

Consideraciones en Torno a la Responsabilidad de los Participantes, Postores y Contratistas en Contrataciones con el Estado

Arturo Ruiz Sánchez*
Mitchell Alex Valdiviezo Del Carpio**

Resumen:

En la primera parte del artículo se propone un desarrollo teórico-doctrinario sobre la potestad sancionadora administrativa de la Administración Pública. Asimismo, se desarrolla una explicación en relación a la potestad administrativa sancionadora del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. En la segunda parte del artículo se analizan los conceptos sobre la responsabilidad subjetiva en materia de contrataciones con el Estado, terminando con explicar acerca de la responsabilidad objetiva en la misma materia.

Palabras clave:

Contrataciones del Estado – Responsabilidad subjetiva – Responsabilidad objetiva – Tribunal de Contrataciones del Estado

Abstract:

The first part of the article proposes a theoretical-doctrinaire analysis about the sanctioning authority of the Public Administration and explains the sanctioning authority of the Supervisory Agency for Government Procurement. On the other hand, the second part of the article examines the definitions related to the personal liability concerning government procurement issues. Finally, the article explains the strict liability in this respect.

Keywords:

Public Procurement – Subjective responsibility – Objective responsibility – Public Procurement Court

Sumario:

1. Introducción – 2. La potestad sancionadora de la administración pública – 3. Responsabilidad subjetiva – 4. Responsabilidad objetiva – 5. Conclusiones

* Abogado por la Universidad de Lima. Cuenta con estudios de Maestría en Derecho Administrativo Económico, de la Universidad Continental – Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset. Es profesor a tiempo parcial en la Universidad San Ignacion de Loyola Miembro del área de Derecho Administrativo y Regulatorio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados S.C.R.L.

** Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del área de Derecho Administrativo y Regulatorio del Estudio Rubio, Leguía, Normand & Asociados S.C.R.L.

1. Introducción

En una entrevista, publicada el 3 de abril del 2014 en el Diario Oficial El Peruano, la Presidenta Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado («OSCE») señaló que el monto total adjudicado de los procesos convocados en el 2013 ascendía a 44,600 millones de nuevos soles, precisando que dicha cifra superaba en cerca de 7% el monto final adjudicado correspondiente al ejercicio 2012. Asimismo, respecto del ejercicio 2104, el monto adjudicado sería de entre 44,000 millones y 46,000 millones de nuevos soles, con un total de 120,000 procesos de selección¹. Las cifras mencionadas reflejan claramente la importancia de la contratación pública, no sólo por el impacto que pueden tener en la economía nacional, sino porque constituye uno de los indicadores del gasto que realiza la Administración Pública para la adquisición de los bienes y servicios, así como la ejecución de obras requeridas para el cumplimiento del interés general cuya tutela le ha sido encomendada.

En el presente artículo expondremos las consideraciones entorno al desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y la responsabilidad de los proveedores, participantes, postores y contratistas en el marco de los procesos de contrataciones del Estado.

A tal efecto, es pertinente indicar, en cuanto al marco normativo aplicable, que la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 («LCE»)², quedará derogada en cuanto entre en vigencia la Ley N° 30225, la nueva Ley de Contrataciones del Estado («Ley»)³, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2014, de acuerdo a lo indicado en el inciso a) de su Única Disposición Complementaria Derogatoria⁴.

Asimismo, en relación a la estructura organizativa en materia de contrataciones con el Estado, debe tenerse presente que el OSCE es un organismo público adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera, con representación judicial propia⁵. Forma parte de la estructura administrativa del OSCE, el Tribunal de Contrataciones del Estado («TCE»), el cual es el encargado de llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador y, de ser el caso, imponer las sanciones que correspondan a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, de acuerdo a lo indicado la LCE⁶ o la Ley⁷.

Existen diversos problemas en materia de contrataciones públicas, sin embargo, estos no serán resueltos sólo con la promulgación de

1 Entrevista publicada en el Diario Oficial El Peruano el 3 de abril del 2014, p.12. Ver archivo digital de la edición impresa en: <http://www.elperuano.com.pe/edicion/edicion-20140403-496.aspx>.

2 La LCE fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 4 de junio de 2008.

3 La Ley establece en su Segunda y Octava de las Disposiciones Complementarias Finales lo siguiente:

SEGUNDA. *Mediante decreto supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, se aprobará el reglamento de la presente Ley, dentro de los ciento ochenta (180) días calendario siguientes a su publicación, el cual contendrá un glosario de términos.*
(...)

