

Las infracciones en materia de contratación administrativa

Violations in the Matter of Administrative Contracting

Christian Guzmán Napurí

Universidad Continental, Huancayo, Perú

 <https://orcid.org/0000-0001-9929-0068>

RESUMEN

En todo contrato administrativo debe participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. La ley define qué se entiende propiamente por entidad, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de derecho público interno, como los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado. Este artículo busca explorar cómo, en el contexto de un proceso administrativo sancionador, se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, para que ellos no cometan estas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa. En este sentido, el autor se expone sobre las distintas infracciones posibles en materia de contratación administrativa.

Palabras clave: administrativo, infracciones, contratación pública

ABSTRACT

In every administrative contract, at least one state body in the exercise of administrative function must participate. The Law defines what is properly understood by an entity, which in certain circumstances may include non-state entities governed by internal public law, such as funds constituted totally or partially with public resources, whether governed by public or private law. This article seeks to explore how, in the context of a sanctioning administrative process, a special provision is first sought, against the company that commits the infraction; as well as a general forecast, with respect to the rest of the companies, so that they do not commit said infractions, but focused on the satisfaction of public needs through administrative contracting. In this sense, the author elaborates on the different possible infractions in terms of administrative contracting.

Keywords: Administrative, infractions, public procurement

Fecha de recepción:
30/4/2023

Fecha de aprobación:
15/5/2023

1. INTRODUCCIÓN

Los contratos de derecho público son aquellos a través de los cuales el Estado satisface el interés general. El concepto de contrato administrativo, a primera vista, no parece diferir del concepto de contrato en el derecho privado, pero al ser el Estado una de las partes de este, tiene características propias, hay incluso diferencias estructurales.

Así, puede definirse el contrato administrativo como aquel en que la Administración ejerce prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción, cuidando de no alterar la ecuación financiera de este. Ello para satisfacer el interés general (Cassagne, 1999: 15). En tal sentido, debemos considerar que el concepto de contrato administrativo tiene una naturaleza instrumental, basada en la utilidad pública, pero, a la vez, en la calificación legal¹.

El objeto de este contrato se rige, en consecuencia, por el derecho público. En todo contrato administrativo debe participar por lo menos un órgano estatal en ejercicio de función administrativa. Ahora bien, la ley define qué se entiende propiamente por entidad, que en determinadas circunstancias puede incluir entes no estatales de derecho público interno, como los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

Ahora bien, en el marco del proceso de contratación administrativa los proveedores pueden ser pasibles de cometer infracciones, las mismas que son sancionadas por el Tribunal de Contrataciones, según lo establecido por el

Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el TUO). La justificación es evitar que se cometan actos dañinos, generando previsión de estos a través de la sanción administrativa.

Así, como en todo procedimiento administrativo sancionador, se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comete la infracción; así como una previsión general, respecto del resto de administrados, para que ellos no cometan estas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa.

1.1. Potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones

De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones², la facultad de imponer sanción administrativa según el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, 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 solo en el Tribunal. Sin embargo, la potestad sancionadora es asignada por la Ley³, en estricto cumplimiento del principio de legalidad.

A su vez, según la Ley⁴ 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). Tiene plena autonomía e

1 Sobre el particular, Salazar Chávez, 2009: 27.

2 Artículo 257 del Decreto Supremo 344-2018-EF, en adelante, el Reglamento.

3 Artículo 50 de la Ley.

4 Artículo 59 de la Ley.

independencia en el ejercicio de sus funciones. Estamos, entonces, ante otro tribunal mixto, que tramita tanto trilaterales como sancionadores. Sin embargo, en este último caso, como veremos, resuelve en instancia única.

Ahora bien, por la potestad sancionadora, la Administración se encuentra facultada para sancionar a los administrados por la comisión de infracciones establecidas por el ordenamiento jurídico. Es preciso recordar que por primera vez se estableció en la Ley del Procedimiento Administrativo General una regulación expresa de la potestad sancionatoria, aplicándosele incluso garantías que inicialmente se consideraban propias del derecho penal, lo cual se ha hecho evidente también en la normativa en materia de contrataciones con el Estado.

1.2. Responsabilidad objetiva y responsabilidad subjetiva

Como señalé en trabajos anteriores (Guzmán Napurí, 2021: 90 y ss.), la responsabilidad administrativa del administrado debe ser objetiva, razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar esta, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno, que en este caso serían el dolo o la culpa.

En materia de contratación administrativa, ello se deducía claramente de lo que señala la normativa, pues se establece que la intencionalidad del autor posee un papel en la determinación de la sanción, pero no en la asignación de la responsabilidad administrativa que corresponda⁵; y así lo ha entendido claramente

el Tribunal de Contrataciones al resolver en materia sancionadora⁶.

Ahora bien, como ya se ha señalado, el concepto de culpabilidad debe ser descartado para permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la que hoy en día resulta ser por completo indiscutible y que es necesaria para sancionar en materia de contratación administrativa, en que gran parte de los sancionados son personas jurídicas e incluso entidades del Estado.

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, pues la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Por ello, se considera que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas⁷.

Ahora bien, la incorporación del principio de culpabilidad en la Ley 27444 generó en esta materia una importante controversia, pues, no obstante el desarrollo jurisprudencial existente, no existía referencia expresa en la redacción original de la Ley 30225. Como resultado, el Decreto Legislativo 1341 modificó la norma. Estableció que la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

Por último, el Decreto Legislativo 1444 modifica la norma señalada⁸, estableciendo que la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos

5 Para una opinión distinta, Cassina Rivas, 2014: 46 y ss.

6 En especial, la Resolución 1438-2007-TC-S3 y 231.2014-TC-S3, entre otras.

7 Sobre el particular, véase Nieto, AÑO: 440 y ss.

8 Numeral 50.3 del artículo 50 de la Ley.

tipos infractores que son señalados expresamente por la norma en cuestión, a los cuales nos referiremos con detalle en este trabajo.

Es evidente en este caso que la normativa en materia de contratación administrativa sigue confundiendo el principio de causalidad con el mal llamado principio de culpabilidad, siendo claramente conceptos distintos, lo cual es una de las tantas falencias que muestra la regulación del procedimiento administrativo sancionador en esta materia.

