

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

Escuela de Posgrado



Análisis del régimen de responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado:
¿Es viable plantear la responsabilidad subjetiva en todos los tipos infractores?

Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho
Administrativo que presenta:

Luis Fernando Villavicencio Benites

Asesor:

Juan Carlos Morón Urbina

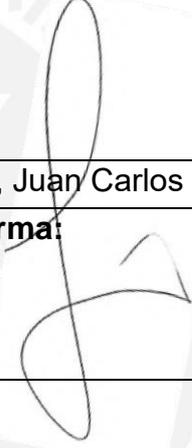
Lima, 2023

INFORME DE SIMILITUD

Yo, Juan Carlos Morón Urbina, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada: “Análisis del régimen de responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado: ¿Es viable plantear la responsabilidad subjetiva en todos los tipos infractores?”, del autor Luis Fernando Villavicencio Benites, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 14 de julio de 2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 20 de julio de 2023.

Apellidos y nombres del asesor: Morón Urbina, Juan Carlos	
DNI: 06617974	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-5297-8639	

RESUMEN:

En el presente trabajo de investigación se pretende demostrar la necesidad de adoptar el criterio de responsabilidad subjetiva en el régimen sancionador de las contrataciones del Estado. Como se verá en el desarrollo del referido análisis, el criterio de responsabilidad subjetiva es mucho más garantista de los derechos de los administrados, en comparación con su contrapartida, la responsabilidad objetiva. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que no aspiramos a sugerir que la responsabilidad subjetiva prime en todos los tipos infractores establecidos en la normativa en materia de contrataciones del Estado; sino, a través del estudio de las tendencias adoptadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado en sus resoluciones emitidas durante el primer trimestre del año 2020, establecer, qué tipo de régimen es el más conveniente para cada infracción, desde una perspectiva de eficiencia. Ello debido a que, si bien el criterio de responsabilidad subjetiva es el más garantista de derechos, importa también tener claro si conviene o no aplicarlo a ciertos tipos infractores o si es que su empleo es irrelevante para la determinación de responsabilidad de los administrados.

ABSTRACT:

In the following research aims to demonstrate the need to adopt the criterion of subjective liability in the sanctioning regime of State Contracting. As will be seen in the development of the aforementioned analysis, the criterion of subjective liability is much more guaranteeing of the rights of the administered, in comparison with its counterpart, objective liability. Notwithstanding this, it is important to point out that we do not aspire to suggest that subjective liability prevails in all types of infringement established in the regulations on State Contracting; but, through the study of the trends adopted by the State Contracting Court in its resolutions issued during the first quarter of 2020, establish what type of regime is the most convenient for each infraction, from an efficiency perspective. This is due to the fact that, although the criterion of subjective liability is the most guarantor of rights, it is also important to be clear about whether or not it should be applied to certain types of offenders or whether its use is irrelevant for determining the liability of the administered.

ÍNDICE:

	Pág.
RESUMEN	iii
ÍNDICE	iv
LISTA DE FIGURAS	vi
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO Y CONTRATACIÓN PÚBLICA	
	2
1.1. Aproximaciones al Derecho Administrativo Sancionador como manifestación del ius puniendi	4
1.2. Análisis de los principios aplicables a la potestad sancionadora y al caso en concreto	9
1.3. Tipos de responsabilidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador	21
1.3.1. Responsabilidad objetiva	24
1.3.2. Responsabilidad subjetiva	28
CAPÍTULO II LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO	
	30
2.1. Tramitación del procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado	33
2.2. Aplicación de la responsabilidad objetiva en la Ley de Contrataciones del Estado	37
2.3. Breve análisis de los tipos infractores y sanciones en la Ley de Contrataciones del Estado	41
2.4. Situaciones especiales en el procedimiento sancionador	54

2.4.1.	Responsabilidad de las personas jurídicas	54
2.4.2.	Responsabilidad de los consorcios	60
2.4.3.	Responsabilidad de la Administración Pública	66

CAPÍTULO III

ANÁLISIS DE LAS TENDENCIAS ADOPTADAS POR EL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO EN LA RESOLUCIÓN DE CASOS