OCTAVA. *La presente norma entra en vigencia a los treinta (30) días calendario contados a partir de la publicación de su reglamento, excepto la segunda y tercera disposiciones complementarias finales, que entran en vigencia a partir del día siguiente de la publicación de la presente Ley en el Diario Oficial El Peruano*

4 La Ley en su Única Disposición Complementaria Derogatoria establece:

ÚNICA. *A partir de la vigencia de la presente norma, deróganse los siguientes dispositivos y disposiciones:*

a) Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado y normas modificatorias.

(...)

5 Conforme a lo indicado en el artículo 57° de la LCE. Por su parte la Ley, establece al respecto en su artículo 51° que:

«El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, con personería jurídica de derecho público, que constituye pliego presupuestal y goza de autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.
Cuenta con un órgano de defensa jurídica, sin perjuicio de la defensa coadyuvante de la Procuraduría Pública del Ministerio de Economía y Finanzas, en el marco de las normas que rigen el Sistema de Defensa Jurídica del Estado».

6 El numeral 51.2 del artículo 51° de la LCE señala:

«(...)

51.2. Sanciones

En los casos que la presente ley o su reglamento lo señalen, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas, las sanciones siguientes:

(...» (Subrayado y resaltado nuestro).

7 El numeral 50.1 del artículo 50° de la Ley establece:

«Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

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

(...)

50.2 **Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:**» (Subrayado y resaltado nuestro).

normas y/o la imposición de sanciones, al respecto Eloy Espinosa-Saldaña⁸ señala:

«(...) Sin embargo, debe también tenerse presente que la resolución de los problemas vinculados con la contratación pública en el Perú no se va dar solamente con ajustes en el plano estrictamente normativo. Sin duda la capacitación y calificación de los actores y funcionarios involucrados, o la necesaria superación de prácticas tan erróneas como sostenidas en el tiempo en nuestro país son tareas que deben indubitablemente emprenderse al más breve plazo posible».

Si bien es cierto que los problemas en materia de contrataciones del Estado no se solucionarán con la promulgación y aplicación de normas y/o sanciones, es importante analizar y explicar el tratamiento que la normativa vigente, y la que entrará en vigencia, establecen respecto de la responsabilidad de quienes participan o son postores en los procesos de selección, así como de quienes llegan a contratar con el Estado, en caso se les inicie un procedimiento administrativo sancionador y, luego de ello, el TCE decida sancionarlos.

En tal sentido, pretendemos proporcionar elementos e información que ayuden a decidir a quienes pretenden contratar con el Estado, si participan en un proceso de selección, si lo hacen solos o en consorcio y, en este último caso, considerar las acciones necesarias para obtener información sobre la persona con la que conformarán un consorcio, dado que en el caso de comprobarse la comisión de infracciones, podrían ser responsabilizados y sancionados aun cuando los actos materia de sanción sean atribuibles única y exclusivamente al consorciado.

Por ello resulta necesario explicar el tipo de responsabilidad que las normas correspondientes asignan a los proveedores, participantes, postores y contratistas. En ese sentido, resulta relevante lo indicado por el profesor Iñigo Sanz⁹:

«En efecto, un régimen sancionador está justificado por la presencia de un interés público en juego y que, en el caso de ser especialmente trascendente, impone incluso la creación de tipos penales. Pues bien, en materia contractual pública, no lo olvidemos, existe una evidente gradación del interés público subyacente

en función del tipo de contrato. Así, alguno contratos pueden tener una directa e inmediata utilidad pública (como los contratos de gestión de servicios públicos o los contratos de obra pública), en cuyo caso se podría admitir, en abstracto, la posibilidad del régimen sancionador; pero los demás contratos solo indirectamente sirven al interés público (básicamente, los denominados en algunos ordenamientos «contratos privadas de la Administración»: arrendamientos, compraventa de inmuebles, permutas, compraventa de participaciones bursátiles, etc.); en estos contratos el sujeto directamente beneficiado es la Administración pública y solo indirectamente se satisface el interés público, por lo que la presencia del interés general es menos evidente y la justificación de un régimen sancionador específico más difícil».