1.3. Los principios de la potestad sancionadora aplicados a la contratación administrativa

En este acápite trataremos algunos principios propios de la potestad sancionadora, que hemos tratado con amplitud en el capítulo correspondiente, que sin embargo muestran un tratamiento importante en materia de contratación administrativa, en especial a través de la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Debido procedimiento

Es necesario recordar que el debido procedimiento, en materia sancionatoria, implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. En este caso, y dado que la resolución que pueda emitirse tendrá un carácter gravoso, este principio debe ser tomado en su acepción más amplia posible, incluidos, para algunos, determinados principios del derecho de defensa en el orden penal (Huapaya Tapia, 2005: 188). Así, este principio es medular en los procedimientos tramitados por el Tribunal de Contrataciones⁹. Y así lo ha entendido este colegiado en reiterada jurisprudencia¹⁰.

Razonabilidad

Ahora bien, como veremos, el Reglamento establece los criterios aplicables para la graduación de la sanción, los cuales no difieren sustancialmente de los establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Estos criterios son necesarios para que la graduación sea objetiva y pueda ser revisada por el Poder Judicial si se iniciara el proceso contencioso administrativo, teniendo en cuenta que el procedimiento administrativo sancionador en este caso se tramita en instancia única. Sin embargo, a diferencia de otros ordenamientos, el Tribunal de Contrataciones no emplea fórmula, con lo cual se afecta la necesaria objetividad que requiere este principio.

Tipicidad

Por el principio de tipicidad —que se confunde en ocasiones con el principio de legalidad sancionatoria—, 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, lo cual incluye la sanción aplicable.

Ahora bien, es preciso señalar que la Ley establece de manera taxativa las infracciones en la materia, sin establecer la posibilidad de tipificación a través del Reglamento, lo que sí ocurriría con la norma derogada. No existe entonces colaboración reglamentaria en el ámbito de la contratación administrativa. A esto nos referiremos adelante en este capítulo.

A ello debe agregarse que a través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligacio-

9 Sobre el particular, Cortes Tataje, 2014: 233-234.

10 Resolución 368-2011-TC-S4, 443-2014-TC-S3, entre otras.

nes que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. Ello significa que las infracciones en materia contractual deben estar enfocadas de manera directa en las obligaciones que la normativa impone. Es decir, la Ley y el Reglamento.

Concurso de infracciones

El principio de concurso de infracciones implica que, cuando una misma conducta califique como más de una infracción, se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes. Este principio se presenta similar a los establecidos en el ámbito penal respecto a los concursos de delitos, sean estos ideales o reales, distinción que se considera aplicable también al procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, la contratación administrativa puede ocurrir de manera frecuente que una misma conducta genere más de una infracción, con lo cual debe aplicarse lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Como se señaló, debe tenerse cuidado con los supuestos en los cuales un mismo hecho conforma en realidad conductas distintas, situación en la cual cada una de ellas constituye infracciones sancionadas de manera independiente (Torres Zavala, 2015: 36 y ss.).

En este orden de ideas, el Reglamento preceptúa que¹¹, en caso de incurrir en más de una infracción en un mismo procedimiento de selección y/o en la ejecución de un mismo contrato, se aplica la sanción que resulte mayor. En el caso que concurren infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación.

Causalidad. Fractura del nexo causal

Como se señaló, en el derecho administrativo sancionador —y en el derecho sancionador en general— la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Ahora bien, al igual que en el derecho penal y la responsabilidad civil, el criterio de causalidad a aplicar es el de la denominada causalidad adecuada.

Dada la naturaleza objetiva de la responsabilidad administrativa del administrado, la única forma a través de la cual este administrado podría eximirse de responsabilidad estriba en acreditar una fractura en el nexo causal. Es decir, demostrar que, no obstante la generación de la infracción, esta no fue originada por el comportamiento del administrado.

De hecho, diversas resoluciones del Tribunal de Contrataciones emplean el concepto de fractura del nexo causal, estableciendo que en estos casos el administrado no es responsable de la infracción imputada, basándose en supuestos como caso fortuito (una enfermedad) o hecho determinante de tercero, como puede ser la presentación de documentación falsa por un miembro del consorcio.

Non bis in ídem

Como indiqué de manera reiterada, para que ese principio sea aplicable, se requiere que se manifieste la triple identidad. Ello implica que exista identidad de sujeto, de hecho y de fundamento (Cortez Tataje, 2014: 258-259). En el primer caso, es preciso tener en cuenta la posibilidad de aplicar sanciones administrativas a las personas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en los procesos penales.

11 Artículo 266 del Reglamento.

En el segundo caso, es preciso señalar que existe un ámbito material y un ámbito procesal de este principio. Por el primero, las personas, sean naturales o jurídicas, no pueden ser sancionadas por lo mismo dos veces. Por el segundo, las personas no pueden ser sometidas a más de un proceso judicial o procedimiento administrativo por los mismos hechos.

En cuanto a la identidad de fundamento, esta se enfoca en el bien jurídico tutelado, cuya distinción justifica que un mismo hecho pueda generar varias imputaciones contra un mismo sujeto. Esto ocurre en la contratación administrativa con frecuencia. Un ejemplo es la presentación de información falsa. Sin embargo, en el caso de las vulneraciones a la libre competencia, la Ley vigente ha eliminado la infracción respectiva, centrando la protección de esta en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), como veremos adelante.

1.4. La obligación de informar sobre supuestas infracciones

El Reglamento preceptúa¹² en este punto que el Tribunal toma conocimiento de hechos que pueden dar lugar a la imposición de sanción, por denuncia de la entidad o de terceros, por petición motivada de otros órganos del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o de otras entidades públicas o de oficio. De hecho, el mayor incentivo para efectuar la denuncia corresponde a los postores perdedores en el procedimiento de selección, en particular cuando ocurren infracciones que afectan el otorgamiento de la buena pro.

En primer lugar, según lo dispuesto por el Reglamento, toda denuncia o petición debe contener como mínimo un conjunto de elementos, como son la identificación del proceso de contratación; la identificación del presunto infractor; la infracción imputada al presunto infractor, según lo previsto en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley; así como los documentos que sustenten la denuncia.

Ahora bien, el requerimiento de la infracción imputada no debería ser relevante, pues ello debe ser determinado por el Tribunal al iniciar el procedimiento sancionador, en aplicación del impulso de oficio en el cual se incluye la obligación de la autoridad administrativa de determinar la norma aplicable al caso aun cuando no haya sido invocada o fuere errónea la cita legal¹³.