67

3.1.	Estudio de las tendencias del Tribunal de Contrataciones del Estado, adoptadas en la resolución de casos en materia sancionadora, durante el primer trimestre del año 2020	70
3.2.	Sobre la inconstitucionalidad de la aplicación del criterio de responsabilidad objetiva en los casos estudiados, análisis a la luz de la Sentencia emitida en el marco del Expediente N° 00002-2021-PI/TC	107
3.3.	El criterio de responsabilidad subjetiva como manifestación del derecho a una buena administración	114

CONCLUSIONES 120

ANEXO ÚNICO 123

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS 123

LISTA DE FIGURAS:

	Pág.
Figura 1: Elementos de la responsabilidad subjetiva y eximentes	27
Figura 2: Desarrollo del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado	35
Figura 3: Plazos del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado	35
Figura 4: Comparación Ley N° 30225 y Decretos Legislativos N° 1341 y 144440	
Figura 5: Distribución porcentual de casos analizados por materia	71
Figura 6: Distribución porcentual de casos en materia sancionatoria	71
Figura 7: Distribución de casos en materia sancionatoria según el tipo infractor	72
Figura 8: Casos en los que se abordó o no el régimen de responsabilidad administrativa	74
Figura 9: Comparación TUOLCE y Decreto Legislativo N° 1017	105



INTRODUCCIÓN:

El eterno debate referido al tema del régimen de responsabilidad en el procedimiento sancionador en materia de contrataciones del Estado, usualmente despierta pasiones en los operadores del Derecho Administrativo. Como si se tratase de equipos contrincantes, algunos se decantan por la responsabilidad objetiva, mientras que otros se inclinarán por la responsabilidad subjetiva. Lo que es cierto, al final del día, es que no se trata de una discusión pacífica.

Quienes propugnan la responsabilidad objetiva, normalmente emplean como argumentos de batalla, los vinculados a la responsabilidad de las personas jurídicas, a la carga procesal de los Tribunales Administrativos, entre otros fundamentos que iremos desarrollando a lo largo de la presente investigación. Por otro lado, quienes optan por defender los colores de la responsabilidad subjetiva, lo hacen asumiendo una postura mucho más garantista de los derechos de los administrados. No obstante, ambos bandos tienen razones fundadas para sustentar sus respectivas posiciones.

Lo cierto es que, lo óptimo, a fin de cuentas, sería asumir una postura en pro del administrado, que le asegure la debida y correcta tutela de sus derechos. Bajo esta óptica, qué duda cabe, correspondería que en todo marco normativo que regule un procedimiento administrativo sancionador, se aplique el régimen de responsabilidad subjetiva. Sin embargo, lo perfecto muchas veces es enemigo de lo eficiente.

Ahor bien, qué ocurriría si, en lugar de limitarnos a debatir teóricamente qué régimen es el más conveniente aplicar, efectuáramos un estudio sobre las tendencias asumidas por el correspondiente órgano resolutor al momento de emitir un fallo sobre determinados casos. Y que, a partir del análisis de dichas tendencias y las resoluciones que se emitan, se identifique qué tipo de régimen es el más conveniente adoptar, partiendo de las particularidades de cada tipo infractor y de cómo estos se configuran y materializan en la práctica.

Es por ello que, en el presente estudio proponemos resolver la siguiente pregunta de investigación: ¿Es viable plantear la responsabilidad subjetiva en todos los tipos infractores? Ello solo lo lograremos efectuando no solo un análisis teórico sobre las instituciones jurídicas involucradas, sino, además, a partir del examen de casos sobre los distintos tipos infractores recogidos en la normativa de contrataciones del Estado.

La finalidad de la presente investigación no es convencer al lector de qué tipo de régimen de responsabilidad es mejor o el más adecuado. Lo que se pretende a partir del estudio de casos, es detectar como es que los tipos infractores se configuran en la realidad de los hechos, en el día a día del administrado y la

Administración. Una vez detectadas dichas tendencias, procederemos a evaluar si es que conviene o no aplicar el régimen de responsabilidad subjetiva, el cual, como veremos en los párrafos siguientes, aun cuando es más garantista de los derechos de los administrados, requiere de un análisis más riguroso que el de responsabilidad objetiva, y, por ende, una mayor carga para el órgano resolutor.

Sin perjuicio de ello, en los dos primeros capítulos desarrollaremos un necesario marco teórico a fin de entrar en contexto sobre las figuras e instituciones que emplearemos al momento de efectuar el análisis de los casos, que corresponde al tercer capítulo.