Dada la existencia de un régimen administrativo sancionador en materia de contrataciones con el Estado, corresponde explicar el tipo de responsabilidad que la LCE y la Ley prevén y según la cual el TCE sancionará las conductas infractoras.

2. Potestad sancionadora de la administración pública

2.1 Potestad sancionadora de la Administración Pública

Las administraciones públicas son competentes para determinar la comisión de infracciones administrativas y, sujetas al respectivo procedimiento administrativo, imponer las consecuentes sanciones a los administrados infractores, conforme a lo indicado en el artículo 229° de la Ley N° 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General («LPAG»).

Sobre la potestad sancionadora del Estado, César Rubio¹⁰ señala:

«La potestad sancionadora del Estado es la facultad que posee la Administración Pública para aplicar sanciones y/o gravámenes a los administrados ante el incumplimiento o desobediencia de las normas y decisiones del Estado; conductas u omisiones establecidas previamente como ilícitos. Dicha potestad tiene como fundamento principal el poder coercitivo del Estado para hacer cumplir sus normas y disposiciones».

8 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «Apuntes sobre el Funcionamiento de la Contratación Pública en el Perú». En: «TENDENCIAS ACTUALES EN CONTRATACIÓN PÚBLICA», cuyo director de la obra fue Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Primera Edición – Noviembre 2014. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. p. 15.

9 Sanz Rubiales, Iñigo. «Propuesta para una Mejora del Régimen Sancionador en Materia de Contratos Públicos». En: «Tendencias Actuales en Contratación Pública». Director: Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Primera Edición. 2014. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. p. 133.

10 RUBIO SALCEDO, César R. «Solución de Controversia y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal». Primera Edición – Febrero 2013. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. pp. 234 y 235.

A propósito de lo anterior, es pertinente enfatizar que este poder coercitivo es distinto al que ejerce el Poder Judicial en materia penal, ya sea en relación a su naturaleza, su finalidad, la tipicidad de infracciones y delitos respectivamente, la configuración del tipo penal y de la infracción administrativa, entre otros (...)»

Entendiendo al procedimiento administrativo sancionador como «el conjunto concatenado de actos que deben seguirse para imponer una sanción administrativa. Dicho procedimiento tiende, fundamentalmente a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlado, a la par, la actuación inquisitiva de la Administración»¹¹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en relación con la potestad de dictar sanciones administrativas ha señalado¹²:

«(...) el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del ius puniendi del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda».

Asimismo, sobre el papel de la administración pública en materia sancionadora, el profesor Guzmán Napurí¹³ indica que:

«(...) la Administración Pública debe servir como un filtro para reducir el nivel de conflictividad en la sociedad, resolviendo las controversias y permitiendo que solo aquellas que esta no puede resolver lleguen al Poder Judicial. Lo que

ocurre es que el problema de la carga procesal del Poder Judicial se ha convertido en un asunto de Estado más que en un asunto que deba resolverse únicamente en el ámbito de aquel poder del Estado. (...)

Sin embargo este papel que le toca desempeñar a la autoridad administrativa debe ser realizado de manera eficiente, teniendo en cuenta los derechos e intereses de los administrados, respetando los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Caso Contrario, el Poder Judicial tendría siempre que revisar lo resuelto por la entidad, situación en la cual el efecto liberador de la carga procesal se pierde.»

En ese sentido, el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les haya sido expresamente atribuida por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 231° de la LPAG.

2.2 Los principios del procedimiento administrativo sancionador

La LPAG establece que la Administración Pública debe observar obligatoriamente los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador, razón por la cual los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados.

Así, la potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (i) legalidad; (ii) debido procedimiento; (iii) razonabilidad; (iv) tipicidad; (v) irretroactividad; (vi) concurso de infracciones; (vii) continuación de infracciones; (viii) causalidad; (ix) presunción de licitud; y (x) *Non Bis In Idem*; conforme a lo indicado en el artículo 230° de la LPAG.

Sobre las garantías del procedimiento administrativo sancionador, Juan Carlos Morón¹⁴ señala:

«A diferencia de las demás actividades de la Administración, la actividad sancionadora tiene un objetivo único: Ejercer la pretensión

11 MORÓN URBINA, Juan Carlos. «Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General - Capítulo II – Procedimiento Sancionador». Décima Edición – 2014. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. p. 743.

12 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 11 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre de 2010.

