

# ANÁLISIS DEL ACUERDO DE SALA PLENA N° 02-2018/TCE: SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA INFRACCIÓN POR PRESENTACIÓN DE INFORMACIÓN INEXACTA

## ANALYSIS OF THE LEADING CASE AGREEMENT N° 02-2018/TCE: CONCERNING THE INFRINGEMENT COMMITTED FOR FILING INACCURATE INFORMATION

### Luis Fernando Villavicencio Benites

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la misma casa de estudios.

### Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra

Abogado Senior Especialista en Contrataciones del Estado en AMÉRICA MÓLVIL PERÚ S.A.C.

---

#### RESUMEN:

Con la presente investigación, los autores buscan poner en evidencia los graves problemas que genera la aplicación del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE, ya que, si bien los precedentes administrativos de observancia obligatoria tienen como principal finalidad garantizar los principios de predictibilidad o imparcialidad, el precedente objeto de estudio, al realizar una interpretación extensiva del tipo legal referido a la presentación de información inexacta, constituye una clara contravención al principio de tipicidad.

**PALABRAS CLAVE:** Precedente de observancia obligatoria, Acuerdo de Sala Plena, Tribunal de Contrataciones del Estado, Predictibilidad, Imparcialidad, Tipicidad.

---

---

#### ABSTRACT:

With the following investigation, the authors attempt to prove the serious problems generated by the application of the leading case agreement N° 02-2018/TCE, given that previous case laws are used to guarantee the principles of predictability or impartiality; however, the case subject to this research performs an extensive legal interpretation concerning the filing of inaccurate information, act that results in a clear contravention to the principle of legality.

**KEYWORDS:** Leading Case Agreement, Public Procurement Court, Predictability, Impartiality, Legality, Extensive Legal Interpretation.

---

### **SOBRE EL ARTÍCULO:**

El siguiente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 28 de enero de 2019 y aprobado para su publicación el 10 de junio de 2019.

### **SOBRE LOS AUTORES:**

Luis Fernando Villavicencio Benites. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la misma casa de estudios. Adjunto de docencia de los cursos de Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Derecho de la PUCP. Abogado Especialista en Contrataciones del Estado en AMÉRICA MÓLVIL PERÚ S.A.C.

Fayzal Adnan Abuhadba Zegarra. Abogado por la Universidad de Lima, con especialidad en Sistema de Adquisiciones Públicas y Ley de Contrataciones del Estado por la misma casa de estudios. Abogado Senior Especialista en Contrataciones del Estado en AMÉRICA MÓLVIL PERÚ S.A.C.

### **SUMARIO**

1. Introducción
2. De la naturaleza e importancia de los precedentes administrativos y la potestad del Tribunal de Contrataciones del Estado para producir Acuerdos de Sala Plena
3. De la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado y la configuración de la infracción por presentación de información inexacta:
4. Análisis del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE
5. Conclusiones

## 1. Introducción.

El Derecho Administrativo tiene como una de sus principales misiones el gestionar adecuadamente herramientas que posibiliten la tutela oportuna del ciudadano, a través de la simplificación de procedimientos administrativos, coadyuvando a promover la seguridad jurídica o como instrumento en la lucha contra la corrupción, entre otros. Todo ello solo es posible si se implementan medidas que fomenten el buen gobierno y la buena administración, previniendo prácticas indebidas a través de la regulación de mecanismos que faciliten una adecuada convergencia entre intereses privados y públicos, para la configuración del interés general.

Uno de estos mecanismos se encuentra reconocido en la facultad de la Administración Pública para producir precedentes administrativos de observancia obligatoria. Tal modalidad de actuación tiene como función el garantizar a los administrados los resultados posibles que podrían obtener en determinado procedimiento administrativo, ya que, dichos precedentes unifican criterios de interpretación normativa, siendo aplicados a situaciones con características similares que se presentan de manera reiterada ante las Entidades del aparato estatal.

Sin embargo, no pocas veces la producción de precedentes administrativos de observancia obligatoria en lugar de garantizar la tutela de los derechos de los administrados, comprometen la aplicación de principios básicos del derecho como la predictibilidad o la tipicidad de infracciones y sanciones.

Tal es el caso del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE (en adelante, el Acuerdo) publicado en el diario oficial "El Peruano" el 02 de junio de 2018, por el Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, el TCE), precedente mediante el cual, como veremos en las siguientes líneas, el referido órgano colegiado ha realizado una interpretación extensiva del tipo infractor vinculado con la presentación de información inexacta, constituyendo una clara transgresión al principio de tipicidad.

El objetivo del presente trabajo de investigación es evidenciar la mencionada vulneración, pues bajo ninguna circunstancia la Administración Pública debe realizar este tipo de interpretaciones, toda vez que las herramientas que el ordenamiento jurídico administrativo le ha dotado no pueden ser empleadas en perjuicio de la ciudadanía, sino más bien, para garantizar los principios de legalidad o seguridad jurídica, entre otros.

Asimismo, de manera previa al análisis del mencionado Acuerdo, en los siguientes apartados desarrollaremos algunas anotaciones sobre la naturaleza e importancia de los precedentes administrativos, las potestades del TCE para producir precedentes y para imponer sanciones; así como la naturaleza de la infracción por presentación de información inexacta, los principios que vulnera y su diferencia con la presentación de documentación falsa.

## 2. De la naturaleza e importancia de los precedentes administrativos y la potestad del Tribunal de Contrataciones del Estado para producir Acuerdos de Sala Plena.

Sobre el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, Rebollo Puig (2015, p. 86) destaca que: *"La doctrina clásica suele limitarse a presentar el derecho como un sistema de normas que se diferencian intrínsecamente de otras reglas (morales, sociales, etc.) por ciertas características, en especial, por su imperatividad y coercibilidad. Esto no capta*

lo más profundo del fenómeno jurídico (...) en el que se debería poner más énfasis en elementos distintos de las normas: en la misma estructura del ordenamiento, en sus modos de formación, en su vida propia y evolución, en sus miembros y órganos, los que crean y los que aplican o simplemente cumplen o incumplen sus normas, elementos todos ellos que ordenan la realidad social más allá de las normas”.

En ese orden de ideas, García de Enterría (2006, p. 72) detalla que: “El correcto entendimiento de ordenamiento jurídico no está representado por un agregado de normas; más bien, el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia, sino justamente por su inserción en un ordenamiento concreto, que como tal la precede y ha tenido que definirla como “fuente de Derecho” y en cuyo seno únicamente cobra todo su sentido”.

De acuerdo a ello, según Cassagne (2010, p. 176): “(...) el ordenamiento jurídico administrativo no se integra solo con normas positivas. Sin desconocer la trascendencia de la norma positiva como fuente del Derecho, lo jurídico no puede limitarse ni circunscribirse a las normas escritas, habida cuenta de la frecuencia con que aparecen las llamadas lagunas o vacíos del ordenamiento jurídico positivo”.