La norma no señala qué ocurre si el denunciante pretende interactuar en el procedimiento más allá del ofrecimiento de pruebas. De hecho, las entidades han podido participar de audiencia de informe oral ante el Tribunal, pero ello no las convierte en parte del procedimiento, razón por la cual tampoco podrían interponer recurso de reconsideración ni tampoco demanda contenciosa administrativa contra lo resuelto por el Tribunal.

Asimismo, según la norma, cuando la infracción pueda ser detectada por la entidad, está obligada a comunicarlo al Tribunal, bajo responsabilidad, remitiendo un informe técnico que, además de lo señalado en el párrafo precedente, contenga una opinión sobre la existencia de la infracción y del daño causado a la entidad; siendo que, de corresponder, remite también una copia de la oferta. La norma no

12 Artículo 259 del Reglamento.

13 Artículo 156 del TUO de la Ley 27444.

establece qué ocurre si la denuncia es presentada sin el requisito establecido, que sigue siendo innecesario.

Además, el Reglamento preceptúa que el incumplimiento de la obligación de la entidad de comunicar la comisión de presuntas infracciones será puesto en conocimiento de su oficina de control institucional o de la Contraloría General de la República, según sea el caso, para el deslinde de responsabilidades. Asimismo, este incumplimiento constituye responsabilidad disciplinaria y responsabilidad penal, como veremos en este artículo.

Por último, la norma establece¹⁴ que, en todos los casos, la decisión de iniciar el correspondiente procedimiento administrativo sancionador corresponde al Tribunal. Ello deja clara la aplicación del principio de oficialidad propia del procedimiento, así como el hecho de la inexistencia de mecanismo alguno que fuerce al Tribunal a emitir el acto de inicio del procedimiento, siendo claramente un sancionador puro.

2. INFRACCIONES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

La Ley¹⁵ establece un conjunto de infracciones aplicables a proveedores, postores, adjudicatarios y contratistas, en cumplimiento del principio de tipicidad. Estas infracciones se encuentran referidas a determinados bienes jurídicos que deben ser tutelados en el contexto de la contratación administrativa, para que pueda cumplir sus fines de manera adecuada. Es preciso señalar, como veremos, que existen infracciones establecidas en la normativa derogada que en la Ley vigente ya no existe, a las cuales aludimos más adelante.

2.1. Las infracciones establecidas en la ley

La ley derogada establecía un supuesto de lo que se denomina colaboración reglamentaria en el contexto del principio de tipicidad sancionadora, al prescribir la posibilidad de que existan infracciones que se establezcan en el Reglamento. Esta disposición, sin embargo, no se haya consignada en el texto de la Ley, en cuya elaboración se ha considerado que la tipificación de las infracciones debe efectuarse a través de la Ley.

Desistirse o retirar injustificadamente su oferta

En primer lugar, constituye infracción administrativa no mantener la oferta hasta el consentimiento de la buena pro, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato. Es decir, que el postor no mantenga su oferta hasta que la buena pro haya sido consentida, teniendo en cuenta que ya no existe la garantía de seriedad de oferta, que ha aparecido y desaparecido sucesivamente de la normativa en materia de contrataciones del Estado. La finalidad es evitar que se afecte la eficiencia en la contratación administrativa en el contexto del procedimiento de selección.

La Ley tipifica esta infracción como el desistimiento o retiro injustificado de la propuesta, con lo cual podrían existir supuestos de justificación de este hecho, como podría ser el error detectado en la propuesta económica (Capcha Reymundo, 2014: 236). Es preciso señalar que la ley derogada consignaba esta infracción y la siguiente como una sola, siendo claramente distintas.

Por último, según la norma, a esta infracción no se le aplica la responsabilidad objetiva a la cual nos hemos referido. Ello se debería a que estamos frente a una infracción que podría justificarse.

14 Numeral 259.5 del artículo 259 del Reglamento.

15 Artículo 50 de la Ley.

Sin embargo, ello no está dirigido al principio de culpabilidad, sino más bien al de causalidad, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones.

El incumplimiento de la suscripción del contrato

Pero, por otro lado, tenemos la infracción consistente en incumplir el perfeccionamiento del contrato, como lo establece la Ley, que incluye la suscripción del contrato y la formalización del acuerdo marco, pero también la recepción de la orden de compra o de servicio, las cuales constituyen también contrato administrativo, salvo que sean emitidas en supuestos no sometidos a la normativa contractual (Retamozo, 2013: 196 y ss.).

Ahora bien, conforme la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones¹⁶, esta infracción es imputable también a quien incumple con las actuaciones necesarias para la suscripción del contrato, como la presentación de los documentos establecidos por las bases y la normativa contractual, incumplimiento que debe ser injustificado para que se manifieste la infracción (Gómez, 2014: 271 y ss.).

Ello se encuentra corroborado por el Acuerdo de Sala Plena 006-2021-TCE, del 11 de junio de 2021, el cual señala:

1. La infracción consistente en incumplir injustificadamente la obligación de perfeccionar el contrato o formalizar Acuerdos Marco, tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, se configura en el momento en que el postor adjudicado incumple con alguna de sus obligaciones que impiden el perfeccionamiento del contrato o la formalización del Acuerdo Marco, según la normativa aplicable.

Lo indicado es importante en cuanto pueden existir situaciones que generen la imposibilidad jurídica de suscribir el contrato, como haber sido inhabilitado para contratar con el Estado, luego del consentimiento del otorgamiento de la buena pro¹⁷, así como hechos que constituyan caso fortuito (Capcha, 2014: 242), que incluyen supuestos de enfermedad¹⁸.

Lo indicado incluye supuestos en los cuales el otorgamiento de la buena pro ha sido dejado sin efecto por la entidad, en particular si ha sido materia de anulación, situación en la cual el procedimiento de selección se retrotrae al momento de la generación del vicio.

Por último, según la norma, a esta infracción no se le aplicaría tampoco la responsabilidad objetiva a la cual me he referido. Ello se debería a que estamos frente a una infracción que podría justificarse, siendo que el Decreto Legislativo 1444 ha establecido un ajuste señalando que este incumplimiento debe ser injustificado. Sin embargo, como señalé, ello no se dirige al principio de culpabilidad, sino más bien al de causalidad, como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones.