13 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. «Manual de la Ley de Contrataciones del Estado». Primera Edición Enero – 2015. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. pp. 673 y 674.

14 Morón Urbina, Juan Carlos. Op. Cit. p. 741.

sancionadora del poder pública administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa (...).

Vemos que las entidades de la administración pública deben velar para que durante el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador se garantice el derecho al debido procedimiento administrativo.

Al respecto, en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional¹⁵ ha señalado que la administración no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso:

«De modo que cualquiera que sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al debido proceso. En la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana enfatizó el respeto del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, al precisar que «no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso», por cuanto «[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber».

Así, en todo procedimiento administrativo sancionador deben respetarse las garantías constitucionales consagradas en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú, las mismas que se deben aplicar, en la medida que resulten compatibles con su naturaleza. Así, encontramos entre otros derechos al derecho de defensa que debe garantizarse durante lo largo del procedimiento, que proscribe cualquier estado o situación de indefensión¹⁶.

En relación a los principios que durante el procedimiento administrativo sancionador son de recibo, protección y tutela en sede administrativa, el Tribunal Constitucional¹⁷ señala que:

«12. No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que 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:

- a. *Principio de legalidad (nullum crimen, nullum poena, sine lege), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción. Corresponde pues a la ley delimitar el ámbito del ilícito sancionable, por expresa prescripción constitucional (artículo 2.24.d.), de modo que no puede ser objeto de regulación reglamentaria, ni mucho menos de precisiones «extranormativas».*
- 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, las 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, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales «de honor», y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de «responsabilidad objetiva del administrado», lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.

15 El Tribunal Constitucional en el segundo párrafo del Fundamento N° 3 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 00156-2012-Phc/TC, del 8 de agosto de 2012.

16 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 6 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 02098-2010-PA/TC, del 22 de junio de 2011.

17 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre de 2010.

- c. *Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.*

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).

- d. *Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados.»*

En ese sentido, durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, las entidades de la administración pública deben respetar los principios antes mencionados, para respetar las garantías constitucionales consagradas en el artículo 139° de la Constitución Política del Perú y lo establecido en la LPAG.

2.3 Potestad sancionadora del TCE del OSCE

Tanto la LCE como la Ley, regulan la competencia del TCE para imponer sanciones administrativas a los proveedores, participantes, postores y contratistas.

Antes de mencionar lo que establece la LCE y la Ley sobre las sanciones administrativas, consideramos importante exponer la propuesta para suprimir el régimen sancionador contractual o al menos su conversión en un régimen regido por el principio de oportunidad formulada por el profesor Iñigo Sanz¹⁸:

«El ámbito de la contratación pública no impone (a diferencia de otros) el ejercicio obligatorio de la potestad sancionadora; estamos, además, ante un sector sensible, vinculado a la competencia, en el que la imposición de sanciones de acuerdo con el principio de oficialidad –como hemos visto líneas arriba– puede ser contraproducente, por afectar negativamente al interés general, al interés de la propia administración o al interés del particular afectado (por su desproporción, en este último caso). El principio de oportunidad

en la iniciación de los procedimientos permite al órgano de contratación amenazar, disuadir, negociar... y evitar onerosos efectos de la imposición de la sanción. No hay que olvidar que el ámbito de la contratación crea un ámbito de actuación en el que la «negociación» resulta más factible que en otros ámbitos de actuación de la Administración y que dicha negociación encaja perfectamente con la consideración del contratista como colaborador.»

Lo que el profesor Iñigo Sanz propone es sustituir en la LCE, en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador, el término «sanciona» por «podrá sancionar», con lo cual el TCE (órgano sancionador) dispondrá de una cierta capacidad de elección de sanciones que se pueden aplicar. Para que, dependiendo del caso, se aplique la sanción que más convenga al interés público.

2.4 Diferencias entre la LCE y la Ley

2.4.1 Las sanciones en la LCE y su reglamento

La LCE establece sobre las sanciones administrativas, en el numeral 51.2 del artículo 51°, que:

Artículo 51. Infracciones y sanciones administrativas (...)

51.2. Sanciones

En los casos que la presente ley o su reglamento lo señalen, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas, las sanciones siguientes:

- a) *Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un período determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Esta inhabilitación en ningún caso puede ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.*
- b) *Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, postor o contratista.*
- c) *Económicas: Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la*

18 SANZ RUBIALES, Iñigo. Op. Cit. pp. 144 y 145.

presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado. Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devuelve la garantía por el Tribunal o la Entidad. En caso de desistimiento, se ejecuta el cien por ciento (100%) de la garantía. (...)

