciso indicar que la propuesta técnica de la empresa Seguroc Selva S.A. no fue descalificada por presentar un documento falso, el Órgano Ad-Hoc descalificó dicha propuesta por presentar información falsa o inexacta, hecho que se evidencia de la revisión del expediente, así como de la propia empresa Seguroc Selva S.A., según lo consignado en los párrafos anteriores, por lo que el órgano Ad-Hoc dio cumplimiento a lo establecido en el numeral 11.2 de las Bases Administrativas (...)”.
 - iii) El Comité Ad-Hoc y la Gerencia Refinería Selva, con su proceder, estarían adelantando juicio, asumiendo funciones decisorias que solo le corresponde al Tribunal, pese a que en su escrito de apelación se alegara que se encuentra en trámite el Expediente N° 1937-2012.TC, pendiente de establecer, si es cierto o no, la supuesta falsedad o inexactitud de los documentos presentados. Ambos órganos, al haber dispuesto su descalificación con base en dicho certificado, por atribuirle la calidad de inexacto, han procedido asumiendo competencia fiscalizadora y sancionadora que no les corresponde, dando

por inexacto el documento, cuando ni el propio Tribunal aun se ha pronunciado, asumiendo con ello una postura arbitraria, desconociendo el Principio de Presunción de Veracidad que asiste a todo administrado.

- iv) Respecto a la información inexacta señalada por la Entidad, con Carta N° 637-12-SS-GO, su representada señaló que la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, sí fue trabajadora del Impugnante, destacada a Petroperú S.A., como recepcionista desde el 18 de mayo de 2009 hasta el 12 de junio de 2010, haciendo un récord laboral de 1 año y 25 días, hecho que la Entidad puede verificar en sus registros; sin embargo, por un error mecanográfico cometido por la persona de la empresa que elaboró dicho certificado de trabajo, consignó como fecha de ingreso, el 1 de junio de 2010 y como fecha de cese, el 12 de junio de 2011; error que no invalida el fondo del asunto, cual es el cumplimiento del requisito técnico, de tener como mínimo seis (6) meses.
 - v) Debe tenerse presente que no existe razón alguna para que su propia empresa cambie las fechas en el certificado de trabajo que extendió a la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, quien laboró como recepcionista desde el 18 de mayo de 2009 hasta el 12 de junio de 2010; lo contrario, significaría el absurdo que su propia empresa a sabiendas, incurra en una causal de descalificación de su propuesta técnica. En consecuencia, no existe una acción dolosa de la empresa con la finalidad de obtener la buena pro, sino un error mecanográfico o subsanable por parte de su propia empresa.
8. Con fecha 19 de febrero de 2013, se admitió a trámite el recurso de revisión interpuesto por el Impugnante, corriéndose traslado a la Entidad para que remita los antecedentes administrativos en el plazo de tres (3) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en el expediente, y se remitió el presente expediente a la Primera Sala para que resuelva.
9. El 18 de febrero de 2013, el Impugnante amplió su recurso de revisión indicando lo siguiente:
- i) No se ha incurrido en falsedad o inexactitud, conforme lo reconoce la propia Entidad, al haber presentado un personal que reunía las condiciones requeridas. Las Bases del presente proceso de selección,

- solicitaban la acreditación de un personal para el cargo de recepcionista, con una experiencia de seis (6) meses; es decir, para ocupar dicha plaza por el postor ganador, pedían una persona que haya laborado en el mismo cargo durante el tiempo mínimo de seis (6) meses.
- ii) Cumpliendo el requerimiento técnico mínimo solicitado, como lo reconoce la propia resolución de la Entidad, su representada acreditó para la evaluación en el factor experiencia, a la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, con más de seis (6) meses en el cargo de recepcionista, quien cumplía por demás el requerimiento solicitado, toda vez que al momento de la acreditación tenía ya adquirida dicha experiencia, por haber laborado para su representada y luego haber sido destacada a la Entidad convocante, como ha sido reconocido.
 - iii) Por tanto, no se ha faltado a la verdad, significando la diferencia de fechas un error material que debía otorgar la Entidad, según el plazo dispuesto en el artículo 68 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La Entidad tenía la obligación de correrles traslado por dos (2) días para proceder a subsanar el error, a todas luces verificado como uno de forma y no de fondo; no obstante ello, no lo otorgó, argumentando que el Órgano Ad-Hoc no tuvo elementos de juicio que lo lleven a advertir que, tanto el certificado de Trabajo como el Formato N° 8 de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, eran errados debido a que ambos documentos consignaban la misma información.
 - iv) El Comité Ad-Hoc sí contaba con elementos de juicio suficientes para determinar la calidad de error material, no solo por haber laborado en su condición de destacada a Petroperú por más de seis (6) meses, si no por haber efectuado precedentemente las investigaciones sobre el mismo hecho.
10. Mediante escrito presentado el 19 de febrero de 2013, el Adjudicatario se apersonó al procedimiento.
11. El 26 de febrero de 2013, el Adjudicatario absolvió el recurso de revisión en los siguientes términos:
- i) Respecto a la descalificación del Impugnante, este presentó la Declaración Jurada donde la Srta. Lizbeth Morán Meléndez señaló que trabajó para Seguroc Selva S.A. como recepcionista en Petroperú,

desde el 1 de junio de 2010 hasta el 12 de junio de 2011 y, el Certificado de Trabajo emitido por Seguroc Selva S.A. a favor de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez indicando que estuvo destacada como recepcionista en Petroperú, desde el 1 de junio de 2010 hasta el 12 de junio de 2011.

- ii) Si bien es cierto, que dicha persona trabajó en Petroperú, no lo hizo en las fechas que la empresa afirma, por lo que queda claro que tales documentos contienen información inexacta. El apelante señala en su escrito que no existió dolo en la presentación de dichos documentos, pero como se ha indicado la sola presentación de documentos inexactos, previa comprobación de manera objetiva, conlleva a la descalificación de la propuesta del postor; la normativa de Petroperú no señala elementos secundarios, ni primarios para descalificar una propuesta que contenga documentación falsa y/o inexacta.
- iii) No puede tratarse de un simple error tipográfico, toda vez que el apelante certificó las fechas inexactas al otorgarle el certificado de trabajo a dicha persona, no se puede entregar un certificado si antes no se ha corroborado las fechas en que trabajó una persona, por lo que la mala intención está demostrada.
- iv) El artículo 19 del Reglamento de Petroperú establece que, sin perjuicio del Principio de Presunción de Veracidad, Petroperú se reserva el derecho de verificar lo informado en las propuestas, de advertirse información falsa o inexacta durante el proceso se descalificará al postor. En virtud a dicho artículo, la Entidad sí está en la obligación de verificar la documentación presentada por los postores en los procesos de selección y, luego de la revisión, en caso de hallar información inexacta o falsa se debe descalificar a dicho postor.
- v) Si bien existe una denuncia administrativa en el Tribunal por tales hechos, dicha denuncia es un procedimiento sancionador completamente diferente al recurso de revisión, toda vez, que en este recurso se ha acreditado que la descalificación del Postor fue por haberse presentado documentación con información inexacta, decisión que no variará en caso de resolverse el procedimiento sancionador.