Contratación de proveedores impedidos

Asimismo, la Ley preceptúa que cometen infracción administrativa los proveedores que contraten con el Estado estando impedidos para ello, según la norma. Y es que el artículo 11 de la Ley establece supuestos que impiden a determinados proveedores contratar con el Estado, que incluyen desde el cargo que ocupan hasta el parentesco con personas que ocupan determinados cargos, a lo que hay que agregar los supuestos de inhabilitación existentes.

16 Resolución 2101-2014-TC-S2.

17 Resolución 2087-2014-TC-S3.

18 Resolución 2454-2013-TC-S3.

En estos casos, la medida correctiva es la nulidad del contrato, siendo que ello no basta para corregir esta situación. Es necesario además el mecanismo disuasivo de la conducta señalada. Asimismo, la sanción administrativa opera sin perjuicio de la responsabilidad que haya lugar en el caso de los servidores que hayan participado de la contratación.

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1444 modifica la redacción de la infracción definiendo que la conducta sancionable consiste en contratar con el Estado estando impedido según Ley. Ello es más preciso que la redacción previa de la norma, pues existen supuestos de impedimentos para contratar con el Estado que se encuentran fuera de la Ley de Contrataciones.

Sobre el particular, el Tribunal emitió un controvertido precedente, contenido en el Acuerdo de Sala Plena 008-2020-TCE, el cual incluía la docencia entre las contrataciones que no pueden realizarse como resultado de los impedimentos establecidos en la Ley. Este criterio interpretativo fue a su vez dejado sin efecto por el Acuerdo de Sala Plena 003-2021-TCE, estableciendo lo siguiente:

«1. Los impedimentos para contratar con el Estado aplicables a los funcionarios o servidores públicos mencionados en los literales a), b), c), d) y e) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, no son extensibles a su labor docente, tanto cuando esta se ejerce bajo un régimen laboral como de locación de servicios».

19 «Artículo 35. Subcontratación

35.1 El contratista puede subcontratar, previa autorización de la entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato hasta el porcentaje que establezca el reglamento, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección.

35.2 No se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

35.3 Para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) no estar impedido, inhabilitado ni suspendido para contratar con el Estado.

35.4 El contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad».

Subcontratación

Además, constituye infracción administrativa también la realización de subcontrataciones sin autorización de la entidad; por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento; o cuando el subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido, inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado. Aquí es preciso señalar que la subcontratación se encuentra limitada en la contratación administrativa, la cual opera mediando determinadas condiciones.

En este punto la Ley establece que el contratista puede subcontratar, previa autorización de la entidad, la ejecución de determinadas prestaciones del contrato, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección, estableciéndose además prohibiciones específicas sobre el particular¹⁹. Sin embargo, el contratista mantiene la responsabilidad por la ejecución total de su contrato frente a la entidad.

Asimismo, se establece que ningún contratista puede subcontratar la totalidad de las prestaciones contenidas en el contrato, sino hasta el porcentaje que establece el Reglamento. A ello debemos agregar que no se puede subcontratar las prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista. Ambas limitaciones están destinadas a evitar que el contrato administrativo se desnaturalice, afectando el interés general.

Además, para ser subcontratista se requiere contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como no estar impedido ni inhabilitado para contratar con el Estado. Este requisito es de particular importancia para asegurar la idoneidad del subcontratista, que si bien se encontraba consignado en el reglamento derogado no constituía elemento de la infracción que estamos tratando en la Ley de Contrataciones del Estado derogada.

En este orden de ideas, el Reglamento²⁰ permite subcontratar por un máximo del 40 % del monto del contrato original, salvo prohibición expresa contenida en los documentos del procedimiento de selección o cuando se trate de prestaciones esenciales del contrato vinculadas a los aspectos que determinaron la selección del contratista.

Para ello, la entidad debe aprobar la subcontratación por escrito y de manera previa, dentro de los cinco días hábiles de formulado el pedido por el contratista. Si transcurrido este plazo la entidad no comunica su respuesta, se considera que el pedido ha sido rechazado. No cabe subcontratación en la selección de consultores individuales.

En este punto es importante indicar, según lo ha señalado el Tribunal de Contrataciones²¹, que la imposición de la sanción está supeditada a la validez de los subcontratos, situación en la cual el procedimiento administrativo sancionador debe suspenderse hasta que se haya resuelto el proceso judicial que se haya iniciado para discutir esta validez.

Por último, el Tribunal de Contrataciones ha generado un importante precedente sobre esta materia, a través del Acuerdo de Sala Plena

003-2019-TCE, del 6 de diciembre de 2019. Señala criterios para determinar cuándo nos encontramos ante una subcontratación que genere la infracción que venimos describiendo.

El acuerdo en mención, que también ha generado cierta controversia, señala:

«En atención a lo expuesto de manera precedente, la Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado acuerda que, independientemente del marco normativo aplicable, para la configuración de la infracción consistente en subcontratar prestaciones:

1. Se requiere la acreditación de un acuerdo de voluntades que tenga por objeto la cesión o traslado de la ejecución de prestaciones, del contratista a un tercero, ajeno a la relación contractual que celebró con la entidad, sin autorización de la entidad o en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), esté impedido o inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado.
2. No es necesario acreditar que el acuerdo de subcontratación se haya celebrado por escrito.
3. La acreditación de la ejecución de prestaciones que estaban a cargo del contratista, por parte de un tercero a favor de la entidad, constituye, entre otros, un medio probatorio que demuestra la existencia de un acuerdo de subcontratación [...]».

Residente o supervisor de obra

En la redacción previa de la norma la conducta típica consistía en incumplir la prohibición expresa de que el residente o supervisor de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, la redacción actual, producto de la reforma del Decreto Legislativo 1444, se refiere a incumplir la obligación de prestar servicios a tiempo completo

20 Artículo 147 del Reglamento.

21 Resolución 730-2014-TC-S3.

como residente o supervisor de obra, salvo en aquellos casos en que la normativa lo permita.

En primer lugar, el residente es profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la entidad, el cual puede ser ingeniero o arquitecto, que representa al contratista como responsable técnico de la obra²². Ahora bien, el residente de obra no puede prestar servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, en el caso de obras convocadas por paquete, la norma preceptúa que la participación permanente, directa y exclusiva del residente son definidos en los documentos del procedimiento de selección por la entidad, bajo responsabilidad, teniendo en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

En segundo lugar, el supervisor de obra es una persona natural o jurídica especialmente contratada para verificar el cumplimiento de la ejecución contractual²³. La norma preceptúa que, en el caso de ser una persona jurídica, esta designa a una persona natural como supervisor permanente en la obra, debiendo cumplir al menos con la experiencia y calificaciones profesionales establecidas para el residente de obra.