Por su parte, el Reglamento de la LCE, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF establece en el artículo 239° que:

«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 sólo a ésta la sanción a que hubiera lugar, siempre que de la promesa formal de consorcio pueda individualizarse al infractor.

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 le corresponda, sin excepción alguna.»

Como se puede apreciar, el Reglamento de la LCE establece una diferencia respecto a la responsabilidad de los integrantes de un consorcio: (i) durante su participación en el proceso de selección, los integrantes del consorcio podrían responder individualmente por supuestas infracciones, siempre que de la promesa formal de consorcio pueda individualizarse al infractor; (ii) durante la ejecución del contrato, independientemente que integrante del consorcio sea el responsable, declare o asuma su responsabilidad en la comisión de una infracción, ambos recibirán la sanción que le corresponda, sin excepción alguna.

2.4.2 La sanciones en la Ley

Por su parte, la Ley estable sobre las sanciones administrativas, en los numerales 50.2 y 50.3 del artículo 50°, que:

«Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas (...)

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

a) Multa: Es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento

(5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d) y j). La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva.

Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el presente artículo.

- 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 mantener 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), e), f), g), h) y k); en el caso de la infracción prevista en el literal i), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.*
- c) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal i), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.*

La inhabilitación o multa que se imponga no exime de la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a la fecha en que la sanción queda firme.

50.3 Las infracciones son leves, graves y muy graves. El reglamento establece las reglas del

procedimiento sancionador, los mecanismos de cobro de la multa impuesta, las formas de aplicar sanciones a consorcios, la gradualidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias.»

A diferencia de la LCE, que efectuaba la distinción de la responsabilidad de los integrantes del consorcio durante su participación en el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, la Ley NO hace distinción alguna. En la nueva norma, los integrantes del consorcio son responsables solidarios ante la entidad por las infracciones y consecuencias derivadas de su participación individual o conjunta durante ambas etapas.

Así, la Ley establece en relación a la participación en consorcio que:

*«Artículo 13. Participación en consorcio
En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de ejecutar el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.*

Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las infracciones y consecuencias derivadas de su participación individual o conjunta durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato derivado de este.

A los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del presente Capítulo.» (Subrayado y resaltado nuestro)

3. Responsabilidad subjetiva

Conforme a lo establecido en la normativa vigente, el TCE en reiterada jurisprudencia ha señalado que, durante su participación en el proceso de selección, los integrantes del consorcio responden individualmente por supuestas infracciones, siempre que de la promesa formal de consorcio pueda individualizarse al infractor.

En ese sentido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 239° de la LCE, el TCE en algunos casos ha resuelto librar de responsabilidad a uno de los

integrantes de un consorcio, puesto que de los documentos que obran en el proceso de selección es posible acreditar la individualización de la infracción y concluir que dicho integrante no es pasible de sanción.

En dichos casos, el TCE aplica la denominada responsabilidad subjetiva, puesto que la sanción administrativa sólo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico y debido que durante el procedimiento administrativo se ha determinado que un consorciado NO es responsable de la comisión de la infracción, corresponde eximirlo de responsabilidad, ello porque no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

Así, el Tribunal Constitucional ha indicado que algunos de los principios del derecho penal son aplicables en sede administrativa, como el Principio de Legalidad (*nullum crimen, nullum poena, sine lege*); el Principio de Tipicidad; Principio de Culpabilidad y el Principio de proporcionalidad de la sanción. En relación con el Principio de Culpabilidad el Tribunal Constitucional ha señalado que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva, es decir, sólo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente¹⁹.

Al respecto, el Tribunal Constitucional²⁰ ha señalado:

«Afirmar lo contrario sería negar que un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.»

Adicionalmente, Augusto Durán²¹ señala lo siguiente:

«En Argentina han aparecido opiniones similares a las modernas españolas. Así, CASSAGNE

19 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 12 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01873-2009-PA/TC, del 3 de setiembre de 2010.

20 El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 9 de la Sentencia recaída en el Expediente N° 01287-2010-PA/TC, del 3 de octubre de 2012.