De ahí que el precedente administrativo haya tomado un papel protagónico en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico administrativo, toda vez que, son elaborados en respuesta a situaciones en las que se encuentran determinados administrados y que, ante la similitud de las circunstancias, requieren que la Administración Pública fije criterios de uniformidad que garanticen una misma respuesta o resolución.

Así, de conformidad con Sánchez Morón (2017, p. 136) el precedente administrativo debe ser “(...) entendido como la respuesta o decisión adoptada con anterioridad por una misma administración en un supuesto o una serie de supuestos similares a aquel con el que se compara”.

En la misma línea argumentativa, Cairampoma Arroyo (2014, p. 485) señala que: “(...) el precedente administrativo se presenta cuando frente a un mismo supuesto de hecho la Administración Pública puede preferir una consecuencia jurídica frente a otras, en tanto tiene la posibilidad de elegir una opción u otra en su manera de actuar. En este contexto, en el que la Administración cuenta con más de una posibilidad de actuación, el precedente administrativo resulta importante porque permite predictibilidad y equidad en el trato de los administrados”.

De lo detallado por el aludido autor, podemos abstraer dos elementos de suma relevancia respecto del precedente administrativo: la predictibilidad y la equidad en el trato a los administrados.

En relación con el principio de predictibilidad, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), establece en el numeral 1.15 del artículo IV del Título Preliminar, lo siguiente:

**“1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima:** La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones

que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y **no puede actuar arbitrariamente**. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables” (El resaltado es agregado).

Podremos observar que el principio de predictibilidad o de confianza legítima está íntimamente ligado con una institución básica y fundamental del derecho: la seguridad jurídica. Sobre este punto, nuestro Tribunal Constitucional ya ha tenido la oportunidad de desarrollar el aludido principio en el precedente constitucional “Huatuco” (Exp. 05057-2013-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 09):

“(…) forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad”.

Por otro lado, el segundo componente esencial del precedente administrativo es el referido al trato igualitario a los administrados, el cual no es ajeno al compilado de principios enumerados en el artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, ya que el numeral 1.5 de la mencionada disposición señala:

**“1.5. Principio de imparcialidad:** Las autoridades administrativas **actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento**, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general” (El resaltado es agregado).

Sobre dicho principio, Morón Urbina (2017, p. 89) indica: “La imparcialidad de la función pública es un canon de conducta para la buena administración que el ordenamiento jurídico impone a las autoridades como forma de respetar el derecho a la igualdad de los administrados. Consiste en preservar las decisiones de la Administración Pública atendiendo al interés general y sujeción al principio de legalidad, con independencia de posturas basadas en influencias externas”.

En síntesis, de conformidad con Cairampoma Arroyo (2014, p. 491), la relevancia del precedente administrativo en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico administrativo se resume en los siguientes tres puntos:

1. Es una herramienta que permite garantizar la seguridad jurídica, en tanto se trata del reconocimiento de un criterio pasible de ser utilizado para las actuaciones posteriores de la Administración Pública.
2. La eficiencia y economía procedimental que supone la aplicación de precedentes administrativos permite, por un lado, aplicar criterios generales a diversas causas y, por otro lado, desincentiva la presentación de pedidos desproporcionados.
3. Evita la arbitrariedad en la actuación de la Administración Pública en el marco de su potestad discrecional, aplicando la ley de la misma manera para los administrados, respetándose así el principio de igualdad.

Ahora bien, la regulación del precedente administrativo en el TUO de la LPAG ha sido plasmada en las siguientes disposiciones:

**“Artículo V: Fuentes del procedimiento administrativo**

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo:

(...)

2.8. Las resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos de alcance general y debidamente publicadas. Estas decisiones generan precedente administrativo, agotan la vía administrativa y no pueden ser anuladas en esa sede.

2.9. Los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor, debidamente difundidas”.

**“Artículo VI: Precedentes administrativos**

1. Los actos administrativos que al resolver casos particulares interpreten de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación, constituirán precedentes administrativos de observancia obligatoria por la entidad, mientras dicha interpretación no sea modificada. Dichos actos serán publicados conforme a las reglas establecidas en la presente norma.

2. Los criterios interpretativos establecidos por las entidades, podrán ser modificados si se considera que no es correcta la interpretación anterior o es contraria al interés general. La nueva interpretación no podrá aplicarse a situaciones anteriores, salvo que fuere más favorable a los administrados. 3. En todo caso, la sola modificación de los criterios no faculta a la revisión de oficio en sede administrativa de los actos firmes”.

De los artículos citados, podemos advertir la existencia de dos supuestos bajo los cuales se puede producir un precedente administrativo: (i) resoluciones emitidas por la Administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales; y, (ii) pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas.

Sobre el primer supuesto, Morón Urbina (2017, p. 166-167), expresa: “(...) la resolución de un caso administrativo concreto conectado con un argumento útil para futuros casos, emitidos por tribunales administrativos (por ejemplo, Tribunal Fiscal, Tribunal de SERVIR, Tribunal del INDECOPI, Tribunal Registral, Tribunal de Contrataciones del Estado, etc.) establece criterios interpretativos de alcance general para resolver asuntos con similares presupuestos de hecho, calificadas expresamente por el propio tribunal previa votación calificada o unánime de los miembros del órgano y finalmente, su publicación”.

En relación con el segundo supuesto, el citado autor indica: “(...) la opinión que realiza determinada entidad autorizada por norma expresa para interpretar a pedido de parte, en la vía administrativa el sentido, alcance, aplicación, o vigencia de normas jurídicas-administrativas y que, al difundirse, son fuentes jurídicas para los operadores del ordenamiento. No se trata de una interpretación aplicativa de la norma para resolver un caso específico, sino un pronunciamiento en abstracto de la normativa misma. Es una opinión abstracta dada a pedido de un administrado que busca seguridad jurídica, claridad normativa, predictibilidad para los mercados y usuarios, reducir la discrecionalidad de las autoridades”.

En el caso que nos ocupa, los Acuerdos de Sala Plena encajan en el primer supuesto, ello debido a las atribuciones reconocidas al TCE en la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado<sup>1</sup> (en adelante, la LCE):

**“Artículo 59: Tribunal de Contrataciones del Estado**

*59.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.*

*(...)*

*59.3 Mediante acuerdos adoptados en Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria, el Tribunal de Contrataciones del Estado interpreta de modo expreso y con carácter general las normas establecidas en la presente Ley y su reglamento”.*

Asimismo, el Reglamento de la LCE, aprobado mediante Decreto Supremos N° 344-2018-EF, también contiene disposiciones respecto de la producción de Acuerdos de Sala Plena:

**“Artículo 130: Precedentes de observancia obligatoria**

Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la Ley y el Reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos.