12. El 26 de febrero de 2013, la Entidad mediante OPS-AL-0114-2013 presentó en la Oficina Zonal de Iquitos, los antecedentes administrativos solicitados, los cuales fueron ingresados por Mesa de Partes del Tribunal el 5 de marzo de 2013.
13. El 1 de marzo de 2013, se llevó a cabo la Audiencia Pública, ocasión en la cual los representantes del Adjudicatario y de la Entidad expusieron sus informes orales.
14. En la misma fecha, se solicitó información adicional a la Entidad.
15. El 6 de marzo de 2013, el Impugnante solicitó la nulidad de la audiencia que se llevó a cabo el 1 de marzo de 2013, y precisó la necesidad que previamente se establezca en el procedimiento sancionador, iniciado por los mismos hechos materia del recurso de revisión, signado con el Expediente N° 1937-2012, si los documentos son falsos o inexactos. Asimismo, presentó sus alegatos de defensa manifestando que no incurrieron en falsedad o inexactitud, al haber presentado al personal que reunía las condiciones requeridas, conforme lo ha reconocido la Entidad.
16. El 7 y 8 de marzo de 2013, el Adjudicatario presentó sendos escritos para tener presente al momento de resolver.
17. El 5 de marzo de 2013, en la Oficina Zonal de Iquitos, e ingresado el 11 de marzo de 2013 por Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió la información adicional solicitada.
18. El 14 de febrero de 2013, el Adjudicatario presentó un escrito comunicando que el Tribunal emitió pronunciamiento respecto al procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el Impugnante.
19. El 15 de marzo de 2013, la Entidad remitió un escrito comunicando que los antecedentes administrativos fueron remitidos dentro del plazo indicado por el Tribunal.
20. El 19 de marzo de 2013, se emitió la Resolución N° 579-2013-TC-S1 declarando infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Impugnante contra la Resolución N° 514-2013-TC-S1 del 8 de marzo de 2013, la cual dispuso sancionarlo con inhabilitación temporal en su derecho para participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

Procedencia del recurso

El proceso de selección fue convocado bajo el ámbito de aplicación de Ley N° 28840⁽²⁹⁾ que declaró de interés nacional el fortalecimiento y modernización de Petróleos del Perú S.A. - PETROPERÚ S.A., así como del Reglamento de Contrataciones de Petróleos del Perú S.A., aprobado mediante Resolución N° 523-2009-OSCE/PRE⁽³⁰⁾, en adelante el Reglamento de Petroperú. Debe tenerse presente que el numeral 5.12 del citado Reglamento, dispone que es aplicable el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, en los aspectos referidos al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace), recursos de impugnación y procedimientos administrativos sancionadores que se tramitan ante el Tribunal. El numeral 7.14 del rubro “de los recursos impugnativos” del Reglamento de Petroperú, establece que dentro de los tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente de publicada en el Seace, la resolución que resuelve el recurso de apelación, se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal.

En el marco de lo indicado anteriormente, la Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-002-2013/OPS-ADM-0055-2013, que declaró infundado el recurso de apelación interpuesto por Seguroc Selva S.A., fue publicada el 13 de febrero de 2013, y el recurso de revisión fue interpuesto el 15 de febrero de 2013, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la publicación de la resolución que resolvió la apelación, en el plazo de ley, cumpliendo con todos los requisitos requeridos para ser declarado procedente.

Pretensiones

El Impugnante solicita a este Tribunal que se revoque la Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-002-2013/OPS-ADM-0055-2013, que declaró infundado el recurso de apelación, y se retrotraiga el proceso de selección a la etapa de calificación y evaluación de propuestas, debiendo el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección, calificar su propuesta técnica al cumplir los requerimientos técnicos mínimos solicitados en las Bases.

(29) La Segunda Disposición Complementaria de la Ley N° 28840 refiere que las adquisiciones y contrataciones de Petroperú se rigen por su Reglamento, propuesto por su Directorio y aprobado por el OSCE; estableciéndose que las modalidades de adquisiciones y contrataciones de Petroperú serán definidas en su Reglamento, y se regirán por los principios de eficiencia, economía, transparencia y auditabilidad, así como los demás principios contenidos en la legislación de la materia.

(30) Publicada el 12 de diciembre de 2009 en el diario oficial *El Peruano*.

Fijación de puntos controvertidos

Habiéndose verificado la procedencia del recurso presentado, corresponde efectuar el análisis de fondo del mismo, para lo cual cabe fijar los puntos controvertidos del presente recurso, considerándose lo establecido en el Acuerdo de Sala Plena N° 002-2012 de fecha 5 de junio de 2012, respecto a los alcances de los artículos 114 y 118 del Reglamento, según el cual: “(...) solo serán materia de la decisión, los puntos controvertidos que se sustenten en los hechos contenidos en el recurso de apelación presentado por el impugnante y en la absolución del traslado del referido recurso que presenten los demás postores intervinientes en el procedimiento de impugnación”.

En el marco de lo indicado, el punto controvertido planteado por el Impugnante se circunscribe a determinar si la decisión del Órgano Ad-Hoc, encargado de la conducción del proceso de selección, de descalificar su propuesta técnica, se ha efectuado de conformidad con lo establecido en la normativa pertinente, y, de corresponder, readmitir la propuesta técnica presentada por el Impugnante al proceso de selección.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 7.14 del Reglamento de Petroperú, dispone que, en los procesos por competencia, cuyos montos sean superiores a US\$ 250,000.00 dólares americanos para el caso de bienes y servicios, el plazo de interposición del recurso de revisión será de tres (3) días hábiles contados a partir del día siguiente de publicada en el Seace, la resolución que resuelve el recurso de apelación. Por su parte, el numeral 7.16 establece que el Tribunal resolverá el recurso de revisión en un plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente de admitido el recurso, salvo que, de considerarlo pertinente, solicite información ampliatoria a Petroperú, al impugnante y a terceros a fin de recaudar la información necesaria para mejor resolver, quedando prorrogado el plazo para resolver por un máximo de diez (10) días hábiles adicionales. Vencido el indicado plazo máximo sin que el Tribunal registre en el Seace su resolución, el recurrente tendrá por infundado su recurso, y Petroperú continuará con el proceso.
2. En el caso materia de análisis, el Impugnante sustentó su recurso de revisión señalando que el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección desestimó su propuesta técnica indebidamente al señalar que presentó documentos con información falsa o inexacta en su propuesta

técnica dando cumplimiento a lo establecido en el numeral 11.2 de las Bases Administrativas. Manifiesta que, el Comité Ad-Hoc y la Gerencia Refinería Selva estarían adelantando juicio, asumiendo funciones decisorias que solo le corresponde al Tribunal, pese a que en la resolución que resolvió el recurso de revisión se alegara que se encuentra en trámite el Expediente N° 1937-2012.TC, pendiente de establecer, la supuesta falsedad o inexactitud de los documentos presentados en la propuesta técnica, y que fueron el sustento de su descalificación (Formato N° 008 - Curriculum Vitae del personal propuesto y el Certificado de Trabajo del 1 de octubre de 2012 emitido por Seguroc Selva S.A. a favor de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez).

Alega el Impugnante que, a través de la Carta N° 637-12-SS-GO, su representada señaló que la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, sí fue trabajadora de Seguroc Selva S.A., destacada a Petroperú S.A., como recepcionista desde el 18 de mayo de 2009 hasta el 12 de junio de 2010, hecho que la Entidad puede verificar en sus registros; sin embargo, por un error mecanográfico cometido por personal de la empresa que elaboró dicho certificado de trabajo, se consignó como fecha de ingreso, el 1 de junio de 2010 y como fecha de cese, el 12 de junio de 2011, error que no invalida el cumplimiento del requerimiento técnico mínimo.

Por su parte, de la lectura a la Resolución de Gerencia Refinería Selva N° GOPS-002-2013/OPS-ADM-0055-2013, se aprecia que la Entidad determinó que tanto el Certificado de Trabajo y el Formato N° 008 de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez presentados en la propuesta técnica del Impugnante, contienen información discrepante con la realidad, debido a que las fechas consignadas en los referidos documentos no son ciertos, confirmando de esa manera lo manifestado por el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección, en el sentido que el Impugnante presentó información falsa o inexacta en su propuesta técnica.