Dicho esto, esperamos que, una vez finalizada la revisión de la presente investigación, el lector se encuentre en la capacidad de discernir en que situaciones es más conveniente emplear la responsabilidad objetiva y en cuales la responsabilidad subjetiva, aplicados a los tipos infractores en materia de contrataciones del Estado, perdiendo de este modo cualquier sesgo teórico preconcebido en relación a dicha disyuntiva.

CAPÍTULO I:

1. Potestad sancionadora del Estado y contratación pública:

En todo ordenamiento jurídico fundado sobre la base del Estado constitucional, social y democrático de Derecho¹ se exige la posibilidad de reconocerle a la Administración Pública la potestad de “castigar” a aquellos administrados que infrinjan determinados mandatos normativos. De ahí se colige que la fuerza de la norma descansa en las consecuencias que su eventual incumplimiento puede conllevar para los presuntos responsables.

Este razonamiento busca conferir a la Administración Pública de las herramientas necesarias para exigir a aquellos ciudadanos infractores que acaten las disposiciones de los cuerpos normativos o las regulaciones que estos establecen sobre materias específicas. De otro modo, no tendría el más mínimo

¹ De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, es un lugar común reconocer, dentro de la teoría constitucional, que el principio de la división de poderes (reconocido en el tercer párrafo del artículo 43° de la Constitución) no se condice más con una tesis monovalente de las funciones correspondientes a cada uno de los poderes del Estado, según la cual, a cada uno de ellos corresponde una función específica no susceptible de ser ejercida por los demás, bajo cargo de quebrantar el principio de independencia y autonomía de los poderes estatales que sirve de garantía contra la instauración del Estado absoluto. En efecto, hoy se reconoce que esta garantía no supone una férrea impenetrabilidad entre los poderes estatales, sino un equilibrio entre los mismos, expresado en la mutua fiscalización y colaboración (Expediente N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento jurídico N° 57).

sentido para la autoridad establecer ciertas prohibiciones si su incumplimiento no devendría en la punición del mismo.

Así pues, a decir de Santamaría Pastor (2000, pp. 371-372), es esta obligatoriedad de las disposiciones que conforman al ordenamiento jurídico vigente respecto a los administrados la que demanda la constitución de mecanismos de reacción que aborden las conductas que, a su vez, deriven en el incumplimiento o la contravención de tales disposiciones; toda vez que, de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración Pública es que **depende la eficacia de un sistema jurídico** en tanto que se garantiza su cumplimiento

Ahora bien, esta expresión del poder estatal frente a los administrados se manifiesta en las distintas ramas que componen el derecho administrativo. En esa línea, podremos encontrar una gama amplia y variada de regímenes sancionadores: municipales, en la prestación de servicios públicos, ambientales, tributarios, competencia, consumidor, entre otros. Precisamente, una de estas manifestaciones es el régimen sancionador en materia de contratación pública.

Las políticas y normativa en materia de compras públicas no se reducen a una simple cuestión técnica debido a su relevancia social y económica. De hecho, su diseño implica un importante desafío para la intervención estatal, no solo porque define a la eficiencia con la que el Estado cumple sus tareas, sino también porque desempeña un rol clave en el fomento del desarrollo económico. Así pues, las políticas de gasto pueden influir de manera sustancial en la adopción de un sendero de desarrollo sostenible, fomentando la producción y comercialización de bienes y servicios más adecuados en términos sociales y ambientales (Bezchinsky y López, 2012, p. 1).

A la fecha, la administración pública contemporánea ha integrado a la forma autoritaria y unilateral de sostener relaciones con los ciudadanos un catálogo de diferentes figuras de negociación bilateral producidas mediante pactos, acuerdos o pactos de variada índole y contenido. Estas formas de relacionamiento son muy importantes para alcanzar las tareas públicas en diversos sectores como infraestructura, seguridad, educación, salud, saneamiento o minería. Con este objetivo presente es que las entidades adquieren bienes y servicios, crean infraestructura y se valen de colaboradores privados a fin de que asuman cometidos públicos. En conjunto, la intervención de las entidades con sus relaciones contractuales tiene un alto impacto en el desarrollo y la economía del país ya que, por intermedio de estos, se pretende satisfacer las necesidades básicas de la población, se dinamiza el tráfico comercial, se genera empleo y se incide directamente en el producto bruto interno del país (Morón y Aguilera, 2017, p. 16).