Ahora bien, el supervisor de obra, cuando es persona natural, o el jefe de supervisión, en caso el supervisor sea persona jurídica, no puede prestar servicios en más de una obra a la vez. Sin embargo, en el caso de obras convocadas por paquete, ocurre también que la participación permanente, directa y exclusiva del inspector o supervisor es definida en los documentos del procedimiento de selección por la entidad, bajo responsabilidad, teniendo

en consideración la complejidad y magnitud de las obras a ejecutar.

Por último, la norma establece que los profesionales sancionados por incurrir en la infracción señalada no pueden integrar el plantel de profesionales propuestos ni participar brindando servicios en un contrato con el Estado, mientras la sanción se encuentre pendiente de cumplimiento, funcionando como una medida cautelar similar a la que señalaré adelante y que se encuentra indicada en la Ley. La norma establece además que, en caso de advertirse el incumplimiento de esta disposición, la propuesta debe ser descalificada, lo cual constituye más bien una sanción para el postor en el procedimiento de selección al haber incorporado a un profesional sancionado en su oferta técnica.

La resolución del contrato

Asimismo, según la Ley, constituye infracción administrativa dar lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte. Ello opera sin perjuicio del resto de consecuencias que genera esta resolución, como la ejecución de la carta fianza. La justificación de esta infracción estriba en el perjuicio al interés general como resultado de la resolución contractual. Es preciso recordar que el contratista es un colaborador de la entidad y no cualquier contratante (Parejo Alfonso, 2007: 261-262).

Ahora bien, en este punto existe un importante Acuerdo del Tribunal sobre el particular²⁴. Este acuerdo indica que para se verifique la infracción señalada las entidades deberán presentar la documentación que acredite en primer lugar el envío de la carta notarial de requerimiento

22 Artículo 179 del Reglamento.

23 Artículo 186 del Reglamento.

24 Acuerdo 006/2012, del 20 de setiembre de 2012.

previo al contratista para el cumplimiento de la obligación; así como la carta notarial mediante la cual se le comunica la decisión de resolver el contrato²⁵.

Así, si se ha requerido al contratista o, cuando habiendo sido solicitados los documentos acreditativos por el Tribunal, estos no se presentaran, se declarará no ha lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, disponiendo el archivamiento del expediente al haberse incumplido con el debido procedimiento. Ello implica la necesidad de que la entidad haya cumplido debidamente con el procedimiento de resolución del contrato administrativo establecido por la Ley y el Reglamento (Torres Zavala, 2015: 59 y ss.).

Indica, además, el Tribunal de Contrataciones que el requerimiento previo al que se alude en el numeral anterior del acuerdo no será exigible cuando la resolución del contrato sea consecuencia de haber acumulado el máximo de la(s) penalidad(es) prevista(s) en el contrato o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida, como lo señala el Reglamento.

Se indica, asimismo, que en el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia según a lo previsto en la Ley y su Reglamento.

Por último, de haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito

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

En consecuencia, para ello, lo señalado requiere que la responsabilidad del contratista se acredite luego del respectivo proceso arbitral, razón por la cual el procedimiento se suspende²⁶; o que la resolución del contrato declarada por la entidad se encuentre consentida por el contratista al no haberla impugnado dentro del plazo establecido por la normativa contractual, según lo ha indicado el Tribunal de Contrataciones²⁷.

Los vicios ocultos

Según la norma derogada, constituía infracción administrativa además haber entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, siempre que exista previamente una sentencia judicial firme o laudo arbitral que determine ello, para que la sanción administrativa no sea arbitraria. Lo indicado se encontraba ratificado por la jurisprudencia de Tribunal de Contrataciones²⁸. Ahora bien, es preciso señalar que en la Ley derogada esta infracción no establece la posibilidad del saneamiento de los vicios ocultos.

En cambio, la Ley vigente establece que constituye infracción no proceder al saneamiento cuando ello corresponda, lo cual otorga una mayor flexibilidad a la situación generada por la existencia de estos vicios²⁹. Ello debe ocurrir

25 Sobre el particular, Paz Winchez, 2014: 224.

26 Resolución 1141-2011-TC-S4 y 241-2004-TC-S2.

27 Resolución 2099-2014-TC-S4.

28 Resolución 2033-2014-TC-S3.

29 Exposición de Motivos de la Ley 30225, D.S. N.º 344-2018-EF, p. 48.

según lo requerido por la entidad, y los vicios deben haber sido reconocidos por el contratista o declarados en vía arbitral.

Obligaciones una vez concluido el contrato

Según la norma previa a la Ley 30225, incurrían en responsabilidad los contratistas cuando se constataba, después de otorgada la conformidad, que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad que se encuentran establecidos en las bases. Esta infracción se refería a obligaciones provenientes del contrato, distintas al saneamiento por vicios ocultos, que son accesorias o complementarias (Retamozo, 2013: 215 y ss.).

Ahora bien, la Ley modifica esta infracción, estableciendo como tal la negativa injustificada a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando estas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado, lo cual debe entenderse que posee mayor amplitud respecto a la infracción contenida en la norma derogada y se justifica el cumplimiento de la finalidad del contrato, que incluye todas las prestaciones que provienen de él. Por último, el Decreto Legislativo 1444 aclara este punto, limitando la infracción a las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, lo cual es más claro que la redacción previa de la norma.

Información inexacta

Ahora bien, en el caso de la infracción consistente en presentar información inexacta, la Ley la supeditaba inicialmente a que esta presentación esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros, a diferencia de lo que ocurría con la normativa previa, recibiendo como veremos adelante un tratamiento distinto.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 1341 se dirige a que esta presentación 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, que sin embargo no generaba una mayor precisión respecto de la redacción original de la norma.

Como resultado, el Decreto Legislativo 1444 genera una importante aclaración, incorporando en primer lugar al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, que no se encontraban en la redacción original de la norma y que sin embargo tramitan procedimientos administrativos en que puede presentarse información inexacta.