3. Sobre el particular, debe señalarse que en una primera oportunidad, el Tribunal mediante Resolución N° 020-2013-TC-S1 del 4 de enero de 2013, a razón que la Entidad remitió a este Tribunal la solicitud de aplicación de sanción contra el Impugnante, dándose origen a la apertura del Expediente N° 1937-2012.TC, dispuso en torno al cuestionamiento sobre presentación de documentación con información inexacta por parte del Impugnante **-Formato N° 008 - Curriculum Vitae del personal propuesto y el Certificado de Trabajo del 1 de octubre de 2012 emitido por la empresa**

Seguroc Selva S.A. a favor de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez—, que la Sala se veía impedida de emitir pronunciamiento al respecto, en tanto no se emita la resolución en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador.

4. Debe tenerse presente que el Tribunal tiene a su cargo resolver las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección, así como el conocimiento de los procesos de aplicación de sanción administrativa de suspensión o inhabilitación para contratar con el Estado, en los casos expresamente previstos en el numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado. Dentro de las infracciones previstas en dicha Ley se encuentra el literal i), el cual establece que los proveedores, participantes, postores y/o contratistas incurrirán en infracción susceptible de sanción cuando presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
5. Ahora bien, de la revisión al Expediente N° 1937.2012.TC **–procedimiento administrativo sancionador iniciado contra el Impugnante por la presentación de los documentos que motivaron su descalificación en el presente proceso de selección–** se aprecia que el Tribunal, luego del correspondiente análisis y evaluación de la documentación, así como de los descargos presentados por el Impugnante, obrantes en el citado expediente, determinó sancionarlo por un periodo de veinte (20) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal i) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
6. Así pues, dentro de los fundamentos que se expusieron en la Resolución N° 514-2013-TC-S1 emitida el 8 de marzo de 2013, se estableció que, en el Rol de Guardia Semanal del Servicio de Vigilancia en las Instalaciones de Petroperú, se advirtió que la última fecha en la que figuró el nombre de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, como parte del personal que realizó dicho servicio por el Impugnante en las instalaciones de Petroperú fue en la primera semana **del 25 de mayo de 2009 al 31 de mayo de 2009 hasta la semana del 7 de junio de 2010 al 13 de junio de 2010**⁽³¹⁾.

(31) Dichos reportes obran en el presente expediente, los cuales fueron remitidos por la Entidad con ocasión del pedido de información adicional.

Asimismo, se indicó en la citada Resolución que, mediante Carta N° OPS-ADM-771-2012, la Entidad solicitó al Impugnante que informe sobre la fecha de inicio y de cese de labores de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, como recepcionista destacada a la Entidad. Dicha misiva fue respondida por el Impugnante, a través de la Carta N° 637-12-SS-GO⁽³²⁾ del 7 de diciembre de 2012, donde manifiesta que la mencionada señorita, prestó servicios como recepcionista en la Entidad, **desde el 18 de mayo de 2009 hasta el 12 de junio de 2010**; sin embargo, señaló que, por error material, la persona que elaboró el certificado de trabajo cuestionado, consignó como **fecha de inicio el 1 de junio de 2010 y como fecha de cese el 12 de junio de 2011**. De lo expuesto por el Impugnante en el correspondiente procedimiento de sanción, la Sala pudo advertir que, en efecto, existía diferencia entre la información consignada en el Certificado y Formato N° 008 que formó parte de la propuesta técnica del Postor, con la realidad.

En ese sentido, como lo precisó el Tribunal en la citada resolución, la determinación de la responsabilidad por el hecho objetivo de la presentación de un documento falso o con contenido inexacto no implica un juicio de valor sobre la falsificación o inexactitud del mismo, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación del documento, sin indagar sobre la autoría de la falsificación o inexactitud, obligando a los proveedores, postores y contratistas a ser diligentes en cuanto a la veracidad de los documentos presentados⁽³³⁾.

En consecuencia, la Sala concluyó que la conducta del Impugnante implicó una trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad, desde el momento en que se verificó que los documentos cuestionados son inexactos, lo cual se efectuó luego de un exhaustivo análisis por parte del Tribunal, actuando los medios probatorios necesarios y escuchando a las partes en la Audiencia Pública que se llevó a cabo.

(32) Cartas que forman parte del presente expediente administrativo.

(33) Así también, se indicó en la Resolución N° 514-2013-TC-S1, en el segundo párrafo del numeral 9) que todo postor es responsable de la veracidad de los documentos que presenta ante la Entidad, hayan sido tramitados por sí mismo o por un tercero, no solo debido al vínculo existente entre ambas partes (responsabilidad vicaria) sino, porque se trata de documentos presentados ante Entidades para la realización de servicios que cumplen una finalidad pública. Constituye en ese sentido, una obligación por parte de las empresas postoras verificar que el contenido de sus propuestas sea concordante a la realidad.

7. En virtud de lo expuesto, atendiendo a que el Tribunal emitió un pronunciamiento en torno a los documentos, por los cuales fue descalificada la propuesta técnica del Impugnante en el proceso de selección que nos atañe, luego de la evaluación de los documentos remitidos por la Entidad, así como del Impugnante, esta Sala concluye que debe mantenerse la descalificación de la empresa Seguroc Selva S.A. efectuada por el Órgano Ad-Hoc encargado de la conducción del proceso de selección; si bien, la Entidad dispuso la descalificación con base en indicios suficientes, ante la instancia correspondiente, es decir, el Tribunal, se determinó que tanto el Formato N° 008 - Curriculum Vitae del personal propuesto y el Certificado de Trabajo del 1 de octubre de 2012 emitido a favor de la Srta. Lizbeth Morán Meléndez, son documentos que contienen información inexacta.

Lo dicho se refuerza con el hecho que, mediante Resolución N° 579-2013-TC-S1 del 19 de marzo de 2013, el Tribunal declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Impugnante contra la resolución que lo sancionó con veinte (20) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en proceso de selección y contratar con el Estado por los mismos hechos, en consecuencia, la sanción ha quedado firme, y, por lo tanto, en cosa decidida.

8. Finalmente, es importante pronunciarse sobre el pedido de nulidad de la Audiencia Pública que se llevó a cabo el 1 de marzo de 2013, formulado por el Impugnante, en razón de que fue convocada, sin esperar el término del plazo de notificación del admisorio del recurso de revisión. Al respecto, es importante señalar que la convocatoria de la Audiencia Pública debe efectuarse a través del Toma Razón Electrónico de la ficha del proceso de selección en el Seace, que por norma especial corresponde efectuar, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 183 de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, la cual refiere que debe ser publicada con una anticipación no menor de tres (3) días a su realización; siendo en el presente caso, que la Audiencia Pública fue convocada con decreto del 25 de febrero de 2013, y notificado en la misma fecha, llevándose a cabo el 1 de marzo de 2013, contando con la participación del representante del Adjudicatario y de la Entidad, cumpliéndose con las formalidades establecidas en la normativa; por lo tanto, este pedido deviene en improcedente.
9. En conclusión, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 119 del Reglamento, corresponde declarar infundado el recurso de

revisión interpuesto por la empresa Seguroc Selva S.A. contra la descalificación de su propuesta técnica en el proceso de selección por Competencia Mayor N° 005-2012-OPS/PETROPERÚ, para el “Servicio de Vigilancia Privada para Operaciones Selva”, debiendo confirmarse el otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa Vigilancia y Seguridad del Perú Región Oriente S.R.L. - VIGSE PERÚ R.O. S.R.L., por las consideraciones expuestas.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Mario Fabricio Arteaga Zegarra, atendiendo a la reconfiguración de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y publicada el 8 de noviembre de 2012 en la Separata de Normas Legales del diario oficial *El Peruano*, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificatoria, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar infundado el recurso de revisión interpuesto por la empresa Seguroc Selva S.A. contra la descalificación de su propuesta técnica del proceso de selección por Competencia Mayor N° 005-2012-OPS/PETROPERÚ, convocado para el “Servicio de Vigilancia Privada para Operaciones Selva”.
2. Confirmar el otorgamiento de la Buena Pro a favor de la empresa Vigilancia y Seguridad del Perú Región Oriente S.R.L. - VIGSE PERÚ R.O. S.R.L. del proceso de selección por Competencia Mayor N° 005-2012-OPS/PETROPERÚ, convocado para el “Servicio de Vigilancia Privada para Operaciones Selva”.
3. Ejecutar la garantía otorgada por la empresa Seguroc Selva S.A. para la interposición de su recurso de revisión.