21 DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. «Principios de Legalidad, Tipicidad y Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador». En: «Derecho Administrativo en el Siglo XXI – Volumen I», Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Primera Edición – Octubre 2013. Adrus D&L Editoriales S.A.C. Perú. pp. 497 y 498.

sostuvo el principio de culpabilidad en materia de represión administrativa y solo admitió la responsabilidad objetiva con carácter excepcional en aquellos casos expresamente previstos en leyes especiales, leyes cuya constitucionalidad ha de evaluarse en función del estricto criterio de razonabilidad.

En Perú, BACA ONETO también sostuvo el principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, y solo por excepción admitió la responsabilidad objetiva».

En relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, Augusto Durán²² señala lo siguiente:

«No obstante lo expresado, en doctrina se ha encontrado cierta dificultad para sostener el principio de culpabilidad en casos de responsabilidad solidaria y subsidiaria y en los de responsabilidad de las personas jurídicas.

Con relación a la responsabilidad solidaria y subsidiaria, participo de la opinión de CASSAGNE en cuanto a que no hay aquí una quiebra del principio de culpabilidad, que se mantiene incólume respecto del autor de la infracción, sino que lo que ocurre es que opera una modificación en el factor atributivo de responsabilidad.

Respecto de las personas jurídicas pienso que la aplicación de los conceptos de la teoría del órgano hace perfectamente aplicable, en la especie, el principio de culpabilidad. En efecto, el dolo, culpa o negligencia del titular del órgano es imputable a la persona jurídica. Es más, con todas sus vacilaciones, el propio NIETO sostuvo que el apoyo tradicional más sólido a admitir el principio de culpabilidad en el caso de las personas jurídicas, se encuentra en la teoría clásica de la imputación orgánica».

No obstante lo mencionado en el presente punto, resulta importante mencionar que acorde con lo estipulado con la nueva Ley, en cuanto entre en vigencia la referida norma ya no corresponderá hacer una diferencia entre las infracciones cometidas durante el proceso de selección y las cometidas durante la ejecución del contrato, puesto que de acuerdo con lo indicado en su artículo 13°: **«Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las infracciones y consecuencias derivadas de su participación individual o conjunta durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato derivado de este».**

4. Responsabilidad objetiva

Aplicando la normativa vigente, cuando un consorcio comete una infracción es importante que todos los integrantes tengan en consideración que, de acuerdo a lo indicado en el Reglamento de la LCE: **«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 le corresponda, sin excepción alguna».**

En cuanto entre en vigencia la nueva Ley, la responsabilidad solidaria de los consorcios será aplicable ya sea cuando se encuentren en la etapa de selección o cuando ejecuten el contrato.

En relación con la responsabilidad objetiva, el OSCE en una opinión de la Dirección Técnica Normativa²³ ha señalado:

*«De lo expuesto se advierte que, en virtud del Principio Culpabilidad que rige la potestad sancionadora del Estado, es necesario que, en principio, se compruebe la responsabilidad subjetiva del agente infractor a efectos de imponerle una sanción administrativa; no obstante, en materia de Contratación Pública, **el propio Tribunal de Contrataciones del Estado, ha señalado que en determinados casos el Principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse en el ámbito administrativo, en el cual sí podrán existir sanciones por responsabilidad objetiva cuando las reglas existentes y los procedimientos de aplicación del derecho así lo permitan».***

Sobre la responsabilidad objetiva, en materia de contrataciones del Estados, César Rubio²⁴ señala:

«Asimismo, debe señalarse que la determinación de la infracción se verifica automáticamente con la actuación u omisión del denunciado; en virtud de la responsabilidad objetiva del infractor; sin considerar siquiera si tuvo o no voluntad para la comisión de la infracción.

A propósito de lo anterior; debemos decir que en el desarrollo del proceso de selección, tanto los participantes como los postores asumen responsabilidad objetiva en la presentación de documentos y declaraciones juradas contenidas en sus propuestas (...).

De ahí que, para la configuración de la infracción, no reviste mayor relevancia si el sancionable ha

22 Durán Martínez, Augusto. Op. Cit. pp. 500 y 501.

23 Opinión N° 088 -2013/DTN, del 31 de octubre de 2013, emitida por la Dirección Técnico Normativa del OSCE.

24 RUBIO SALCEDO, César R. Op. Cit. p. 274.

cometido la infracción intencionadamente o no; sino la configuración plena de la infracción administrativa tipificada.