En línea con lo indicado, no es posible pensar en un marco normativo sobre contratación pública sin que este contenga, por su parte, un régimen sancionador que lo respalde ante situaciones en las que la Administración Pública especializada en la materia, detecte casos en los que los administrados vulneren los mandatos contenidos en las normas que correspondan.

En el presente capítulo, desarrollaremos algunos apuntes y aproximaciones sobre la potestad sancionadora, los principios aplicables a dicha potestad y, por supuesto, a los casos materia de análisis. Asimismo, abordaremos las principales diferencias existentes entre la responsabilidad subjetiva y la objetiva. En ese orden de ideas, en el siguiente apartado estudiaremos de manera detallada los principales conceptos vinculados con la potestad sancionadora de la Administración Pública en el Perú.

1.1. Aproximaciones al Derecho Administrativo Sancionador como manifestación del *ius puniendi*:

El Sistema Penal es el conjunto de agencias y sus actividades (tanto internas como externas) que intervienen en la creación (criminalización primaria) y aplicación (criminalización secundaria) de normas penales. El Sistema Penal es el control social punitivo, institucionalizado o formalizado. Este sistema emerge como medio de socialización sustitutivo cuando los controles informales fracasan. Gráficamente, se podría decir que la maquinaria pesada del Estado debe reservarse para los conflictos más agudos que requieran un tratamiento quirúrgico. Se caracteriza porque el Estado ha legalizado o institucionalizado la violencia que, en este caso, se manifiesta a través de la sanción o pena (Villavicencio, 2006, p. 10).

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, el Estado utiliza el Derecho penal, de un lado, para instituirlo como un instrumento formal de control social, y de otro lado, para establecer las conductas punibles, fijar los límites máximos o mínimos de la pena, regular el proceso penal, etc., frente a la afectación de determinados bienes constitucionales (Expediente N° 0006-2014-PI/TC. Fundamento jurídico N° 33).

Sin perjuicio de lo señalado, frente a lo que, de otro modo, podría ser un caso perfecto en el que se monopolice el *ius puniendi*, se ha reconocido en todos los Estados la potestad sancionadora que posee la Administración Pública, la cual, en un principio, se encontraba limitada a ser ejercida solo con quienes entraban en una relación especial con la Administración (sobre todo, sus propios funcionarios o los usuarios de algunos servicios públicos) y a consistir en la imposición de sanciones que repercutían exclusivamente sobre situaciones jurídico-administrativas (pérdida o suspensión de algún derecho funcional o del derecho a disfrutar de los servicios públicos, por ejemplo). De ahí que,

actualmente, esta potestad sancionadora de la Administración ha desbordado ampliamente dichos ámbitos y ahora se extiende a todos los administrados en tanto impone castigos que afectan el estatuto general del ciudadano. Prácticamente, no existe Ley que regule la intervención de la Administración en un determinado sector o materia que no contenga el correspondiente régimen sancionador administrativo. Incluso, resulta habitual que en cada sector haya una o varias Leyes, estatales y regionales, con numerosas infracciones y sanciones administrativas. El conjunto es amplísimo, máxime si se considera que la mayoría de los órganos administrativos de alguna importancia cuentan con una extensa competencia sancionadora (Rebollo e Izquierdo, 2016, p. 197).

Siguiendo a Sánchez Morón (2017, pp. 697-698), el legislador busca garantizar la observancia de la legalidad administrativa mediante esta facultad otorgada a la Administración de imponer sanciones para quienes la vulneren y en cumplimiento de las limitaciones y deberes impuestos a los ciudadanos por las normas jurídicas o a través de actos administrativos de obligatorio cumplimiento: órdenes, requerimientos, denegación de autorizaciones, etc. Como bien hemos señalado, dicho propósito se alcanza a través de la legislación en materia penal, así como en la sanción de ciertos delitos y faltas tipificadas; sin embargo, es claro que, en el panorama contemporáneo, resulta insuficiente la actuación desempeñada por los tribunales penales a fin de cautelar el adecuado respeto de la legalidad debido a su número limitado y en consideración tanto de la lentitud del proceso penal como de la naturaleza de las formalidades.