Dichos acuerdos son publicados en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE debidamente sistematizados. Los precedentes de observancia obligatoria son aplicados por las Entidades y las Salas del Tribunal, conservando su vigencia mientras no sean modificados por posteriores acuerdos de Sala Plena del Tribunal o por norma legal”.

Finalmente, el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante, OSCE) aprobado mediante Decreto Supremo N° 076-2016-EF, establece que:

**“Artículo 21: Funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado**

*Son funciones del Tribunal:*

*(...)*

*h) Dispones la publicación de las resoluciones y pronunciamientos que emita, conforma a la normativa vigente”.*

De los artículos citados, podemos apreciar que, en efecto, los Acuerdos de Sala Plena calzan en el supuesto establecido en el numeral 2.8 del artículo V del Título Preliminar de la LPAG, toda vez que, dichos precedentes administrativos han sido emitidos por un tribunal regido por una ley especial, establecen criterios interpretativos de alcance general y deberán ser publicados en el Diario Oficial El Peruano, así como en el portal institucional del OSCE.

Desarrollados algunos breves apuntes respecto de la naturaleza e importancia de los precedentes administrativos en nuestro ordenamiento jurídico; y, la regulación de los

---

<sup>1</sup> Ley modificada mediante Decretos Legislativos N°s 1341 y 1444.

Acuerdos de Sala Plena en la LCE, previamente al análisis de fondo sobre el Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE, resulta indispensable para el buen entendimiento del tema de investigación, realizar un resumido recorrido sobre la potestad sancionadora del TCE; así como la configuración de la infracción por presentación de información inexacta.

### 3. De la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado y la configuración de la infracción por presentación de información inexacta.

Sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública, Rebollo Puig (2016, p. 198) manifiesta que: *“Frente a lo que podría ser una situación perfecta de monopolio judicial del ius puniendi estatal, esto es, que solo los jueces pudieran imponer castigos a los ciudadanos, en todos los Estados se ha reconocido con relativa amplitud la potestad sancionadora de la Administración (...) se ha dado a denominar Derecho Administrativo Sancionador a aquella rama dentro del Derecho Administrativo que regula el ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de su potestad sancionadora y las correspondientes garantías de los ciudadanos (...) las sanciones administrativas tienen un régimen peculiar dentro del conjunto de la Actividad de las Administraciones Públicas que se caracteriza por ofrecer más garantías a los ciudadanos que las que tienen ante otros tipos de actuaciones administrativas: unas garantías parcialmente similares a las del Derecho penal y procesal penal”*.

Por su parte, Sánchez Morón (2017, p. 697), detalla que: *“Mediante la facultad otorgada a la Administración de imponer sanciones para quienes vulneran la legalidad administrativa, el legislador persigue garantizar la observancia de la misma y de las limitaciones y deberes que se imponen a los ciudadanos por las normas jurídicas o a través de actos administrativos de obligado cumplimiento: órdenes, requerimientos, denegación de autorizaciones, etc. También esa finalidad se consigue mediante la legislación penal y la sanción de ciertos delitos y faltas. Pero está claro hoy en día, aquí y en todas partes, que la actuación de los tribunales penales, por su limitado número y por las formalidades y la lentitud inherente al proceso penal, no es suficiente para asegurar de manera adecuada el respeto de las leyes. En consecuencia, todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos reconocen también una potestad sancionadora más o menos extensa a favor de la Administración. En su ausencia, muchas sanciones quedarían sin reprimir, lo que mermaría considerablemente la eficacia de la actuación administrativa y también del Estado de Derecho, pues una obligación legal cuyo incumplimiento carece de consecuencias jurídicas desfavorables para el infractor, acaba por perder su valor”*.

Como es ampliamente sabido, la potestad sancionadora de la Administración constituye una manifestación del poder de *ius Puniendi*, a través de la cual el Estado persigue e impone castigos a los administrados que infringen determinadas normas legales o reglamentarias. En nuestro ordenamiento jurídico, esta potestad sancionadora es ejercida a través de autoridades o instituciones de la Administración, a quienes se les ha conferido expresamente tal competencia mediante norma con rango de ley.

Lo previamente señalado ha sido reconocido en el TUO de la LPAG:

“Artículo 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

1. **Legalidad:** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad



*sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.”*

Las compras estatales en nuestro ordenamiento jurídico no han sido ajenas a tal potestad. Esta facultad ha sido reservada y encomendada con exclusividad al TCE. En efecto, de conformidad con el artículo 59° de la LCE, el TCE es un órgano resolutorio dentro de la estructura administrativa del OSCE, que cuenta con plena autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones:

“Artículo 59: Tribunal de Contrataciones del Estado

59.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones. Tiene las siguientes funciones:

(...)

b) **Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso”** (El resaltado es agregado).

Por su parte el Reglamento de la LCE, reconoce que:

“Artículo 257: Potestad sancionadora del Tribunal

257.1. La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, según corresponda, así como a las Entidades cuando actúen como tales, por infracción a las disposiciones contenidas en la Ley y el Reglamento, reside exclusivamente en el Tribunal.”

Como podemos advertir, la función más relevante del TCE es la de aplicar sanciones de multa o inhabilitación a los participantes, postores, contratistas, Entidades<sup>2</sup> y/o subcontratistas, y profesionales que se desempeñen como residentes o supervisores de obra, que incurran en algunas de las infracciones previstas en el artículo 50° de la LCE:

“Artículo 50: Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda (...).”

Podemos concluir que la potestad sancionadora en materia de compras estatales es ejercida en exclusividad por el TCE, mediante la imposición de sanciones de multa, o de inhabilitación temporal o definitiva del derecho de participar en procedimientos de selección. Naturalmente las sanciones en mención solo pueden ser aplicadas previa tramitación del procedimiento sancionador, en el cual se deben observar las reglas y pautas establecidas en el artículo 260° del Reglamento de la LCE.

<sup>2</sup> De acuerdo con literal c) del artículo 50°, el TCE, podrá aplicar la sanción de multa a una Entidad del Estado, cuando esta actúe en un procedimiento de selección en calidad de proveedor. A saber, empresas del Estado de derecho privado y Universidades Públicas.

Cabe acotar que, el TCE puede tomar conocimiento de las presuntas infracciones, de oficio o mediante denuncia de terceros y Entidades, siendo que, estas últimas están obligadas a informar al referido órgano colegiado sobre cualquier supuesto de sanción, en cuando tomen conocimiento del mismo, bajo responsabilidad, y apercibimiento de que el eventual incumplimiento de dicha obligación sea comunicado al Órgano de Control Institucional o de la Contraloría General de la República para el respectivo deslinde de responsabilidades administrativas de los funcionarios públicos que correspondan.