Tampoco se discute si la infracción ha sido cometida directamente por el mismo sancionable, su representante o un tercero subordinado a él directamente o indirectamente (defensa eventualmente esgrimida en los PAS seguidos contra las personas jurídicas).

Por su parte, Roberto Shimabukuro²⁵ sobre la responsabilidad objetiva indica:

«Si bien es cierto que la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva en materia sancionadora no es pacífica, consideramos que es necesario aceptarla per de ningún modo extenderla indiscriminadamente a todas las infracciones cuya supervisión se encuentre a cargo de una entidad. Por el contrario, esa aplicación debe ser razonada, justificándose caso por caso –o en todo caso categoría por categoría–, precisamente por ser un apartamiento de la regla general.

Y lo que corresponde preguntarse ahora es ¿qué justifica que luego de haber predicado la responsabilidad por culpa o la aplicación del principio de culpabilidad? sostengamos que sí es posible, aunque razonadamente y en forma excepcional, aplicar la responsabilidad objetiva. Consideramos que al mejor forma de explicarlo es la propuesta por Chinchilla Marín que sugiere que en casos como estos en los que tenemos por un lado, el deber de aplicar el principio de culpabilidad y por el otro, la necesidad de que en relación a algún tipo particular (o categoría) de infracciones se requiera dotar de particularidades el régimen de determinación de responsabilidad de sus autores, cabe apelar a categorías como «los deberes constitucionales o los límites consustanciales al ejercicio de cualquier derecho fundamental en razón de la salvaguardia de valores igualmente constitucionales».

Es importante señalar que, conforme a lo indicado por el Tribunal Constitucional, que establece que el principio de reserva de ley exige que toda limitación a un derecho fundamental debe estar impuesta por una norma de rango legal²⁶, Roberto Shimabukuro considera que para aplicar la responsabilidad objetiva es necesario contar con una norma de rango de ley que establezca dicha posibilidad. Por lo que, según lo indicado por el referido autor, no bastaría que dicha disposición se encuentre en una norma reglamentaria, indicando asimismo que *«siendo igualmente deseable que esta norma con rango de Ley no sólo se limite a establecer la regla de la responsabilidad administrativa objetiva, sino delimite los supuestos en que ésta corresponde, pues el tema no es baladí»*²⁷.

Además, Guzmán Napuri²⁸ en relación a la responsabilidad objetiva señala:

«...Pero sobre todo es evidente que el dolo o la culpa son irrelevantes para determinar la comisión de una infracción administrativa. Inicialmente, porque el solo hecho de cometer la misma implica la violación al deber de cuidado, con lo cual resulta innecesario evaluar la existencia de dolo o culpa. En otras palabras, podríamos afirmar que, por lo menos la culpa se presume en el ámbito de la responsabilidad del administrado. (...)

El concepto de culpabilidad debe ser descartado a fin de permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la misma que hoy en día resulta ser por completo indiscutible, en especial en el ámbito de la contratación administrativa. Si admitiéramos la necesidad de acreditar el dolo o la culpa para efectos de la responsabilidad administrativa sería imposible que una persona jurídica pueda ser sancionada, puesto que la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Es por ello que se considera que no resulta imposible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas».

25 SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos. «REFLEXIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA OBJETIVA». Publicación efectuada en el libro: «DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL SIGLO XXI – Volumen I», Congreso Internacional de Derecho Administrativo. Primera Edición – Octubre 2013. Adrus D&L Editoriales S.A.C. Perú. pp. 740 y 741.

26 El Tribunal Constitucional en los Fundamentos N° 16 al 18 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC, del 12 de diciembre de 2012, respecto a la reserva de ley señala:

«16. En algunos casos, y por lo que hace a determinados derechos fundamentales, la Constitución sujeta la actividad limitadora de los derechos fundamentales a la necesidad de que se observe el principio de reserva de ley. Así sucede, por ejemplo, con los derechos a la inviolabilidad del domicilio, a contratar con fines lícitos, a trabajar libremente, etc.

17. Sin embargo, ausente una reserva de ley en la disposición que reconoce un derecho fundamental, ello no quiere decir que mediante cualquier norma jurídica se pueda restringir un derecho de por sí considerado limitable. En la STC 1091-2002-HC/TC, este Tribunal sostuvo que la prohibición de deslegalización de la actividad limitadora de los derechos, en tales casos, debe materializarse sobre base de los literales a) y b), inciso 24°, artículo 2, de la Constitución, que establece, en ausencia de una reserva legal, la sujeción al principio de legalidad (fund. jur. 5).