4. Disponer la devolución de los antecedentes administrativos a la Entidad, la cual deberá recabarlos en la mesa de partes del Tribunal dentro del plazo de treinta (30) días calendario de emitida la presente resolución; debiendo autorizar por escrito a la persona que realizará dicha diligencia. En caso contrario, los antecedentes administrativos serán enviados al Archivo Central de OSCE para su custodia por un plazo de seis (6) meses, luego del cual serán remitidos al Archivo General de la Nación, bajo responsabilidad.
5. Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Inga Huamán.

Ferreya Coral.

Arteaga Zegarra.

CAPÍTULO IX

INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DEL CONTRATO DESPUÉS DE OTORGADA LA CONFORMIDAD

La infracción administrativa de incumplimiento injustificado del contrato después de otorgada la conformidad está contenida en el inciso l) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, cuyo texto es el siguiente según la última modificatoria efectuada por el artículo único de la Ley N° 29873 de fecha 01/06/2012:

***Artículo 51.-** Infracciones y sanciones administrativas*

51.1. Infracciones:

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

l) Se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.

040 **Emplazamiento previo: Se realiza ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato**

Si bien es cierto que en la norma de contrataciones no se describe el procedimiento que debe seguir La Entidad para emplazar a la Contratista frente al incumplimiento injustificado de las obligaciones del contrato, después de otorgada la conformidad, no es menos cierto que de la propia tipificación de dicha causal de sanción se exige dicho emplazamiento previo, por parte de La Entidad, a fin de que se pueda configurar la causal de sanción imputada contra el Contratista.

Resolución N° 907-2011-TC-S4

Lima, 30 de mayo de 2011

Visto, en sesión de fecha 27 de mayo de 2011 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 1498.2010.TC, sobre el procedimiento administrativo sancionador contra el señor Larry López Torres, por supuesta responsabilidad al haberse constatado, después de otorgada la conformidad, que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato, materia del proceso por Licitación Pública N° 008-2010-GRU-P-CE-GRRNNyGMA, paquete N° 04, convocado por el Gobierno Regional de Ucayali para la “adquisición de plántones forestales y no forestales para los proyectos de inversión pública: proyecto ‘reforestación de 1500 Has. en los distritos de Nueva Requena y Campo Verde, provincia de Coronel Portillo’, proyecto de ‘reforestación de 750 Has. con especies forestales de rápido crecimiento en el distrito de Callería’”; y atendiendo a lo siguiente:

ANTECEDENTES:

1. El 28 de abril de 2010, el Gobierno Regional de Ucayali, en lo sucesivo La Entidad, convocó al proceso por Licitación Pública N° 008-2010-GRU-P-CE-GRRNNyGMA, paquete N° 04, para la “adquisición de plántones forestales y no forestales para los proyectos de inversión pública: proyecto ‘reforestación de 1500 Has. en los distritos de Nueva Requena y Campo Verde, provincia de Coronel Portillo’, proyecto de ‘reforestación de 750 Has. con especies forestales de rápido crecimiento en el

distrito de Callería’, y el proyecto ‘reforestación de 750 Has. con especies forestales maderables y no maderables en el distrito de Yarinacocha’”.

2. El 11 de mayo de 2010, La Entidad y el señor Larry López Torres suscribieron el Contrato N° 0474-2010-GRU-P.
3. Mediante Informe N° 080-2010-GRU-P-GGR-GRRNNyGMA/SGRN/RNT de fecha 31 de mayo de 2010, La Entidad otorga al señor Larry López Torres la conformidad por la entrega de 5 625 plantones de la especie bolaina y 5 625 plantones de la especie Capirona.
4. Mediante Informe N° 108 2010-GRU-P-GGR-GRRNNyGMA/SGRN/RNT de fecha 26 de julio de 2010, La Entidad otorga al señor Larry López Torres la conformidad por la entrega de 5 625 plantones de la especie bolaina y 5 625 plantones de la especie Capirona..
5. Mediante Informe N° 115 2010-GRU-P-GGR-GRRNNyGMA/SGRN/RNT de fecha 2 de agosto de 2010, La Entidad otorga al señor Larry López Torres la conformidad por la entrega de 7 500 plantones de la especie bolaina y 7 500 plantones de la especie Capirona.
6. Con carta Notarial de fecha 6 de agosto de 2010, notificada el 7 de agosto del mismo año, La Entidad solicitó al señor Larry López Torres informé por qué realizó las entregas de los plantones incumpliendo lo estipulado en el contrato y quién autorizó dichas entregas.
7. Mediante escrito presentado el 20 de octubre de 2010, La Entidad puso en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo el Tribunal, la infracción en que habría incurrido el señor Larry López Torres, al haberse constatado, después de otorgada la conformidad, que incumplió injustificadamente las obligaciones del Contrato N° 0474-2010-GRU-P, siendo que por tal motivo, solicita la aplicación de sanción administrativa.
8. Mediante decreto de fecha 25 de octubre de 2010, previo al inicio del procedimiento administrativo sancionador, el Tribunal requirió a La Entidad remita copia del acta de conformidad, con el cual se emitió la conformidad de la recepción del bien entregado por el señor Larry López Torres.
9. No habiendo cumplido La Entidad con remitir la información requerida, mediante decreto de fecha 25 de enero de 2011, se le reiteró que cumpla lo solicitado por el Tribunal.

10. El 15 de febrero de 2011, La Entidad remitió la información solicitada.
11. Mediante decreto de fecha 18 de febrero de 2011⁽¹⁾, se inició procedimiento administrativo sancionador contra el señor Larry López Torres, en lo sucesivo El Contratista, por supuesta responsabilidad al haberse constatado, después de otorgada la conformidad, que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato; infracción tipificada en el literal k) del artículo 237 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF. Asimismo, se emplazó al Contratista para la presentación de sus descargos en el plazo de diez (10) días, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación existente en el expediente.
12. No habiendo cumplido El Contratista con presentar sus descargos respectivos, mediante decreto de fecha 5 de abril de 2011, se hizo efectivo el apercibimiento de resolverse con la documentación obrante en autos y se dispuso remitir el expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. El numeral 1 del artículo 235 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de una orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.
2. En ese sentido, el Tribunal es el órgano que tiene a su cargo el conocimiento y resolución de los procedimientos de imposición de sanción de inhabilitación temporal o definitiva para contratar con el Estado, en los casos expresamente tipificados en el artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, en lo sucesivo la Ley, norma aplicable al momento de la presunta comisión de la infracción, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan adoptar a las Entidades, dentro de sus respectivas atribuciones, en salvaguarda de sus intereses.
3. El presente procedimiento está referido a la supuesta responsabilidad del señor Larry López Torres, por haber incumplido las obligaciones derivadas

(1) Notificado el 17 de marzo de 2011 al señor Larry López Torres, mediante cédula N° 6937/2011.TC.

del Contrato N° 0474-2010-GRU-P, **referidos a la entrega de plántones forestales y no forestales** para los proyectos de inversión pública: proyecto “reforestación de 1500 Has. en los distritos de Nueva Requena y Campo Verde, provincia de Coronel Portillo”, proyecto de “reforestación de 750 Has. con especies forestales de rápido crecimiento en el distrito de Callería”, y el proyecto “reforestación de 750 Has. con especies forestales maderables y no maderables en el distrito de Yarinacocha”; luego de haberse dado la conformidad del mismo, supuesto de hecho del tipo legal previsto en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley⁽²⁾.