Examinada la fuente de la potestad sancionadora en materia de contrataciones con el Estado, corresponde estudiar en las siguientes líneas, de manera breve, los antecedentes normativos sobre el tipo infractor que nos ocupa y sus no pocas modificaciones en los últimos años; la naturaleza de la infracción y su diferencia con la documentación falsa; así como, los principios cuyos contenidos se ven vulnerados por su comisión.

El Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, entonces Reglamento de la Ley N° 26850 - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecía como causal de sanción, el siguiente supuesto infractor:

***“Artículo 205: Causales de imposición de sanción a los proveedores, postores y contratistas***

*El Tribunal impondrá la sanción administrativa de suspensión o inhabilitación a los proveedores, postores y/o contratistas que:*

*(...)*

*f) Presenten documentos falsos o **declaraciones juradas con información inexacta a las Entidades o al CONSUCODE;***

*(...)*

*Los proveedores, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos c), d), e) y f) precedentes, serán sancionados con suspensión para contratar con el Estado por un período no menor de tres (3) meses ni mayor de un (1) año” (El resaltado es agregado).*

Posteriormente, el Decreto Supremo N° 084-2004-PCM que derogó el Reglamento predecesor, tipificó dos supuestos infracción según la Entidad o autoridad a la cual se presentaba la información inexacta:

***“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;***

*10) Presenten documentos falsos o **información inexacta en los procedimientos seguidos ante el Registro Nacional de Proveedores.***

*Los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en los incisos 3), 7), 8), 9) y 10) precedentes, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor de tres (3) meses ni mayor de un (1) año” (El resaltado es agregado).*

Solo cinco años después el Decreto Legislativo N° 1017, unificó los supuestos de infracción de información inexacta, bajo la siguiente formula:

**“Artículo 51: Infracciones y sanciones administrativas**

*51.1 Infracciones*

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

(...)

*i) 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;*

(...)

*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) del numeral 51.1 del presente artículo 51, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un período no menor a un (1) año ni mayor de tres (3) años” (El resaltado es agregado).*

Nótese hasta aquí, que el tipo infractor de la infracción de información inexacta se circunscribía en sus inicios únicamente a declaraciones juradas, y posteriormente se diferenciaba respecto de la autoridad ante la cual era presentada, tanto la Entidad, el CONSUCODE (entonces ente rector de las contrataciones con el Estado) o el Registro Nacional de Proveedores (en adelante, RNP). Creemos que el cambio sustancial en dicha etapa consistió en extender la infracción a cualquier documento presentado en la propuesta técnica o durante un trámite ante el CONSUCODE o RNP.

Del mismo modo, se advierte que la infracción de presentación de información inexacta y la de presentación de documentación falsa o adulterado han estado equiparadas y contenidas en un mismo tipo infractor, con las mismas consecuencias punitivas. Evidentemente, estamos ante dos infracciones distintas que guardan un punto en común al constituir ambas un falseamiento o distorsión de la realidad, y qué duda cabe, que devienen en la transgresión del principio de presunción de veracidad consagrado en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG; sin embargo, es la infracción de presentación de documentación falsa o adulterada la que reviste mayor gravedad.

Ello ha sido reconocido por la vigente LCE, cuya promulgación trajo consigo una nueva configuración de la infracción de presentación de información inexacta, estableciendo un tipo infractor independiente respecto de la infracción de presentación de documentación falsa:

**“Artículo 50: Infracciones y sanciones administrativas**

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

(...)

*i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas - Perú Compras. En el caso de las Entidades siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP) o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el beneficio o ventaja debe estar relacionada con el procedimiento que se sigue ante estas instancias.*

j) *Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas - Perú Compras.*

(...)

50.4 *Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:*

(...)

b) *Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses."*

De acuerdo con las normas revisadas y sus antecedentes, podemos concluir que la infracción de presentación de información inexacta se configura cuando un proveedor presenta documentos o información cuyo contenido no corresponde o difiere con la realidad. Un caso de esto último suele suceder cuando determinado postor acredita mediante una declaración jurada que el personal clave que forma parte de su oferta cuenta con cierto número de años de experiencia en determinada actividad, pero que, en los hechos, la experiencia laboral de dicho profesional es menor a la requerida por la Entidad convocante. En cambio, la presentación de un documento falso se produce cuando este último no fuese expedido por el emisor que debería corresponder, esto es, por aquella persona natural o jurídica que aparece en el mismo documento como su autor o que no haya sido firmado por quien aparece como suscriptor de este; o aquel documento que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Esto ocurre frecuentemente en la falsificación de firmas en declaraciones juradas.

Asimismo, cabe resaltar que el nuevo tipo infractor establecido en la LCE, precisa la concurrencia de presupuestos y requisitos que no estaban previstos en sus antecesores, pues ahora no bastará la sola presentación de información inexacta para su configuración, pues es imprescindible acreditar y evidenciar que dicha información está vinculada necesariamente con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para el administrado.

Hasta aquí, podemos afirmar que para el examen de la infracción de presentación de información inexacta se debe verificar en primer término que la información haya sido efectivamente presentada ante la Entidad Administrativa, posteriormente se debe determinar si la inexactitud advertida está vinculada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación, y que además represente una ventaja o beneficio en la etapa del procedimiento de selección, en la de ejecución contractual o en la realización de trámites administrativos ante el TCE, el RNP o Perú Compras.

En ese orden de ideas, cabe señalar que la comisión de la infracción de presentación de información inexacta presupone la transgresión del principio de presunción de veracidad; y, además, el quebrantamiento del principio de integridad (incorporado por el Decreto Legislativo N° 1341 a la LCE).

El principio de presunción de veracidad, previsto en el numeral 1.7 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, asume que los documentos y declaraciones

formulados por los administrados en la tramitación del procedimiento administrativo responden a la verdad de los hechos que en ellos se afirma, siendo que esta presunción es de carácter relativa o *iuris tantum*, por cuanto admite prueba en contrario:

**“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”.*

En esa misma línea, el artículo 51° del TUO de la LPAG prescribe que todas las declaraciones juradas y documentos que se presenten en procedimientos administrativos se presumen previamente verificados por quien hace uso de ellos, respecto de su contenido veraz; salvo prueba en contrario, siendo necesaria la debida diligencia de los administrados respecto de los documentos que presentan.