18. La sujeción de toda actividad limitadora de un derecho fundamental al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad, constituyen garantías normativas con las que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales. El propósito que ellos cumplen es sustraer tales restricciones del poder reglamentario del Ejecutivo o, en general, de la competencia de cualquier órgano estatal que no represente directamente a la sociedad y, por tanto, que con criterios de generalidad y abstracción puedan establecer restricciones a su ejercicio» (El subrayado y resaltado nuestros).

27 SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto Carlos. Op Cit. pp. 741 y 742.

5. Conclusiones

- i. La Presidenta Ejecutiva del OSCE señaló que el monto total adjudicado de los procesos convocados en el 2013 ascendía a 44,600 millones de nuevos soles. Asimismo, respecto del ejercicio 2104, el monto adjudicado sería de entre 44,000 millones y 46,000 millones de nuevos soles, con un total de 120,000 procesos de selección. Las cifras mencionadas reflejan claramente la importancia de la contratación pública, no sólo por el impacto que pueden tener en la economía nacional, sino porque constituye uno de los indicadores del gasto que realiza la Administración Pública para la adquisición de los bienes y servicios, así como la ejecución de obras.
- ii. Es cierto que existen diversos problemas en materia de contrataciones públicas, sin embargo, estos no serán resueltos sólo con la promulgación de normas y/o la imposición de sanciones, al respecto Eloy Espinosa-Saldaña señala que *«la resolución de los problemas vinculados con la contratación pública en el Perú no se va dar solamente con ajustes en el plano estrictamente normativo. Sin duda la capacitación y calificación de los actores y funcionarios involucrados, o la necesaria superación de prácticas tan erróneas como sostenidas en el tiempo en nuestro país son tareas que deben indubitablemente emprenderse al más breve plazo posible»*²⁹.
- iii. El profesor Iñigo Sanz propone sustituir en la Ley de Contrataciones, en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador, el término «sanciona» por «podrá sancionar», con lo cual el Tribunal de Contrataciones del Estado (órgano sancionador) dispondrá de una cierta capacidad de elección de sanciones que se pueden aplicar. Para que, dependiendo del caso, se aplique la sanción que más convenga al interés público.
- iv. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes les haya sido expresamente atribuida por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 231° de la LPAG.
- v. La LPAG establece que la Administración Pública debe observar obligatoriamente los principios de la potestad sancionadora administrativa, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. Razón por la cual, los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados.
- vi. El profesor Iñigo Sanz propone sustituir en la LCE, en lo que respecta al procedimiento administrativo sancionador, el término «sanciona» por «podrá sancionar», con lo cual el TCE (órgano sancionador) dispondrá de una cierta capacidad de elección de sanciones que se pueden aplicar. Para que, dependiendo del caso, se aplique la sanción que más convenga al interés público.
- vii. El Reglamento de la LCE establece una diferencia respecto a la responsabilidad de los integrantes de un consorcio: (i) durante su participación en el proceso de selección, los integrantes del consorcio podrían responder individualmente por supuestas infracciones, siempre que de la promesa formal de consorcio pueda individualizarse al infractor; (ii) durante la ejecución del contrato, independientemente que integrante del consorcio sea el responsable, declare o asuma su responsabilidad en la comisión de una infracción, ambos recibirán la sanción que le corresponda, sin excepción alguna.
- viii. A diferencia de la LCE, que efectuaba la distinción de la responsabilidad de los integrantes del consorcio durante su participación en el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, la Ley NO hace distinción alguna. En la nueva norma, los integrantes del consorcio son responsables solidarios ante la entidad por las infracciones y consecuencias derivadas de su participación individual o conjunta durante ambas etapas. ☒

28 GUZMÁN NAPURÍ, Christian. Op Cit. p. 678.

29 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. «APUNTES SOBRE EL FUNCIONAMIENTO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL PERÚ». Publicación efectuada en el Libro, Tendencias Actuales en Contratación Pública, cuyo director de la obra fue Eloy Espinosa-Saldaña Barrera. Gaceta Jurídica S.A. Lima – Perú. Primera Edición – Noviembre 2014. p. 15.