4. Al respecto, debe tenerse en cuenta de que la causal de infracción tipificada en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, resulta aplicable a aquellos casos en los que se ha verificado que los contratistas, una vez que recibieron la conformidad de la prestación principal y les fue devuelta la garantía de fiel cumplimiento, no han cumplido con las demás obligaciones complementarias o accesorias a las que se comprometieron y que debían prestarse con posterioridad, lo cual ha significado perjuicios para las entidades ya que, pese a que pagaron por estas prestaciones, no pueden satisfacer cabalmente sus requerimientos y necesidades, debido al incumplimiento de algunas obligaciones por parte del contratista, cuya exigencia se torna difícil, pues el contrato habría culminado formalmente al otorgarse la conformidad.
5. Conforme a lo expuesto, debe entenderse que las obligaciones de cargo del contratista cuyo incumplimiento es sancionado de acuerdo con el literal k) del artículo 51 de la Ley, son aquellas **de carácter accesorio** o complementario, **cuyo cumplimiento debe producirse después de otorgada la conformidad a la prestación principal**, entendida como tal a aquella que definió el objeto de la convocatoria. El inicio del proceso sancionador solo podrá iniciarse una vez que La Entidad haya emplazado al Contratista a cumplir y no medie controversia en curso sobre el supuesto incumplimiento.

(2) **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...)

K) Se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato, distintos de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.

6. Cabe señalar que las citadas disposiciones legales establecen como supuesto de hecho indispensable para su configuración, que se constate después de otorgada la conformidad que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato, distintas de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.
7. En el marco de lo indicado, resulta imprescindible determinar si la constatación del incumplimiento injustificado en el que habría incurrido El Contratista, falta de entrega de plántones forestales y no forestales, fue efectuada luego del otorgamiento de la conformidad, toda vez que, caso contrario, no se habría configurado la citada infracción.
8. En el caso de autos, mediante Informe N° 030-2010-GRU-P-GGR-ORAJ, La Entidad indica que el Proyecto de Reforestación tenía diagnosticado diferentes parcelas de beneficiarios, para distribuir los plántones especiales forestales adquiridos con motivo de la Licitación Pública N° 008-2010-GRU-P-CE-GRRNNyGMA, los cuales se iban a realizar en los meses de junio y julio de 2010, en los que los parceleros tenían preparados sus áreas para ser reforestadas; sin embargo, la encargada de la Oficina de Apoyo a Comités Especiales denunció el incumplimiento del contrato por parte del Contratista, indicando, además, que dicho incumplimiento es atribuible también a los supervisores de cada proyecto, servidores públicos de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión de Medio Ambiente, toda vez que esta habría coordinado y generado de manera expresa la solicitud de entrega de los plántones al Contratista, señalando que el incumplimiento del contrato por parte del Contratista se adecúa a la infracción descrita en el artículo 51, numeral 51.1, inciso k) de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el numeral 1, literal k) del artículo 237 de su Reglamento.
9. Ahora bien, este Colegiado ya se ha pronunciado en anteriores oportunidades al señalar que el proceso sancionador, referida a la causal de infracción que nos ocupa, solo podrá iniciarse una vez que La Entidad haya emplazado al Contratista a cumplir y no medie controversia en curso sobre el supuesto incumplimiento⁽³⁾.

(3) Véase la Resolución N° 2190-2010-TC-S1 de fecha 22 de noviembre 2010 y Resolución N° 2332-2010-TC-S1 de fecha 17 de diciembre de 2010.

10. En efecto, La Entidad solo puede constatar el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contrato, después de otorgada la conformidad, cuando previo emplazamiento, la Contratista no cumple con dichas obligaciones, toda vez que si no hay emplazamiento todavía no se podría evidenciar dicho incumplimiento, puesto que aún no se configuraría la eventual voluntad del Contratista de incumplir las obligaciones del contrato.
11. En tal sentido, si bien es cierto en la norma de contrataciones no se describe el procedimiento que debe seguir La Entidad para emplazar a la Contratista frente al incumplimiento injustificado de las obligaciones del contrato, después de otorgada la conformidad, no es menos cierto que de la propia tipificación de dicha causal de sanción se exige dicho emplazamiento previo, por parte de La Entidad, a fin de que se pueda configurar la causal de sanción imputada contra El Contratista, resguardando de esta manera, el principio del debido proceso legal que debe respetarse para una adecuada imposición de la sanción, toda vez que solo así se podría analizar la eventual voluntad del contratista de incumplir las obligaciones contractuales y, además, si dicho incumplimiento es injustificado.
12. En el marco de lo antes expuesto, es preciso indicar que la documentación existente en el expediente se ha verificado que mediante carta notarial de fecha 6 de agosto de 2010, La Entidad solicitó al Contratista información en los siguientes términos: “(...) solicitamos nos informe con carácter de urgente, dentro de las 48 horas de recibido el presente, el por qué realizó las entregas de los plantones incumpliendo lo estipulado en el contrato, en todo caso, quien autorizó dichas entregas (...)”.
13. En respuesta a lo requerido por La Entidad, mediante carta notarial de fecha 10 de agosto de 2010, El Contratista respondió lo siguiente: “(...) El Contrato fue firmado el 11 de mayo de 2010 ¿por qué la Orden de Compra fue generada y entregada a mi persona el 2 de julio de 2010, después de cuarenta y cinco (45) días de la firma del contrato, cuando ya los plantones se habían entregado casi al 100% del contrato? (...) Se aprovecha la presente para solicitarle ordene a quien corresponda el pago en mérito por las facturas emitidas al Goreu y declaradas a la Sunat (...)”.
14. De lo antes expuesto, se advierte que la comunicación cursada al Contratista no estaba orientada a requerir el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, sino a buscar información respecto al retraso en la entrega de los plantones forestales, el cual según las conclusiones del Informe

N° 202-2010-GRU-P-GGR-ORA-OL-OACE de fecha 24 de agosto de 2010, el incumplimiento del contrato serían atribuibles al contratista, a los supervisores de cada proyecto, a los servidores públicos de la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión del Medio Ambiente, toda vez que la entrega de los plántones por parte del contratista se habría generado a solicitud expresa y en coordinación por la Gerencia Regional de Recursos Naturales y Gestión de Medio Ambiente; es decir, a tenor del informe antes mencionado no se habría determinado la responsabilidad individual en el retraso de la ejecución contractual, por lo que la denuncia presentada contra El Contratista pretendería soslayar la responsabilidad incurrida por los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento y ejecución del contrato de acuerdo a la normas de contrataciones públicas, por lo que dichas acciones se debe poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, para que en uso de sus atribuciones adopte las medidas que considere conveniente.