Asimismo, en el caso de las entidades, se genera la infracción siempre que la presentación de información inexacta 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, lo cual es equivalente a la redacción previa de la norma.

Además, la norma preceptúa en este punto que, 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 a ser obtenido por el administrado debe relacionarse con el procedimiento que se sigue ante estas instancias.

Por otro lado, según la Decimoprimer Disposición Complementaria Final del Reglamento, en el supuesto de hecho de la infracción que describo, se encuentra comprendida la presentación de garantías que no hayan sido emitidas

por las empresas indicadas en el numeral 33.2 del artículo 33 de la Ley³⁰, lo cual es relevante para completar el contenido de esta infracción administrativa.

Por otro lado, el Acuerdo de Sala Plena 02-2018-TCE, emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se pronuncia sobre el particular. Establece, en primer lugar, que la infracción 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. Asimismo, esta infracción comprende un conjunto de situaciones, las cuales son descritas en el numeral 6 del citado acuerdo.

Por último, cuando esta infracción se presenta este supuesto en el caso de procedimientos tramitados ante el RNP nos encontraríamos ante una vulneración al *non bis in idem*. Ello, porque el Tribunal de Contrataciones ha entendido que la prohibición de reinscripción generada como resultado de la nulidad de la inscripción en el RNP constituye una sanción en la cual se manifiesta la triple identidad respecto a la sanción que pueda imponer este órgano³¹.

Documentación falsa

Asimismo, constituye infracción administrativa la presentación de documentos falsos o adulterados a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores. La norma previa a la Ley 30225 trataba conjuntamente esta infracción con la presentación de información inexacta, cuando constituyen supuestos en verdad distintos³².

Ahora bien, el Decreto Legislativo 1444 genera una importante aclaración, incorporando también al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, que no se encontraban en la redacción original de la norma y que sin embargo tramitan procedimientos administrativos en que puede presentarse documentación falsa o adulterada.

Esta infracción debe analizarse cuidadosamente, al igual que la anterior, pues podemos encontrar fracturas del nexo causal. Por ejemplo, cuando la responsabilidad de la falsedad o inexactitud no corresponde al postor, sino a quien le proporcionó la documentación o la información³³. Ello dada además su especial gravedad, como veremos más adelante. Ello depende además de la interpretación que efectúe el Tribunal de la disposición que establece

30 «Artículo 33.- Garantías

[...]

33.2. Las garantías que acepten las entidades deben ser incondicionales, solidarias, irrevocables y de realización automática en el país, al solo requerimiento de la respectiva entidad, bajo responsabilidad de las empresas que las emiten. Dichas empresas deben encontrarse bajo la supervisión directa de la Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y deben estar autorizadas para emitir garantías; o estar consideradas en la última lista de bancos extranjeros de primera categoría que periódicamente publica el Banco Central de Reserva del Perú.

[...].».

31 Sobre el particular, Santy Cabrera, 2014: 250-251.

32 Sobre el particular, Morante Guerrero, 2015: VII-1 y ss.

33 Exposición de Motivos de la Ley 30225, D. S. N.º 344-2018-EF, p. 49.

la responsabilidad del postor respecto de los documentos que presenta³⁴.

Por último, es preciso determinar qué ocurre cuando coexisten estas dos infracciones que antiguamente se tipificaban juntas en la norma contractual. En este orden de ideas, el Tribunal de Contrataciones se ha pronunciado mediante el Acuerdo 004-2019-TCE, del 13 de diciembre de 2019, para tratar este importante tema, sometido a importante controversia como lo muestran los votos en discordia del acuerdo, el cual señala:

«Cuando el procedimiento administrativo sancionador se haya iniciado por la presunta comisión de las infracciones consistentes en presentar documentos falsos o adulterados y/o 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) o a la Central de Compras Públicas-Perú Compras, respecto de un mismo documento, y se determine que el documento cuestionado es falso o adulterado, corresponde que la Sala también emita un pronunciamiento sobre la responsabilidad por la presentación de presunta información inexacta contenida en aquel».

Omisión de la inscripción en el RNP y vulneración a la capacidad libre de contratación o a la especialidad

Constituye infracción administrativa en la materia también cuando los adjudicatarios suscri-

ban contrato o acuerdos marco sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); o suscriban contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP.

Estamos ante distintas infracciones que se generan respecto del RNP. En el primer caso tenemos la vulneración a la obligación del proveedor de estar inscrito en este registro para poder ser contratista o subcontratista³⁵. La finalidad es reducir costos administrativos y costos de transacción en la tramitación de los procedimientos de selección y propender a su eficiencia.

El Decreto Legislativo 1444 elimina la referencia, que se encontraba en la norma previa, al registro como participantes, y a la presentación de propuestas. Ello se debe a que operativamente es imposible el registro de participantes o la presentación de ofertas si el postor o participante no se encuentra registrado en el RNP, pues el SEACE lo impide³⁶.

En segundo lugar, la capacidad libre de contratación consiste en el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación hasta por el cual puede contratar un ejecutor de obras. A su vez, la capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la

34 «Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

Artículo 59. Idioma de la documentación y otras formalidades

59.1. Los documentos que acompañan a las expresiones de interés, las ofertas y cotizaciones, según corresponda, se presentan en idioma español. Cuando los documentos no figuren en idioma español, se presenta la respectiva traducción por traductor público juramentado o traductor colegiado certificado, según corresponda, salvo el caso de la información técnica complementaria contenida en folletos, instructivos, catálogos o similares, que puede ser presentada en el idioma original. El postor es responsable de la exactitud y veracidad de dichos documentos.

59.2. Las solicitudes de expresiones de interés, ofertas y cotizaciones son suscritas por el postor o su representante legal, apoderado o mandatario designado para dicho fin».

35 Artículo 35 de la Ley.

36 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1444, p. 24.

ejecución de obras públicas simultáneamente, y está determinada por la ponderación del capital y las obras ejecutadas³⁷.

Por último, el RNP asigna una o varias especialidades a los consultores de obras, para que puedan participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado³⁸. La norma establece especialidades, cada una posee un conjunto de rubros. A su vez, la norma establece una regulación específica para asignar y ampliar estas especialidades.

Suspensión o nulidad del contrato

Por otro lado, según la Ley, constituye infracción administrativa perfeccionar el contrato, luego de notificada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (Seace) la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la suspensión, la Ley preceptúa³⁹ que el OSCE posee la atribución de suspender procedimientos de selección, en los que, durante el procesamiento de la acción de supervisión, de oficio o a pedido de parte, se identifique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento, atribución que busca tutelar la eficiencia de los procedimientos de selección.