Sobre este principio, Morón Urbina (2017, p. 96) manifiesta que: *“La presunción de veracidad es un principio informador de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, consistente en suponer por adelantado y con carácter provisorio que los administrados proceden con verdad en sus actuaciones en el procedimiento en que intervengan de modo que se invierte la carga de la prueba en el procedimiento, sustituyendo la tradicional prueba previa de veracidad a cargo del administrado, por la acreditación de la falsedad a cargo de la Administración, en vía posterior”.*

Como correlato del principio de presunción de veracidad, el principio de privilegio de controles posteriores, contemplado en el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG nos indica que la autoridad administrativa se reservará el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada en un procedimiento administrativo, en aplicación precisamente de la fiscalización o revisión posterior a la documentación presentada; es decir que el examen o comprobación de la veracidad de la documentación presentada se realizará de manera posterior o *ex post*.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el numeral 4 del artículo 67° del TUO de la LPAG, establece el deber de los administrados de comprobar previamente a su presentación ante la Entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.

En resumen, de acuerdo con el principio de presunción de veracidad, la Administración Pública asume que toda la documentación que los administrados les presentan son verídicos, toda vez que existe un deber de diligencia de estos últimos de verificar la autenticidad de la información que es remitida a determinada Entidad. No obstante, tal presunción admite prueba en contrario, esto es, se desvanecerá si se cuenta con algún indicio que genere duda razonable sobre si la documentación presentada adolece de falsedad o inexactitud.

Por otro lado, debemos reparar además que la infracción de presentación de información inexacta no solo transgrede el principio de presunción de veracidad, pues también constituye la vulneración del principio de presunción de integridad prescrito en el literal j) del artículo 2° de la LCE, el cual dispone que la conducta de los participantes en cualquier etapa del procedimiento de selección, inclusive en la de ejecución contractual debe estar orientada por la honestidad y veracidad:

**“Artículo 02: Principios que rigen las contrataciones**  
 (...)”

**j) Integridad.** *La conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna*” (El resaltado es agregado).

Nótese la alusión de la norma a la necesidad de comunicar de manera oportuna a las autoridades competentes la transgresión de dicho principio. De ahí pues, se advierte la obligación de los administrados, y de las Entidades en particular y bajo responsabilidad, de informar sobre la presunta comisión de cualquier infracción prevista en la LCE. Dicha obligación ha sido recogida en el artículo 259° del Reglamento de la LCE.

Sobre el particular, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en su documento *“Principles for Integrity in Public Procurement”* (2009, p. 18-19), señala que el principio de integridad está conformado por los siguientes pilares: (i) transparencia; (ii) buena gestión; (iii) prevención de la malas conductas; y; rendición de cuentas.

Adicionalmente, Cerrillo i Martínez (2014, p. 53) explica que el principio de integridad es: *“(...) aglutinadora de diferentes principios, normas y mecanismos que impulsan las administraciones públicas para hacer frente a la mala administración desde la perspectiva de los conflictos de intereses y la corrupción en la contratación pública.”*

Finalizado el presente apartado, nos dedicaremos en las páginas siguientes al puro análisis del Acuerdo objeto de estudio, encontrándonos con una grave vulneración sobre el principio de tipicidad que explicaremos en breve. Asimismo, desarrollaremos casos en los que el propio TCE no aplica el criterio del Acuerdo, justamente por la falta de coherencia en el contenido de este.

#### **4. Análisis del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE.**

Culminados los apartados precedentes, en las siguientes líneas nos dedicaremos a desarrollar los aspectos más relevantes del Acuerdo, el cual está dividido en cuatro secciones: (i) Antecedentes; (ii) Marco Normativo; (iii) Análisis; y, (iv) Acuerdo.

En relación con la sección de “Antecedentes”, algunos de los puntos más resaltantes están vinculados con la aplicación del principio de presunción de veracidad y su vulneración; la comisión de la infracción por presentación de información inexacta y su diferenciación con la presentación de documentación falsa; así como la trascendencia del principio de predictibilidad, aspectos que hemos desarrollado oportunamente en las páginas que nos anteceden.

No obstante, cabe destacar que, en la mencionada sección, el TCE resalta los motivos que dieron lugar a la producción de un precedente administrativo que regulase la forma en la que se configuraría la infracción por presentación de información inexacta. Tales motivos obedecen a que: *“(...) se ha advertido que, en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores sujetos a conocimiento de este Tribunal, con frecuencia los administrados, al formular sus descargos, alegan que la información inexacta no les ha generado ningún beneficio o ventaja que se haya materializado en la realidad y, en base a dicha alegación, interpretan que no se cumpliría uno de los elementos necesarios para la configuración de la infracción. Así también alegan que la presentación de información inexacta ante el Tribunal o al Registro Nacional de Proveedores no les genera ningún beneficio o ventaja”*.

Recordemos que las últimas modificaciones a la LCE (Decretos Legislativos N°s 1341 y 1444) han introducido elementos y características que han modificado y variado el tipo infractor relacionado a la presentación de información inexacta, ya que, para su comisión previamente se debe verificar si la información objeto de análisis está relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio al proveedor en el procedimiento de selección, en la ejecución del contrato o trámites administrativos.

En ese sentido, el TCE se vio en la necesidad de precisar los alcances de la infracción materia de análisis, toda vez que el principal argumento de aquellos administrados que habían sido imputados por la comisión de tal falta, consistía en que solo se configuraría en tanto se materialice un beneficio o ventaja en el procedimiento de selección o en la ejecución del contrato. De no ocurrir ello, exigían al TCE que se les exima de responsabilidad alguna.

Llegados a este punto, procederemos con el estudio de la sección de "Análisis" del Acuerdo, no siendo necesario realizar mayores comentarios respecto del "Marco Normativo", toda vez que en el apartado anterior hemos desarrollado ampliamente la evolución en el tiempo de la infracción que nos ocupa.

En ese orden de ideas, cabe precisar que el eje central del tercer apartado del Acuerdo se resume en las siguientes consideraciones del TCE:

*"(...) 2. Como marco referencial, debe tenerse presente que, de conformidad con **principios de tipicidad e integridad**, las infracciones deben estar previstas con suficiente grado de precisión de manera que impida al operador jurídico extender o desviar sus alcances, siendo por ello necesario que el análisis de la configuración se realice única y exclusivamente sobre la base de los elementos que componen el tipo infractor.*

*(...)*

*3. Ahora bien, el elemento incorporado al tipo infractor bajo comentario requiere que la información inexacta esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual al administrado.*

*En este contexto, **el tipo infractor no requiere que se haya obtenido la ventaja o beneficio relacionado con la información inexacta, sino la potencialidad de que ello se hubiera producido; es decir, la conducta prohibida se configura con independencia de si, finalmente, dicho beneficio o ventaja se obtiene.***

*4. En ese sentido, cuando la norma hace referencia a la representación de un beneficio o ventaja, **lo hace en términos tales que denota la existencia de un beneficio potencial, y no uno que finalmente se haya obtenido**, lo que además resulta lógico pues al momento de realización de la conducta (es decir, al momento de la presentación de la información inexacta) aún se desconoce la valoración que efectuará la respectiva Entidad, lo cual además no depende del administrado que presenta el documento.*