Pues bien, la aplicación a una actuación administrativa de esta rama específica del Derecho Administrativo y su régimen garantista dependerá de que se esté o no ante la imposición de una sanción administrativa. En consecuencia, resulta crucial determinar, en primer lugar, el concepto de sanción administrativa. Tanto en las penas como en las sanciones administrativas, hay ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esto condiciona por completo el concepto de sanción administrativa que puede definirse como el castigo impuesto por la Administración o como el castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración. De lo mencionado, se deduce: a) Las sanciones administrativas las imponen órganos administrativos; b) Las sanciones han de tener un contenido aflictivo, esto es, han de consistir en un mal, en un perjuicio que se impone a un ciudadano; y, c) Las sanciones comportan un mal impuesto como un castigo, o sea, que el perjuicio que causan al ciudadano es buscado, directa y deliberadamente, como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como expresión del reproche que merece esa conducta (Rebollo e Izquierdo, 2016, p. 199).

Cabe precisar que la sanción administrativa solo puede imponerse si se ha cometido una infracción administrativa en sentido estricto. Si la sanción administrativa es la figura paralela a la pena, la infracción administrativa es la

figura paralela al delito. Se puede entender a la infracción administrativa como aquella acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la cual la Ley prevé y dispone que se imponga una sanción por parte de una autoridad administrativa (Rebollo e Izquierdo, 2016, p. 211).

En el ordenamiento jurídico, a decir de Nieto (2012, pp. 156-157), se encuentran previstas y desarrolladas diversas consecuencias jurídicas similares e, inclusive, idénticas a las sanciones de naturaleza administrativa por lo que, en esos casos, es relevante distinguirlas con precisión ya que el régimen jurídico de las sanciones es exclusivo de estas. Por lo que puede señalarse que, si se trata de una sanción administrativa en sentido propio y – por considerar que se trataba de otra figura jurídica – no se ha seguido el procedimiento sancionador estricto, resulta obligada la anulación del acto administrativo.

De acuerdo al Tribunal Constitucional Español, para concluir que una consecuencia jurídica posee carácter punitivo deberá atenderse la función que cumple en el sistema jurídico. De manera que, si su función es represiva y restringe derechos como consecuencia de un ilícito, debe entenderse que se trata de una pena en sentido material; pero si, en vez de la represión concurren otras finalidades se tendrá que descartar la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa. Entonces, no es suficiente la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es necesario que, de forma autónoma o en concurrencia con tales pretensiones, el perjuicio provocado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. Así pues, el carácter de castigo administrativo o criminal de la reacción del ordenamiento jurídico únicamente se pone de manifiesto cuando, al margen de la voluntad reparadora, se procede a infligir un perjuicio añadido con el que se causa una afectación al infractor en el círculo de los derechos y bienes de los que hacía disfrute lícitamente (Sentencia 48/2003. Fundamento jurídico N° 9).

Han aparecido, bajo diversos contextos actos-medidas, tales como medidas correctivas, que no obstante concebirse para supuestos distintos y persiguiendo propósito disímil, tienen el mismo contenido de gravamen para el ciudadano que los sufre. Ciertamente el enfrentamiento de las conductas ilícitas no se logra plenamente con las sanciones administrativas que buscan la afectación por sí misma con el objeto de desalentar la futura comisión de similares conductas. Como muchas veces sucede los efectos de esos ilícitos permanecen en el

tiempo y no son suprimidos por la sanción, por lo que se hace necesario aplicar otras medidas para retirar los efectos económicos que la falta produce en el patrimonio público, en otros intereses y hasta en intereses privados de otros administrados. Ante esta oscuridad las medidas correctivas se caracterizan por ser aquellos actos de gravamen y autónomos que sujetos al principio de legalidad el ordenamiento autoriza expresamente a dictar a algunas entidades ante la comisión de algún ilícito, para, independientemente de la sanción que corresponda, reestablecer al estado anterior las cosas o reparar la legalidad que fue afectada por la cancelación o la reversión de los efectos externos que se hubieran producido (Morón, 2010, p. 157).