Sin embargo, la facultad de declarar la nulidad corresponde, dependiendo de la cuantía, al titular de la entidad o al Tribunal, dependiendo de la cuantía, no propiamente al OSCE, con lo cual esta infracción establecida en la Ley no sería suficientemente precisa en este punto, con

lo cual se podría estar vulnerando el principio de tipicidad.

Inversión pública

La redacción original de la Ley no consignaba infracción alguna sobre este punto. El Decreto Legislativo 1341 incorporó como infracción formular estudios de preinversión, expedientes técnicos o estudios definitivos con omisiones, deficiencias o información equivocada, que ocasionen perjuicio económico a las entidades, siendo necesario tutelar los bienes jurídicos relacionados con esta materia.

Por último, el Decreto Legislativo 1444 modifica la tipificación señalada, ampliándola de manera importante, estableciendo que constituye infracción en primer lugar formular fichas técnicas o estudios de preinversión o expedientes técnicos con omisiones, deficiencias o información equivocada, ocasionando perjuicio económico a las entidades.

La norma citada, además, ha incorporado como conducta típica supervisar la ejecución de obras faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, ocasionando también perjuicio económico a las entidades. Ya he referido que es crucial para la eficiencia de la contratación administrativa.

Cuestionamientos maliciosos

Por último, la norma establece como infracción presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolutección de consultas y/u observaciones. Esta infracción fue incorporada por el Decreto Le-

37 Artículos 17 y 20 del Reglamento.

38 Artículo 16 del Reglamento.

39 Literal q del Artículo 52 de la Ley.

gislativo 1341 y se enfoca tanto en la necesidad de un proceso eficiente de contratación administrativa como en la vulneración del principio de buena fe procedimental al cual nos hemos referido de manera reiterada en este artículo.

Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las bases. Las observaciones son presentadas por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación. Por último, según la norma, la absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE. En el caso de las observaciones, se indica si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen⁴⁰.

2.2. Las infracciones derogadas

La Ley materia de análisis había incorporado determinadas infracciones en este asunto, las cuales por diversos motivos han sido eliminadas de la norma vigente en la evolución del ordenamiento contractual, que paso a detallar. En algunos casos, esto se ha debido a la existencia de la misma tipificación en otra norma o a la falta de necesidad de la existencia de la infracción en la Ley.

El caso de las prácticas anticompetitivas

Según la normativa derogada, los proveedores cometían infracción administrativa cuando incurrieran en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la norma deroga-

da, la cual se encontraba referida a las prácticas que afectaban el principio de libre competencia y competencia, afectando seriamente el proceso de contratación administrativa.

Es preciso señalar que esta infracción no se encuentra en el texto de la Ley. Entendemos que ello ocurre dado que esta es sancionada a través del Indecopi, como lo he señalado en el capítulo correspondiente de este libro, al tratar las prácticas anticompetitivas tipificadas en el Decreto Legislativo 1034.

Sin embargo, ello constituye un error de concepción de la norma, pues estamos ante infracciones distintas. No existe vulneración al principio de *non bis in idem*, pues el fundamento es claramente diferente, como he señalado en el capítulo respectivo de este libro. Es preciso indicar que la exposición de motivos de esta norma no contiene una justificación respecto de esta exclusión.

El caso de los socios comunes

Constituía infracción administrativa también respecto de los proveedores incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos, según el Reglamento derogado⁴¹. Aquí encontramos dos posibles infracciones. La primera, que sería cometida por los proveedores cuando no declaraban que cuando participaban en un mismo proceso de selección, solo lo harían en consorcio y no independientemente, al generarse el supuesto.

40 Artículo 72 del Reglamento.

41 «Artículo 260.- Socios comunes

Cuando dos o más proveedores tengan socios comunes en los que sus acciones, participaciones o aportes sean superiores al cinco por ciento (5 %) del capital o patrimonio social en cada uno de ellos, con la solicitud de inscripción, renovación, ampliación de especialidad, aumento de capacidad máxima de contratación, según corresponda, que formulen ante el RNP, deberán declarar que cuando participen en un mismo proceso de selección, solo lo harán en consorcio y no independientemente.

Si se detectara el incumplimiento del presente artículo deberá comunicarse al Tribunal de Contrataciones del Estado para la aplicación de la sanción correspondiente, establecida en la Ley».

Pero la infracción más importante es en la que incurren una vez en el proceso de selección, al presentar propuestas no obstante existir socios comunes entre los postores, lo cual es una práctica restrictiva de la libre competencia, que — como lo he señalado— genera serios perjuicios a la contratación administrativa. Sin embargo, esta infracción no se encuentra consignada en la Ley 30225. Asimismo, tampoco existe referencia a los socios comunes en el actual Reglamento.

El caso de los recursos administrativos

Por último, constituía también infracción administrativa en la norma derogada interponer recursos administrativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento. La finalidad era evitar la presentación de recursos que no serán tramitados, impidiendo con esta tipificación que el mecanismo de solución de controversias funcione de manera ineficiente, a lo que debemos agregar la vulneración al principio de buena fe procedimental. Sin embargo, esta infracción tampoco se encontraba establecida en la redacción original de la Ley, sin que su exposición de motivos nos dé luces respecto de esta exclusión.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1341 incorporó la infracción de presentar recursos maliciosos o manifiestamente infundados, que era más amplia que la infracción que comento. Por último, el Decreto Legislativo 1341 elimina esta infracción, dada la existencia de la ejecución de la garantía en el caso del recurso que es declarado infundado⁴². Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el recurso que es declarado infundado no necesariamente ha sido presentado con una finalidad maliciosa o vulnerando el principio de buena fe procedimental.

2.3. Infracciones en el caso de contrataciones no sujetas a la Ley

Según la Ley, las contrataciones cuyos montos sean iguales o inferiores a ocho unidades impositivas tributarias (UIT), vigentes al momento de la transacción se encuentran excluidas de la aplicación de la norma⁴³, lo cual constituyó un gran cambio respecto de la ley derogada, en que el límite era de tres UIT, reforma que sin embargo ha originado cierta controversia.