15. Dentro de este contexto, no puede soslayarse que el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444 consagra el **Principio de Tipicidad**, conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica; mientras que el numeral 2 del mismo artículo hace referencia al **Principio del Debido Procedimiento**, por cuya virtud las Entidades aplicarán sanciones sujetando su actuación al procedimiento establecido, respetando las garantías inherentes al debido procedimiento.
16. En ese orden de ideas, y habiéndose verificado que La Entidad no cumplió con el emplazamiento previo a la Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, después de otorgada la conformidad; entonces, esta Sala concluye que no se ha configurado el tipo sancionador establecido en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
17. Consecuentemente, en estricta observancia del aludido **Principio de Tipicidad**, se concluye que no corresponde imponer sanción administrativa al Contratista respecto de la infracción imputada; sin perjuicio de las acciones legales que La Entidad estime por conveniente adoptar en salvaguarda de sus intereses y de los recursos del Estado.
18. Finalmente, habiendo verificado que la Contratista ha denunciado que la orden de compra para la entrega de los plántones adquiridos por La Enti-

dad se expidió y entregó extemporáneamente el 2 de julio de 2010, cuarenta y cinco (45) días después de firmado el contrato (11 de mayo de 2010), no obstante, de haberse entregados los plantones a La Entidad, sin haber recibido el pago correspondiente, lo cual no resulta regular en las compras que realizan las Entidades Públicas; por lo que, este colegiado considera oportuno comunicar este hecho a su Órgano de Control Institucional, a fin de que determine la responsabilidad de los funcionarios de La Entidad. Asimismo, debe exhortarse al Titular de La Entidad y a los Funcionarios Responsables de Administración y Logística a obrar con mayor diligencia y rigurosidad al brindar su conformidad, exigiendo a los contratistas la realización plena de las prestaciones a su cargo a fin de cautelar el debido aprovechamiento de los recursos públicos con los que cuenta para el mejor cumplimiento de sus funciones.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Dra. Dammar Salazar Díaz y de los Dres. Jorge Silva Dávila y Martín Zumaeta Giudichi, atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado según lo dispuesto mediante Resolución N°103-2011-OSCE/PRE de fecha 15 de febrero de 2011; en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su segunda disposición complementaria transitoria, así como los artículos 17 y 18 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2009-EF y a la Resolución N° 283-2010-OSCE/PRE de 21 de mayo de 2010; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar la imposición de sanción al señor Larry López Torres por supuesta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 del Decreto Legislativo N° 1017, debiendo archivarse el expediente; por los fundamentos expuestos.
2. Comunicar los hechos expuestos en el numeral 18 de la fundamentación al Órgano de Control Institucional de La Entidad, a fin de que determine la responsabilidad de los funcionarios, de ser el caso.

3. Exhortar al Titular de La Entidad y a los Funcionarios Responsables de Administración y Logística a obrar con mayor diligencia y rigurosidad al brindar su conformidad, exigiendo a los contratistas la realización plena de las prestaciones a su cargo.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Silva Dávila.

Zumaeta Giudichi.

Salazar Díaz.

041 **Constatación del incumplimiento: Es efectuada luego del otorgamiento de la conformidad**

Para la configuración de la infracción, resulta imprescindible determinar si la constatación del incumplimiento injustificado en el que habría incurrido el Contratista fue efectuada luego del otorgamiento de la conformidad y, dentro de los plazos de responsabilidad contemplados en las Bases.

Resolución N° 552-2013-TC-S2

Lima, 14 de marzo de 2013

Visto en sesión de fecha 14 de marzo de 2013, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 375.2012.TC, sobre el procedimiento de aplicación de sanción al señor Rivero García Jorge Armando, por haber incumplido las obligaciones derivadas del contrato, después de haber otorgado la conformidad, materia de la Adjudicación Directa Selectiva N° 033-2009-APN/CEP (Primera Convocatoria), efectuada por la Autoridad Portuaria Nacional, para la “Adquisición e Instalación de Módulo de Drywall para la Implementación del Archivo central de la Autoridad Portuaria Nacional” y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Con fecha 13 de octubre de 2009, la Autoridad Portuaria Nacional, en adelante La Entidad, convocó la Adjudicación Directa Selectiva N° 033-2009-APN/CEP (Primera Convocatoria), convocada para la “Adquisición e Instalación de Módulo de Drywall para la Implementación del Archivo central de la Autoridad Portuaria Nacional”, cuyo valor referencial fue S/. 60,000.00 (sesenta mil y 00/100 nuevos soles).
2. Con fecha 27 de octubre de 2009, se llevó a cabo el acto privado de presentación de propuestas, oportunidad en la cual presentaron propuestas la empresa EKONO DRYWALL S.A.C. y el señor Rivero García Jorge Armando.
3. Con Acta de fecha 2 de noviembre de 2009, el Comité Especial otorgó la Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva N° 033-2009-APN/CEP

(Primera Convocatoria), al postor Jorge Armando Rivero García, siendo el monto adjudicado S/. 54,950.00 (cincuenta y cuatro mil novecientos cincuenta y 00/100 nuevos soles).

4. Con fecha 17 de noviembre de 2009, la Entidad y el postor Jorge Armando Rivero García, en adelante El Contratista, suscribieron el Contrato N° 033-2009-APN, cuya finalidad fue la “Adquisición e Instalación de Módulo de Drywall para la Implementación del Archivo central de la Autoridad Portuaria Nacional..
5. Mediante Oficio N° 377-2012-APN/GG presentado ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en adelante el Tribunal, el 13 de marzo de 2012, La Entidad puso en conocimiento de este Tribunal que el Contratista, habría incurrido en causal de sanción, al haberse constatado, después de otorgada la conformidad, que incumplió injustificadamente las obligaciones del Contrato N° 033-2009-APN. Asimismo, adjuntó entre otros, el Informe Técnico Legal N° 003-2012-APN/UAJ-OGA de fecha 6 de febrero de 2012, en el cual informó lo siguiente:
 - i) El 2 de noviembre de 2009, el Comité Especial Permanente, adjudicó la Buena Pro al Contratista, por el monto de S/. 54,950.00, el mismo que ofreció proveer a La Entidad del bien solicitado en el plazo de 23 días calendarios.
 - ii) Con fecha 17 de noviembre de 2009, suscribieron el Contrato N° 033-2009-APN con el Contratista.
 - iii) Dentro de la propuesta técnica del Contratista se encuentra el Anexo N° 6 denominado “Declaración Jurada sobre Garantía”, en el cual ofreció una garantía de 6 años respecto del bien entregado a su representada.
 - iv) Mediante Memorando N° 124-2011/APN/SD de fecha 25 de agosto de 2011, la Secretaría del Directorio, como área usuaria, informó a la Oficina General de Administración que el techo del archivo central presentaba filtraciones de agua debido a las continuas lluvias, situación que era perjudicial para el área que custodia la documentación de La Entidad, solicitando el mantenimiento y/o reparación respectiva.

- v) Mediante Carta Notarial N° 292-2011-APN/OGA de fecha 2 de setiembre de 2011, requirieron al Contratista efectúe la evaluación y reparación de la filtración de agua en el techo del archivo con carácter de urgente, teniendo en cuenta que se encontraba vigente la garantía otorgada, la que culmina el 11 de febrero de 2015. La referida carta fue recibida por el Contratista el 7 de setiembre de 2011.
 - vi) El Contratista no respondió a dicha carta notarial, ni cumplió con lo requerido, razón por la cual mediante Carta Notarial N° 305-2011-APN/OGA de fecha 16 de setiembre de 2011, reiteraron al Contratista la necesidad que este realice la evaluación y reparación, otorgándole el plazo de tres (3) días calendario para que se apersona y proceda a la reparación respectiva, bajo apercibimiento de proceder conforme a ley; dicha carta fue recibida por el Contratista; sin embargo, no se consignó fecha de recepción.
 - vii) De conformidad al literal k) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones, el cual establece que se impondrá sanción administrativa a los contratistas en caso se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.
6. Mediante decreto de fecha 16 de marzo de 2012, de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador se requirió a La Entidad para que cumpla con subsanar su documentación, debiendo remitir copias legibles de la Carta Notarial N° 292-2011-APN/OGA de fecha 02/09/2011 y Carta Notarial N° 305-2011-APN/OGA de fecha 16/09/2011, mediante las cuales le requiere y reitera, respectivamente, al contratista que cumpla con las obligaciones pactadas en el citado contrato; así como también, se remita copia del documento que acredite que el Titular de La Entidad tuvo conocimiento cierto y fehaciente sobre el incumplimiento contractual; así como, presentar los antecedentes administrativos correspondientes completos, foliados y ordenados cronológicamente; otorgándole para tal efecto el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de La Entidad en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.
7. Con decreto del 14 de junio de 2012, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal, se reiteró a La Entidad para que cumpla con

remitir la información y documentación requerida mediante decreto de fecha 16/03/2012, debidamente notificado con Cédula de Notificación N° 7745/2012.TC el 29/05/2012, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles.