*En tal sentido, **basta que la información inexacta genere la posibilidad de que se produzca un beneficio o ventaja para el administrado en la aplicación del factor de evaluación o en el cumplimiento del requerimiento que se le exige.***

*(...)*

*5. Por consiguiente, la presentación de información inexacta se concibe como una infracción que implica **la vulneración de los principios de integridad y de presunción de veracidad**, en el marco de un proceso de contratación pública; de este modo, la imposición de sanción se justifica, no por la materialización del beneficio o ventaja, sino por la vulneración de los referidos principios.*

*(...)*

Asimismo, cabe precisar que en los casos de presentación de información inexacta tanto al Tribunal como al RNP, **“requerimiento” debe entenderse como “requisito”,** y no exclusivamente en los términos a que se refieren los artículos 16 de la Ley y 8 de su Reglamento; lo contrario implicaría restarle contenido al tipo infractor, haciéndolo inaplicable a la presentación de información inexacta al Tribunal, que imparte justicia administrativa sobre la base de información proporcionada por los administrados, y al RNP, que constituye precisamente el repositorio de información oficial del sistema de contratación pública” (El resaltado es agregado).

Asimismo, en el **numeral sexto** de la sección de “Análisis” del Acuerdo, se establecen un conjunto de situaciones en las cuales se configuraría el tipo infractor:

“(…) • Que la información inexacta presentada ante la Entidad esté relacionada con **el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección.** Comprende aquellos casos en que los proveedores presentan ofertas conteniendo información inexacta para **acreditar el cumplimiento de un requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, o requisito de calificación)** o para obtener puntaje en el factor de evaluación o documentos para suscribir el contrato.

• Que la información inexacta presentada ante la Entidad **le represente una ventaja o beneficio en la ejecución del contrato.** En este supuesto, el tipo infractor comprende aquellos casos en que los contratistas presentan información inexacta a las Entidades con el fin de obtener un beneficio o ventaja durante la ejecución del contrato, como ocurre cuando efectúan pedidos o solicitudes (prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, etc.), realizan anotaciones (por ejemplo, en el cuaderno de obra), renuevan garantías, tramitan pagos, entre otros supuestos, a fin de cumplir los requisitos fijados para tal efecto (requerimiento).

(…)

• Que la información inexacta presentada ante el Tribunal de Contrataciones del Estado **le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de apelación o de sanción.** Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir un requisito para impulsar su trámite (requisitos de admisibilidad de un recurso de apelación, o requisitos para presentar denuncias, por ejemplo) u obtener un resultado favorable a sus intereses en el marco de un recurso de apelación o procedimiento de sanción, o inclusive obtener la inhabilitación o suspensión de un potencial competidor (en el caso de denunciantes que presentan información inexacta).

• Que la información inexacta presentada ante el RNP le represente una ventaja o beneficio. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha información busca cumplir con los requisitos que se presentan en los procedimientos seguidos ante el registro (inscripción, renovación, ampliación, entre otros)” (El resaltado es agregado).

Finalmente, en la sección última del Acuerdo se fijaron los siguientes criterios de observancia obligatoria:

- 1) La infracción referida a la presentación de información inexacta requiere para su configuración, que pueda representar potencialmente un beneficio o ventaja al administrado que la presenta, y no necesariamente un resultado efectivo favorable a sus intereses.
- 2) Dicha infracción comprende un conjunto de situaciones, las cuales han sido descritas en el numeral sexto del presente Acuerdo.



Observaremos que el TCE pone especial énfasis en que el tipo infractor no requiere que se haya obtenido la ventaja o beneficio relacionado con la información inexacta, sino la mera **potencialidad** de que ello se hubiera producido. Dicho órgano colegiado resalta que el criterio referido a la potencialidad es una interpretación que va de la mano y está en concordancia con los principios de tipicidad e integridad.

Asimismo, se establecen cuatro situaciones en las cuales se configuraría el tipo infractor, siendo estos en el procedimiento de selección, la ejecución contractual o procedimientos administrativos ante el propio TCE o el RNP.

Sin embargo, urge plantearnos la siguiente pregunta ¿Constituye el criterio de potencialidad en la presentación de información inexacta, una interpretación extensiva del tipo infractor? De ser ello cierto ¿La interpretación del TCE, en lugar de ir acorde al principio de tipicidad, representaría una vulneración del mismo?

Para responder a estas cuestiones, previamente debemos recordar que el numeral 4 del artículo 248° del TUO de la LPAG, recoge al principio de tipicidad en los siguientes términos:

**“Artículo 248: Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

*(...)*

*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.** Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria”* (El resaltado es agregado).

Sobre el particular, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado mediante sentencia del caso “Walde Jáuregui” (Exp. N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 12) lo siguiente:

*“12. (...) **los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador.** Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:*

*(...)*

*b. Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que, en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que **no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.***

*Conforme a este principio, **los tipos legales genéricos deben estar proscritos** y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios*

*apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo (...)" (El resaltado es agregado).*

En el mismo sentido, en palabras de Rebollo Puig (2016, p. 207): *"La Ley tiene que definir la conducta que constituye infracción y delimitar la sanción correspondiente (exigencia de *lex certa*). De conformidad con el principio de tipicidad, las leyes no pueden describir las infracciones mediante fórmulas vagas o genéricas ni convertir, sin más, en infracción cualquier incumplimiento de un sector del ordenamiento jurídico. Por el contrario, deben precisar y delimitar con la mayor precisión posible las conducta que constituye infracción y determinar, también, dentro de márgenes relativamente estrechos, la sanción correspondiente"*.

Por su parte Morón Urbina (2017, p. 412) precisa que: *"Este principio exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración Pública; (ii) la exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; (iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos (desde el punto de vista concreto, la tipificación es de interpretación restrictiva y correcta)"*.

A mayor abundamiento, mediante Opinión N° 062-2017/DTN de fecha 01 de marzo de 2017, la Dirección Técnico Normativa del OSCE, señala que:

*"(...) cabe precisar que **ni la Ley ni el Reglamento han previsto los principios que rigen la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado**, dado que, de acuerdo con el artículo 230 de la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, **Tipicidad**, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros" (El resaltado es agregado).*

De las citas previas, se colige que, en atención al principio de tipicidad, se encuentran proscritas aquellas interpretaciones que tengan como finalidad el extender la aplicación de determinado tipo infractor.