Sobre los actos de gravamen, cabe precisar que se encuentran usualmente identificados como aquellos actos que se emiten al culminar un procedimiento administrativo sancionador, en tanto que este tipo de procedimiento especial se emiten actos administrativos en los que se impone sanciones. Al respecto, cabe recordar que el procedimiento administrativo sancionador permite imponer sanciones a aquellos administrados que hayan incurrido en una conducta no deseada por la sociedad que ha sido reconocida en la normativa como infracción. No obstante, señalar que los actos administrativos de gravamen únicamente son aquellos que resulten en una sanción producto del desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador resulta un error, en tanto que, los actos administrativos de gravamen también se pueden presentar en otros procedimientos administrativos. Ejemplo de ello es el acto administrativo que deniega una solicitud de licencia de edificación privada (Villegas, 2021, p. 352).

Ahora bien, no obstante la indicada naturalidad con que en nuestro ordenamiento jurídico se acepta el ejercicio por parte de la administración pública de facultades sancionadoras, es preciso advertir que dicha potestad carece de reconocimiento explícito en la Constitución, a diferencia de lo que sucede en otros sistemas como es el caso de España, cuya Carta Política de 1978, en el numeral 1) de su artículo 25°, consagra la titularidad de la administración para aplicar sanciones, mediante la afirmación del principio de legalidad de modo unitario para el derecho penal y el sancionador administrativo. Cabe señalar que la ausencia de reconocimiento constitucional de importantes instituciones administrativas no es una situación extraña en nuestra tradición constitucional (Danós, 1995, p. 150).

Pese al no reconocimiento de la potestad sancionadora en el texto de nuestra Constitución, nuestro Tribunal Constitucional ha sabido suplir dicho vacío, aceptando pacíficamente la existencia de dicha potestad. De este modo, señala que, en puridad, la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración se da con la aplicación de una sanción Administrativa; sin embargo, dicha potestad, en el marco de un Estado de Derecho (artículo 3° de la Constitución vigente) su validez se halla condicionada al respecto de la Constitución, los principios constitucionales que contiene y a la observancia de

los derechos fundamentales (Expediente N° 1654-2004-AA/TC. Fundamento jurídico N° 2).

En ese orden de ideas, el magistrado Espinosa-Saldaña Barrera (2020), en su voto singular contenido en la Sentencia del Expediente N° 01014-2018-PA/TC, menciona que al referirse a una potestad se alude a aquellos poderes de los que está premunida la Administración Pública para establecer consecuencias jurídicas de su actuación a los administrados, a favor de la satisfacción de los intereses públicos. En tal sentido, existe una tipología de potestades de la administración pública, tales como las potestades planificadora, inspectora, reglamentaria y, también, sancionadora. Por supuesto, esta última se halla estrechamente vinculada a la eficiencia de las funciones desempeñadas por una entidad de la administración. En consecuencia, se reconoce que, junto a las potestades de ordenar y prohibir que detenta toda entidad administrativa, para que estas sean eficaces, se requiere contar también con una potestad para sancionar aquellos comportamientos que no se ajusten la conducta prescrita.

Como podremos observar, el reconocimiento de la potestad sancionadora a nivel constitucional se ha logrado mediante la jurisprudencia producida por el propio Tribunal Constitucional, solucionándose de este modo el vacío normativo en esta materia en nuestra carta magna.

No obstante, a nivel legal, la potestad sancionadora ha sido ampliamente desarrollada. De este modo, tenemos que, en el capítulo III del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUOLPAG), se han recopilado diversas disposiciones y normas comunes para las actuaciones de la Administración Pública en materia sancionadora. Muestra de ello es el artículo 247° del mencionado cuerpo normativo:

“Artículo 247. Ámbito de aplicación de este capítulo

247.1. Las disposiciones del presente Capítulo disciplinan la facultad que se atribuye a cualquiera de las entidades para establecer infracciones administrativas y las consecuentes sanciones a los administrados.

*247.2 Las disposiciones contenidas en el presente Capítulo se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en Leyes especiales, incluyendo los tributarios, los que deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa a que se refiere el artículo 248°, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador. **Los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados, que las previstas en este Capítulo.***

247.3 La potestad sancionadora disciplinaria sobre el personal de las entidades se rige por la normativa sobre la materia” (El resaltado es agregado).