8. Mediante decreto de fecha 3 de julio de 2012, vista la razón expuesta por Secretaría del Tribunal, no habiendo cumplido La Entidad con remitir la información y documentación solicitada se hizo efectivo el apercibimiento decretado de resolver el presente procedimiento con la documentación obrante en autos y se remitió el expediente a la Segunda Sala del Tribunal, a fin de que evalúe la procedencia del inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el señor Jorge Armando Rivero García, con conocimiento de La Entidad.
9. Con Oficio N° 714-2012-APN/GG presentado el 10 de julio de 2012, La Entidad remitió la documentación requerida.
10. Mediante decreto de fecha 13 de julio de 2012, se tuvo por presentado el Oficio N° 714-2012-APN/GG remitido por La Entidad.
11. Con Acuerdo N° 319-2012-TC-S2 del 17 de julio de 2012, la Segunda Sala del Tribunal dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador al señor Jorge Armando Rivero García, por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el literal k), numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado.
12. Mediante decreto del 20 de julio de 2012, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador al Contratista por su supuesta responsabilidad en haber constatado, después de otorgada la conformidad que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato y, se le otorgó el plazo de diez (10) días para que presente sus descargos.
13. Con decreto del 28 de agosto de 2012, se dispuso notificar el decreto del 20 de julio del mismo año, mediante publicación en el diario oficial *El Peruano*, a fin de que el Contratista cumpla con presentar sus descargos. Dicha publicación se llevó a cabo el 12 de noviembre de 2012.
14. Con decreto del 14 de diciembre de 2012, no habiendo cumplido El Contratista con presentar sus descargos, se dispuso remitir el expediente a la Segunda Sala del Tribunal para que resuelva.

FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, la supuesta responsabilidad del Contratista por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.
2. Cabe señalar que la citada disposición legal establece, como supuesto de hecho indispensable para su configuración, que “se constate después de otorgada la conformidad que incumplió injustificadamente las obligaciones del contrato, distintas de vicios ocultos, hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases”.
3. En el marco de lo indicado, y de acuerdo al Principio de Tipicidad, contemplado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444, conforme al cual las conductas expresamente descritas como sancionables no pueden admitir interpretación extensiva o analógica, resulta imprescindible determinar si la **constatación del incumplimiento injustificado** en el que habría incurrido el Contratista **fue efectuada luego del otorgamiento de la conformidad y dentro de los plazos de responsabilidad contemplados en las Bases**, caso contrario, no se habría configurado la citada infracción.

Respecto a la Conformidad del servicio realizado

4. En el caso de autos, La Entidad ha informado que con Acta de Recepción de bienes del 12 de febrero de 2009⁽⁴⁾, se otorgó la conformidad al módulo de Drywall entregado por El Contratista, fecha a partir de la cual, debía regir plazo de garantía de seis (6) años ofertado en la propuesta técnica, el cual se constituye como una prestación accesorio al objeto de la convocatoria, que debía ser cumplida durante el periodo señalado.

Posteriormente a la conformidad otorgada, con Memorando N° 124-2011-APN/SD del 25 de agosto de 2011, según lo indicado en el Informe Técnico Legal N° 003-2012-APN/UAJ-OGA⁽⁵⁾, la Secretaría del Directorio de la APN informó que el techo del archivo central presentaba filtraciones de agua debido a las continuas lluvias, por tal motivo, mediante la

(4) Obrante a folios 15 del expediente administrativo.

(5) Obrante a folio 9 del expediente administrativo.

Carta N° 292-2011-APN/OGA de fecha 2 de setiembre de 2011⁽⁶⁾ y la Carta N° 305-2011-APN/OGA de fecha 16 de setiembre de 2011⁽⁷⁾, se le comunicó al Contratista los problemas generados por la ejecución del Contrato N° 033-2009-APN y, adicionalmente, se le requirió la evaluación y reparación de la filtración de agua en el techo del archivo con carácter de urgencia.

De lo anterior se puede advertir que, la comunicación remitida al Contratista tenía como finalidad requerirle el cumplimiento de sus obligaciones producto de la garantía ofrecida; sin embargo, no obstante tal requerimiento, El Contratista no se presentó a solucionar los inconvenientes antes indicados.

Como se puede advertir, La Entidad cumplió con otorgar la conformidad al servicio brindado y, adicionalmente, requirió al Contratista subsanar las deficiencias suscitadas por la filtración del agua, en virtud a la garantía propuesta, cumpliéndose de esta forma, con uno de los elementos descritos en el supuesto de hecho tipificado en el literal k) del artículo 51 de la Ley.

Respecto al plazo de responsabilidad del contratista

5. Habiéndose verificado que La Entidad otorgó la conformidad al servicio realizado por El Contratista, corresponde analizar si se ha cumplido con establecer un plazo de responsabilidad en las Bases del proceso.
6. De la revisión a la documentación remitida por La Entidad, se ha podido verificar que las Bases del presente proceso, las cuales incluyen la proforma del contrato, han omitido consignar un plazo de responsabilidad del Contratista, el cual debía estar expresamente indicado según lo descrito en el tipo sancionador imputado, puesto que sin la indicación de dicho plazo, no podría configurarse el supuesto de hecho tipificado como sancionable.

Si bien en el caso materia de autos, el plazo de responsabilidad habría sido descrito en la Cláusula Décimo Tercera del contrato, de la revisión a dicha cláusula se puede verificar que no hace referencia a ningún periodo de tiempo en el cual se impute responsabilidad alguna, sino tan solo, se limita

(6) Obrante a folio 333 del expediente administrativo.

(7) Obrante a folio 334 del expediente administrativo.

a establecer lo siguiente: “sin perjuicio de la indemnización por daño ulterior, las sanciones administrativas y pecuniarias aplicadas al Contratista, no lo eximen de cumplir con las demás obligaciones pactadas ni de las responsabilidades civiles y penales que hubiera lugar”.

Así también, mediante Declaración Jurada del 27 de octubre de 2009⁽⁸⁾, el Contratista ofertó una garantía de seis (6) años por el bien entregado, contados a partir del acta de conformidad respectiva, compromiso que debía ser asumido durante la vigencia de dicha garantía; sin embargo, bajo ningún supuesto, podría considerarse tal plazo como el de responsabilidad exigido por el tipo sancionador, a efectos de restringir derechos del Contratista.

Como se indicó, tales disposiciones no permiten configurar el tipo sancionador exigido en el literal k), pues como se ha señalado, dicho plazo debe estar consignado en las Bases del proceso, las cuales incluyen la proforma del contrato, a efectos que los postores conozcan con anterioridad a su participación en este, el plazo por el cual se encuentran vinculados por el servicio realizado o por los bienes entregados.

Por otro lado, si bien la garantía ofertada, supone un compromiso del Contratista en asegurar el óptimo uso del bien en el periodo de tiempo indicado, no podría considerarse que el periodo señalado por el propio Contratista suponga el plazo establecido por el tipo sancionador descrito en el literal k) antes indicado, por el cual sería merecedor a una sanción administrativa, pues obedecen a una naturaleza distinta.