Ahora bien, podemos advertir que el criterio de potencialidad en la presentación de información inexacta sí representa un supuesto de interpretación extensiva del tipo infractor, sobre todo si tomamos en consideración que la LCE establece que serán sancionados aquellos proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, que presenten información inexacta: *"(...) siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos **que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual**" (El resaltado es agregado).*

Es decir, la infracción bajo comentario expresamente exige para su comisión que el beneficio del administrado se vea **concretizado**, no existiendo ninguna referencia a la potencialidad del beneficio, por lo que nos encontraríamos ante un precedente administrativo a todas luces carente de legalidad.

Sin embargo, para Santy Cabrera (2018, p. 5) ello no sería del todo preciso, ya que la lectura del Acuerdo no solo debe ir de la mano con el principio de tipicidad, sino también con los principios de presunción de veracidad e integridad, dado que: *"(...) lo que*

determina el carácter ilícito del tipo infractor no es el resultado concreto que posteriormente se obtenga con la presentación de la información inexacta, pues como es evidente, aunque el resultado no llegue a producirse, ello no desaparecerá la vulneración de la presunción de veracidad, sino el incumplimiento de la obligación impuesta por el ordenamiento jurídico de presentar información veraz. (...) En consecuencia, la presentación de información inexacta se concibe como una infracción que implica la vulneración de los principios de integridad y presunción de veracidad, en el marco de un proceso de contratación pública. De este modo, la imposición de sanción se justifica, no por la materialización del beneficio o ventaja, sino por la vulneración de los referidos principios”.

Es decir, para el citado autor, el sentido de la norma debe contar con una interpretación que abarque la tutela de los principios de presunción de veracidad e integridad, por lo que, la sola presentación de información inexacta ante determinada Entidad, independientemente de que se obtenga un beneficio o no, debe ser pasible de sanción.

No obstante, debemos discrepar con la posición asumida por dicho autor, pues consideramos que el Acuerdo no resiste el mayor análisis de legalidad, toda vez que no considera los casos en los que la inexactitud de la información presentada en determinado documento, si bien podría representar un potencial beneficio para el administrado, no podrían dar pie a la imposición de una sanción.

Un claro ejemplo de lo señalado se encuentra en el literal c) del artículo 52° del Reglamento de la LCE, disposición que enumera el contenido mínimo con el que toda oferta debe contar para que sea admitida en un procedimiento de selección:

**“Artículo 52: Contenido mínimo de las ofertas**

*Los documentos del procedimiento establecen el contenido de las ofertas. El contenido mínimo es el siguiente:*

*(...)*

*c) Declaración jurada y/o documentación que acredite el cumplimiento de las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico, según corresponda”.*

En el mismo sentido, las Bases Estandarizadas, aprobadas mediante Directiva N° 01-2019-OSCE/CD, en el numeral 2.2.1.1 replican la presentación de la referida declaración jurada:

**“2.2.1.1. Documentos para la admisión de la oferta:**

*(...)*

*d) Declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia contenidos en el numeral 3.1 del Capítulo III de la presente sección. (Anexo N° 3)”.*

Ahora bien, a modo de pregunta ¿Qué sucedería en una situación en la que un postor habiendo obtenido la buena pro de cierto procedimiento de selección, la perdiese por la interposición de un recurso de apelación de otro concursante, debido a que su oferta no cumpliría con los requerimientos mínimos? ¿Nos encontraríamos ante un supuesto de presentación de información inexacta por la suscripción de la declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia (Anexo N° 3)?

De seguir a raja tabla el criterio de potencialidad recogido en el Acuerdo, nuestra respuesta tendría que ser afirmativa, ya que la presentación de la declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia es un documento de presentación obligatoria

para la admisión de la oferta de los participantes de un procedimiento de selección, siendo el probable beneficio o ventaja: la admisión la propuesta y la posibilidad de obtener la buena pro del referido procedimiento.

A pesar de ello, el propio TCE, en la resolución de un caso resiente, ha marcado distancia del aludido criterio de potencialidad, pues considera que la suscripción de la declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia, requisito necesario para la admisión de la oferta y que podría dar lugar a un posible otorgamiento de la buena pro, no constituye un supuesto de presentación de información inexacta (Resolución N° 2224-2018-TCE-S1. Fundamento Jurídico N° 30):

*“(...) es importante señalar que, con ocasión de la presentación del recurso de apelación, el Impugnante alegó que el Anexo N° 3 obrante en la oferta del Adjudicatario contiene información inexacta, “pues declaró que cumple con los términos de referencia cuando en realidad no fue así.*

*En ese contexto, debe señalarse que, tal como lo ha precisado este Tribunal en el Acuerdo de Sala Plena N° 002/2018 del 11 de mayo de 2018, constituye información inexacta aquella que no es concordante o congruente con la realidad. Ahora bien, para calificar cierta información como inexacta este Tribunal debe contar con medios probatorios concluyentes y fehacientes que permitan evidenciar la falta de veracidad del documento, pues ello determinaría la descalificación de la oferta en un procedimiento de selección. Así, cuando se plantean este tipo de imputaciones, no resulta suficiente la mera afirmación y/o especulación, pues ello resultaría atentatorio del derecho de los postores a participar en los procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, y considerando las graves repercusiones que ello puede acarrear en la atribución de responsabilidades administrativas que podrían desencadenar la imposición de sanciones de inhabilitación para ser postor y/o contratista del Estado.*

*Por tanto, se aprecia que la información consignada en el Anexo 3 **versa sobre un compromiso que el Adjudicatario asume a futuro**, es decir, hace referencia a la prestación del servicio que en su oportunidad realizaría como contratista. Dicho compromiso, en estricto, no puede ser calificado como “inexacto”, pues se encuentra supeditado (condicionado) al hecho de resultar ganador de la buena pro, al perfeccionamiento contrato y a su efectiva ejecución.*

*En suma, en los términos redactados, el contenido del Anexo 3 no puede ser considerado inexacto, pues no refleja una declaración sobre una situación actual o presente respecto de la cual el Adjudicatario haya mentido, sino su compromiso que se efectivizaría en la ejecución del contrato.*

*Por tal motivo, a consideración de la Sala, no corresponde disponer que se abra procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por la supuesta presentación de información Inexacta, como parte de su oferta” (El resaltado es agregado).*

Del razonamiento que el TCE profesa, se puede deducir que, si bien la presentación de la declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia, versa sobre un compromiso a futuro que asume el adjudicatario (es decir, se evidencia una clara potencialidad del beneficio que consiste en la admisión de la oferta del postor o la obtención de la buena pro) dicha probabilidad no podría dar lugar en lo absoluto a la imposición de sanción alguna, pues el único castigo que correspondería ante este tipo de situaciones es la descalificación de la oferta del postor. De lo contrario el referido Tribunal tendría una carga procedimental desmedida, por todos los casos que tendría que atender por la presentación de la aludida declaración jurada.