Sobre el precitado artículo, Morón Urbina (2019, pp. 392-396) señala que, desde el nivel legal, las normas tienen el objetivo de disciplinar los criterios a ser aplicados y todas aquellas actuaciones que deben ser cumplidas por las entidades de la administración para ejercer la potestad sancionadora que se les confía. El régimen uniforme dado a la potestad sancionadora implica la disciplina común para toda acción del Estado dirigido a aplicar una sanción administrativa, entendida como un mal infligido a un administrado en ejercicio de la correspondiente potestad administrativa previamente calificada así por la norma. De este modo se entiende que la sanción administrativa constituye:

- a) Un acto de gravamen, dado que determina una privación o menoscabo total o parcial, temporal o definitiva de intereses y derechos, tales como: la clausura, la suspensión o interdicción de ejercer determinadas actividades, el comiso de bienes, la caducidad de derechos, la amonestación o apercibimiento, la multa, entre otras.
- b) Un acto reaccional frente a una conducta ilícita, puesto que su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, con carácter represivo y disuasivo.
- c) Un acto con finalidad solo represiva, por lo que su existencia no guarda relación con el volumen o magnitud del daño.

Después de haber realizado un breve estudio sobre la potestad sancionadora de la Administración Pública en nuestro ordenamiento, corresponde que desarrollemos los principios aplicables a la mencionada potestad. No obstante, cabe precisar que solo nos abocaremos a aquellos principios aplicables al tema de investigación y a los casos estudiados, por considerarlos de mayor relevancia.

1.2. Análisis de los principios aplicables a la potestad sancionadora y al caso en concreto:

Uno de los debates más álgidos en la disciplina del derecho siempre ha orbitado sobre la discusión entre aquello que distingue a las reglas de los principios. Diversos autores y cientos de páginas se han abocado a poder zanjar y dar solución definitiva a esta discusión. Para Robert Alexy (1988, pp. 143-144), el quid radica en que los principios son normas que ordenan que se realice algo, en la mayor medida de lo posible, con relación a las posibilidades fácticas y jurídicas. En consecuencia, los principios son mandatos de optimización caracterizados porque su cumplimiento puede darse en diversos grados y porque este depende necesariamente tanto de las posibilidades fácticas como de las jurídicas. Por otro lado, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esta medida, únicamente pueden ser siempre cumplidas o incumplidas. Esto último implica que, si una regla es válida, entonces resulta obligatorio hacer precisamente lo que ordena. Ni más ni menos.

Los principios remiten al intérprete a valores y a diferentes modos de promover resultados. Esta es la eficacia selectiva de los principios, que se basa en la constatación de que el intérprete no trabaja con hechos brutos, sino contruidos. Los hechos se construyen mediante el discurso del intérprete. La existencia misma del hecho no depende de la experiencia, sino de la argumentación. No están preparados (*ready made*). Esto es, es el propio intérprete que, en gran medida decide qué hecho es pertinente para resolver una controversia en el curso de su propia cognición. Para decidir qué evento es pertinente, el intérprete deberá utilizar los parámetros axiológicos ofrecidos por los propios principios (Ávila, 2011, pp. 64-75 y 86-91).

Así, de acuerdo a Atienza y Ruiz (1991, pp. 103-105), los juristas utilizan la expresión “principios jurídicos”, “principios generales del Derecho” u otras semejantes con significados diversos, y no parece que tenga mucho sentido afirmar que uno de ellos es el esencial, el verdadero, o cosa por el estilo. De todas formas, las acepciones más significativas que se encuentran en contextos jurídicos parecen ser las que siguen:

- a) Principio en el sentido de norma muy general, entendido por tal, las que regulan un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales.
- b) Principio en el sentido de norma redactada en términos particularmente vagos.
- c) Principio en el sentido de norma programática o directriz, esto es, de norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines.
- d) Principio en el sentido de norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico.
- e) Principio en el sentido de norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad pueda ser relativamente bajo.
- f) Principio en el sentido de norma de elevada jerarquía.
- g) Principio en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídico y que señala con carácter general cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.
- h) Principio en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica de un considerable grado de generalidad y que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

Se advierte que hay múltiples formas de entender y concebir a los principios; no obstante, parece lo más pertinente es comprenderlos como **mandatos de optimización**, que tienen una función orientadora para los poderes públicos, al momento que estos adoptan una decisión sobre determinada situación particular de los administrados. Si bien los principios no pueden ser, precisamente, conceptos jurídicamente determinados, es justamente esta “vaguedad” lo que les permite amoldarse a distintos supuestos, siendo que su cumplimiento tendrá lugar en un menor o mayor nivel en cada caso de manera particular.