Ahora bien, la Ley establece que a estos proveedores se le aplicará algunas infracciones señaladas. En particular, contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en la Ley; así como registrarse como participantes, presentar propuestas o suscribir contrato o acuerdos marco sin inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP); o suscribir contrato por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas a las autorizadas por el RNP.

2.4. Infracciones cometidas por consorcios

La normativa define al consorcio como el contrato asociativo por el cual dos o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado⁴⁴. El consorcio es entonces necesario para una contratación más eficiente, que implica una mejor satisfacción de necesidades. Por ello, es necesario que los consorcios posean un régimen específico en materia de responsabilidad administrativa.

En este punto, el Reglamento preceptúa⁴⁵ que las infracciones cometidas por un consorcio

42 Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1444, pp. 24-25.

43 Literal a) del artículo 5 de la Ley.

44 Anexo 1, Definiciones, del Reglamento.

45 Artículo 258 del Reglamento.

durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato se imputan a todos los integrantes de este, aplicándose a cada uno la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o contrato de consorcio, o el contrato celebrado con la entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. La norma establece que la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

Esta regulación es de particular importancia para asegurar que el efecto disuasivo de la sanción se dirija debidamente. En este orden de ideas, existe jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones que ha resuelto sancionando solo a un miembro de un consorcio y no a los demás al haber podido individualizar la acción que motivó la infracción, mediante el empleo del principio de causalidad.

2.5. El caso de los expertos independientes

Según el Reglamento⁴⁶, el comité de selección debe contar uno o dos miembros —dependiendo del objeto contractual—, que deben tener conocimiento técnico en el objeto de la contratación. Ahora bien, los expertos independientes son designados para integrar un comité de selección cuando la entidad no cuente con especialistas con conocimiento técnico en el objeto de la contratación.

En este punto, el Reglamento derogado preceptuaba respecto a los expertos independientes que, cuando la entidad considere que existe responsabilidad por parte de ellos, remitirá al Tribunal todos los actuados, incluido un informe en el cual se indique la supuesta responsabilidad en que

habrían incurrido los expertos independientes, adjuntando la evidencia correspondiente.

El Reglamento actual no se pronuncia sobre el particular, con lo cual debe interpretarse que a estos expertos independientes se les debe aplicar las normas generales que corresponden a todo proveedor de bienes y servicios y obras al Estado, sin que deba existir distinción alguna, para tramitar el procedimiento administrativo sancionador por la infracción que corresponda, según analizamos en el presente artículo.

2.6. El caso de la reorganización societaria

Como se ha señalado, el principio de causalidad implica la identificación del responsable de la comisión de la infracción. Así, en diversos procedimientos administrativos sancionadores ocurren reorganizaciones societarias (fusiones, escisiones, entre otras), generándose la controversia respecto a la continuación del procedimiento, dado que la sociedad que cometió la infracción ya no existe como tal.

Sin embargo, ello no debería ser impedimento para continuar con el procedimiento, toda vez que la nueva empresa debe asumir los activos y pasivos de la anterior. Además, esta reorganización no debería constituir un mecanismo para evitar la sanción. Así, la Ley preceptúa que en caso de reorganización societaria el Tribunal inicia o prosigue el procedimiento administrativo sancionador contra la persona jurídica que haya surgido de esta reorganización, la que debe asumir las consecuencias de la responsabilidad administrativa en caso el Tribunal determine su existencia⁴⁷.

46 Artículo 44 del Reglamento.

47 Numeral 50.12 del artículo 50 de la Ley.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Capcha, O. B. (2014). «Sanción de inhabilitación al postor por no mantener la oferta o por negarse a suscribir el contrato». *Actualidad Jurídica*, tomo 247.
- Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo Perrot.
- Cassina, E. (2014). «Los procesos sancionadores en el OSCE. Aplicación ilegal de la responsabilidad objetiva». *Administración Pública & Control*, n.º 3.
- Cortés, J. C. (2014a). «Observancia al principio del debido procedimiento administrativo en el ejercicio de *ius puniendi*». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 187.
- Cortez, J. C. (2014b). «Aplicación del principio del *non bis in idem* en materia de contrataciones del Estado». *Diálogo con la Jurisprudencia*, 20 (191).
- Gómez, J. R. (2014). «Si ganas la buena pro y esta queda consentida suscribe el contrato». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, número 193.
- Guzmán, C. (2021). *El procedimiento administrativo sancionador*. Instituto Pacífico.
- Huapaya Tapia, R. (2005). «¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General?». En: *Actualidad Jurídica*, tomo 141.
- Morante Guerrero, L. (2015). «Presentación de documentos falsos e información inexacta». En: *Actualidad Gubernamental*, número 77, pp. VII-1 y ss.
- Nieto, Alejandro (Año). Título y editorial.
- Parejo, L. (2007). «El régimen jurídico general de la contratación pública en España». *Contratos administrativos. Culturas y sistemas jurídicos comparados*. UNAM, falta señalar páginas.
- Paz, D. A. N. (2014). «Análisis de la sanción administrativa por resolución de contrato». *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 188.
- Retamozo, A. (2013). *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Salazar, R. (2009). «Las formas jurídicas administrativas y la contratación pública sobre bienes, servicios y obras». *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 24-35.
- Santy, L. V. (2014). «La extensión del principio *non bis in idem* en la aplicación a procedimientos de la misma naturaleza». En: *Diálogo con la Jurisprudencia*, n.º 191.
- Torres, C. R. (2015a). «Concurso de infracciones administrativas en la Ley de Contrataciones del Estado. ¿Concurrencia de infracciones o una conducta que genera concurrencia de infracciones?». En: *Administración Pública & Control*, número 15, pp. 36 y ss.
- (2015b). «Resolución del contrato por causal atribuible al contratista en la Ley de Contrataciones del Estado». En: *Administración Pública & Control*, número 14, pp. 59 y ss.

SOBRE EL AUTOR

Abogado, escritor, docente, árbitro y estudioso del derecho público peruano. Especialista en derecho administrativo, derechos administrativo económico, derecho constitucional y derecho público en general, así como en gestión pública. Se graduó de abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), en 1995. Es, además, magíster en Derecho con mención en Derecho Constitucional por la misma universidad, cuya tesis se basa en la eficiencia de los diversos sistemas de gobierno. Adquirió estudios de posgrado en sistemas constitucionales comparados en la Universidad de Zaragoza, en España. Es doctorando en Derecho por la PUCP.