Un criterio muy similar fue adoptado por el TCE, aproximadamente cuatro años antes de la emisión del Acuerdo (Resolución N° 2669-2014-TC-S2. Fundamento Jurídico N° 60):

“(...) la consecuencia jurídica sería la descalificación de su propuesta técnica y no la configuración de infracción administrativa, ya que lo contrario implicaría sancionar a todo proveedor descalificado o no admitido en un proceso de selección, por lo que lo alegado por el Adjudicatario en este extremo carece de asidero legal.”

En síntesis, el criterio de potencialidad además de representar una clara vulneración al principio de tipicidad, ha sido incorporado por el TCE sin tener en consideración las consecuencias prácticas que su aplicación podría conllevar, ya que, como hemos contemplado, existen casos en los que la referida potencialidad existe; sin embargo, en los hechos, la única represalia en contra de quienes presenten este tipo de documentos con información inexacta en el marco de un procedimiento de selección, debería ser su descalificación.

Ahora bien, ello no implica que todo documento inexacto presentado en un procedimiento de selección solo merezca la descalificación de determinada oferta, pues hay supuestos en los que la imposición de la sanción se justifica, como es el caso de la información inexacta al momento de acreditar los años de experiencia del personal clave. En ese sentido, a través del Acuerdo no debió buscarse el sancionar la potencialidad de la comisión de la infracción en los procedimientos de selección, sino más bien, que se analice caso por caso el posible beneficio a obtenerse y si es que este ameritaba una sanción o solamente la descalificación de la oferta.

## 5. Conclusiones.

- 1) El precedente administrativo tiene lugar cuando frente a un mismo supuesto de hecho la Administración Pública puede preferir una consecuencia jurídica frente a otras, en tanto tiene la posibilidad de elegir una opción u otra en su manera de actuar. En este contexto, en el que la Administración cuenta con más de una posibilidad de actuación, el precedente administrativo resulta importante porque permite predictibilidad y equidad en el trato de los administrados. Con la incorporación de este tipo de fuente en el ordenamiento jurídico administrativo, se busca tutelar principios como el de predictibilidad o de imparcialidad.
- 2) Mediante acuerdos adoptados en sesión de Sala Plena, el Tribunal interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en la LCE y su Reglamento, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria que permiten al Tribunal mantener la coherencia de sus decisiones en casos análogos.
- 3) Las compras estatales no han sido ajenas a la potestad sancionadora en nuestro ordenamiento jurídico. Esta facultad ha sido reservada y encomendada con exclusividad al TCE, ya que, de conformidad con el artículo 59° de la LCE, el TCE es un órgano resolutorio dentro de la estructura administrativa del OSCE, que cuenta con plena autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones, entre las que se encuentra la de aplicar sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores.
- 4) De acuerdo con las normas revisadas y sus antecedentes, la infracción de presentación de información inexacta se configura cuando un proveedor presenta documentos o información cuyo contenido no corresponde o difiere con la realidad. En cambio, la presentación de un documento falso se produce cuando este último no fuese expedido por el emisor que debería corresponder, esto es, por aquella persona natural o jurídica

que aparece en el mismo documento como su autor o que no haya sido firmado por quien aparece como suscriptor de este; o aquel documento que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.

- 5) Cabe resaltar que, para la configuración del nuevo tipo infractor previsto en la LCE sobre presentación de información inexacta, no bastará la sola presentación de la misma, pues es imprescindible acreditar y evidenciar, que la información inexacta está vinculada necesariamente con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros.
- 6) La comisión de la infracción de presentación de información inexacta presupone la transgresión del principio de presunción de veracidad y, además, el quebrantamiento del principio de integridad.
- 7) Conforme al Acuerdo objeto de análisis, el TCE pone especial énfasis en que el tipo infractor por presentación de información inexacta no requiere que se haya obtenido la ventaja o beneficio relacionado con la información inexacta, sino la mera potencialidad de que ello se hubiera producido.
- 8) Sin embargo, dicha interpretación contraviene el principio de tipicidad, conforme al cual las leyes no pueden describir las infracciones mediante fórmulas vagas o genéricas ni convertir, sin más, en infracción cualquier incumplimiento de un sector del ordenamiento jurídico. Por el contrario, deben precisar y delimitar con la mayor precisión posible las conducta que constituye infracción y determinar, también, dentro de márgenes relativamente estrechos, la sanción correspondiente. En ese sentido, dado que la LCE no señala en ningún extremo del tipo infractor que deba sancionarse la potencialidad, dicho criterio colisiona con el referido principio.
- 9) Mediante Resolución N° 2224-2018-TCE-S1, el TCE ha marcado distancia del aludido criterio de potencialidad, pues considera que la suscripción de la declaración jurada de cumplimiento de los Términos de Referencia, requisito necesario para la admisión de la oferta y que podría dar lugar a un posible otorgamiento de la buena pro, no constituye un supuesto de presentación de información inexacta.

## Bibliografía.

- Cairampoma Arroyo, Alberto (2014). *La regulación de los precedentes administrativos en el ordenamiento jurídico peruano*. Revista Derecho PUCP: Derecho Internacional: Crisis, Temas en Debate y Solución de Controversias, nro. 73, p. 485.
- Cassagne, Juan Carlos (2010). *Derecho Administrativo – Tomo I* (Primera ed.). Lima: Palestra.
- Cerrillo i Martínez, Agustí (2014). *El Principio de Integridad en la Contratación Pública* (Primera edición). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- García de Enterría, Eduardo (2006). *Curso de Derecho Administrativo – Tomo I* (Primera edición latinoamericana). Bogotá: Temis.
- Morón Urbina, Juan Carlos (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Tomos I y II* (Decimosegunda ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Rebollo Puig, Manuel (2015). *Derecho Administrativo: Conceptos fundamentales, fuentes y organización - Tomo I* (Primera ed.). Madrid: Tecnos.
- Rebollo Puig, Manuel (2016). *Derecho Administrativo: Conceptos fundamentales, fuentes y organización - Tomo II* (Primera ed.). Madrid: Tecnos.

- Sánchez Morón, Miguel (2017). *Derecho Administrativo: Parte General* (Decimotercera ed.). Madrid: Tecnos.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2009). *Principles for Integrity in Public Procurement*.
- Tribunal Constitucional. Exp. N° 05057-2013-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 09.
- Tribunal Constitucional. Exp. N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 12.
- Tribunal de Contrataciones del Estado. Resolución N° 2224-2018-TCE-S1. Fundamento Jurídico N° 30.
- Tribunal de Contrataciones del Estado. Resolución N° 2669-2014-TC-S2. Fundamento Jurídico N° 60.
- Dirección Técnico Normativa del OSCE. Opinión N° 062-2017/DTN de fecha 01 de marzo de 2017. Fundamento Jurídico N° 2.2.2.