Así, tenemos que el plazo señalado en las Bases supone un periodo de tiempo generalizado, que todo postor conoce al presentarse al proceso de selección, en el cual, de no cumplirse con las obligaciones derivadas del vínculo contractual, será pasible de sanción administrativa. Por otro lado, la garantía ofertada, supone la determinación de un periodo de tiempo propio, particular, restringido a la esfera de cada participante, cuya determinación no está referida a condicionar o complementar un tipo sancionador, sino por el contrario, acceder a un mejor puntaje por el tiempo ofertado, por lo cual no puede ser usado como plazo supletorio ante la ausencia de tal indicación en las Bases del proceso.

(8) Obrante a fojas 70 del expediente administrativo sancionador.

Consecuentemente, en estricta observancia del aludido Principio de Tipicidad, se concluye que corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción al Contratista por la infracción imputada, sin perjuicio de las acciones legales que La Entidad estime por conveniente adoptar en salvaguarda de sus intereses y de los recursos del Estado.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Mariela Sifuentes Huamán y la intervención de los Vocales Ana Teresa Revilla Vergara y Adrian Juan Jorge Vargas de Zela, atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 345-2012-OSCE/PRE, expedida el 30 de octubre de 2012 y, en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad.

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar NO HA LUGAR a la imposición de sanción al señor Rivero García Jorge Armando, por incumplir injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases, infracción tipificada en el literal k) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.
2. Archivar el presente expediente.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ss.

Sifuentes Huamán.

Revilla Vergara.

Vargas de Zela.

ÍNDICE GENERAL

Índice general

| | |
|-----------------------------|---|
| Estudio introductorio | 5 |
|-----------------------------|---|

CAPÍTULO I

NO MANTENIMIENTO DE LA OFERTA Y NO SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO

| | |
|---|----|
| 001. Hecho de fuerza mayor: Postor debe acreditarlo..... | 19 |
| 002. Causas ajenas a la voluntad del postor: No genera responsabilidad administrativa | 26 |
| 003. Configuración de la causal: Análisis formal y sustancial..... | 35 |
| 004. Omisión de suscribir el contrato: Cuando el postor no se presenta en la fecha señalada por La Entidad | 43 |
| 005. Obligación de suscribir el contrato: Si La Entidad no lo hace, los funcionarios incurrirán en responsabilidad | 52 |
| 006. Mantenimiento de la oferta: Postor está obligado a mantener la oferta hasta el acto de consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro | 64 |
| 007. Citación para suscribir el contrato: Constituye una condición para la configuración de la infracción | 84 |

CAPÍTULO II

RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, ORDEN DE COMPRA O DE SERVICIOS

| | |
|---|-----|
| 008. Resolución del contrato: Entidad podrá resolver el contrato en forma total y parcial..... | 95 |
| 009. Remisión de carta notarial: Su contenido debe precisar la obligación incumplida..... | 106 |
| 010. Presunción: El incumplimiento es atribuible a la parte que debió ejecutar las prestaciones | 116 |

| | | |
|-------------|--|------------|
| 011. | Compromiso contractual: Las partes se obligan al cumplimiento de las prestaciones recíprocas que constan en él..... | 128 |
| 012. | Acreditación del cumplimiento: El Contratista debe comprobar que cumplió con la entrega del bien | 137 |
| 013. | Formalidad de la resolución: La Entidad debe resolver el contrato conforme al procedimiento establecido en la normativa | 149 |
| 014. | Medios alternativos: Resolución del contrato puede someterse a conciliación o arbitraje | 155 |
| 015. | Responsabilidad del proveedor: Entidad debe haber requerido previamente la ejecución de las prestaciones | 165 |

CAPÍTULO III

CONTRATAR CON EL ESTADO ESTANDO IMPEDIDO PARA ELLO

| | | |
|-------------|--|------------|
| 016. | Impedidos para participar en los procesos de selección: Personas jurídicas con inhabilitación temporal o permanente | 179 |
| 017. | Proveedores sancionados: Imposibilitados de crear una nueva persona jurídica para contratar con el Estado | 193 |
| 018. | Interpretación restrictiva de la norma: Impedimentos se aplican para personas que podrían incurrir en un conflicto de intereses | 202 |
| 019. | Aplicación de principios: Libre competencia, imparcialidad, transparencia y trato justo e igualitario | 214 |
| 020. | Participación de funcionarios: La normativa les impone restricciones debido a la naturaleza de sus atribuciones | 230 |

CAPÍTULO IV

NO MANTENER VIGENTE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROVEEDORES

| | | |
|-------------|---|------------|
| 021. | Inscripción en el RNP: Su renovación es de exclusiva responsabilidad de los proveedores | 245 |
| 022. | Configuración de la infracción: Se requiere acreditar que el postor no contaba con RNP vigente | 266 |
| 023. | Supuestos para configuración de la infracción: Participación en un proceso de selección y presentación de propuestas | 276 |

| | | |
|------|---|-----|
| 024. | Momentos para su configuración: Norma actual es más benigna | 281 |
| 025. | Momentos para su configuración: Alcances | 292 |

CAPÍTULO V

SUSCRIPCIÓN DE UN CONTRATO POR MONTOS MAYORES A LA CAPACIDAD LIBRE DE CONTRATACIÓN, O EN ESPECIALIDADES DISTINTAS

| | | |
|------|---|-----|
| 026. | Inexistencia de contratos pendientes de valorización: Capacidad máxima de contratación de un ejecutor es igual a su capacidad de libre contratación | 305 |
| 027. | Especialidad de consultoría de obras menores: Exigible si el monto del contrato no supera el tope previsto para una adjudicación directa selectiva | 313 |
| 028. | Si las bases omitieron la información referida a la especialidad solicitada: No se configura la infracción | 322 |

CAPÍTULO VI

SUBCONTRATACIÓN SIN AUTORIZACIÓN DE LA ENTIDAD

| | | |
|------|---|-----|
| 029. | Configuración: Subcontratación sin el consentimiento de La Entidad | 343 |
| 030. | Porcentaje no autorizado para la subcontratación: Más del 40% del monto del contrato originalmente suscrito | 353 |
| 031. | Configuración objetiva: La sola suscripción del subcontrato genera la sanción | 362 |

CAPÍTULO VII

INCURRIR EN EL SUPUESTO DE SOCIOS COMUNES NO PERMITIDOS

| | | |
|------|---|-----|
| 032. | Configuración: Presentación al mismo proceso de selección de forma independiente y no consorciada | 373 |
| 033. | Porcentaje que da lugar a la infracción: Cuando los socios comunes posean más del 10% de las acciones, participaciones o aportes en cada uno de los proveedores | 384 |

CAPÍTULO VIII
PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN
FALSA O INFORMACIÓN INEXACTA

| | | |
|------|--|-----|
| 034. | Documentación inexacta: Infracción quebranta los principios de moralidad y presunción de veracidad | 399 |
| 035. | Propuesta técnica: Se presume que la documentación que la sustenta es verdadera | 410 |
| 036. | Configuración: Cuando los documentos no son expedidos por el agente emisor o fueron adulterados | 420 |
| 037. | Configuración: Se produce con la sola presentación del documento falso o inexacto | 429 |
| 038. | Documentos falsos: Información inexacta guarda diferencias con la información incongruente | 441 |
| 039. | Determinación de la responsabilidad: No implica un juicio de valor..... | 454 |

CAPÍTULO IX
INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO
DEL CONTRATO DESPUÉS
DE OTORGADA LA CONFORMIDAD

| | | |
|------|---|-----|
| 040. | Emplazamiento previo: Se realiza ante el incumplimiento de las obligaciones del contrato..... | 471 |
| 041. | Constatación del incumplimiento: Es efectuada luego del otorgamiento de la conformidad..... | 480 |
| | ÍNDICE GENERAL | 489 |