Estos conceptos no son ajenos a la potestad sancionadora de la Administración Pública, ya que el ejercicio de esta prerrogativa, exige, a su vez, el cumplimiento de ciertos mandatos de optimización, que buscan garantizar que, en su ejercicio, no se produzcan situaciones de arbitrariedad en contra del administrado.

De este modo, en el artículo 248° del TUOLPAG, se han incorporado distintos principios aplicables al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública. Cabe señalar que en el presente apartado no pretenderemos desarrollar todos y cada uno de los principios recogidos en el referido artículo 248°, sino aquellos que son necesarios para atender y responder la pregunta de investigación planteada en la sección introductoria del presente trabajo; así como los aplicables al análisis de casos y a las recomendaciones y conclusiones que plantharemos en el capítulo tercero.

Dicho esto, conviene tener presente que, a fin de identificar los valores fundamentales que el legislador debe considerar al normar la potestad sancionadora y que las entidades administrativas deben respetar al aplicar dicha potestad a los administrados en concreto, fueron asimilados aquellas principios considerados indispensables para la racionalización de su ejercicio, pero sin que imposibiliten su emprendimiento, en cautela del interés público que la Administración titulariza (Morón, 2019, pp. 397-398).

A continuación, desarrollaremos brevemente algunas ideas generales de aquellos principios que se ha identificado como esenciales y aplicables al objeto de estudio, en concordancia con la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano y aquellos órganos administrativos especializados en materia de contrataciones del Estado:

a) Legalidad:

El numeral 1) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“1. Legalidad: Sólo por norma con rango de Ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad”.

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, en materia sancionadora, el principio de legalidad impide que, si una falta no se encuentra previamente determinada en la Ley, se atribuya su comisión. Asimismo, dicho principio prohíbe que se aplique una sanción si esta no se encuentra prevista en la norma vigente. Por su parte, el principio de legalidad impone tres exigencias: que exista una Ley (lex scripta), que la Ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia) y, finalmente, que la Ley describa un supuesto de hecho en estricto determinado (lex certa). Por otro lado, es preciso señalar que el principio de legalidad comprende una doble garantía: La primera de ellas es una garantía de orden

material y alcance absoluto, tanto en el ámbito penal como en el de las sanciones administrativas, lo cual, a su vez, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en tales campos limitativos e implica la urgente necesidad de predeterminación normativa de las sanciones y las conductas infractoras correspondientes. Dicho de otro modo, requiere la existencia de normas jurídicas previas (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiencia y certidumbre aquellas conductas (*lex certa*) y se sepa a qué consecuencias atenerse en cuanto a la responsabilidad y la subsecuente sanción. La segunda garantía, por su parte, es una de carácter formal, la cual se remite a la exigencia y existencia de una norma de rango adecuado y que dicho Tribunal ha identificado como Ley o norma con rango de Ley (Expediente N° 00197-2010-PA/TC. Fundamentos jurídicos N° 3 y 4).

El principio de legalidad implica, en materia sancionadora, la existencia de una Ley, la cual describe un supuesto de hecho determinado. Estos caracteres eran en principio atribuibles a la legalidad penal; sin embargo, como se ha visto, resultan extensibles en su interpretación y aplicación de la legalidad en materia penal, pero que resultan extensibles a la legalidad sancionadora. Así pues, en el lenguaje jurídico tradicional, dichas garantías siempre se han denominado: reserva de Ley y tipicidad. No obstante, lo anterior, es necesario precisar que, en cuanto a los conceptos de legalidad y tipicidad, el segundo tiene un contenido propio como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley, pero para la tipicidad se requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considere pueda imponerse, siendo en definitiva el medio de garantizar el principio constitucional de la seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una *lex previa*, la de una *lex certa* (Nieto, 2012, pp. 178-179).

Por su parte, la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante DTN), mediante Opinión N° 005-2008/DOP, manifiesta respecto al citado principio que, de acuerdo a la aplicación de la normativa, debe resaltarse que la actuación de la Administración pública se encuentra regida por el principio de legalidad. En consecuencia, todos sus actos deben fundarse en la normativa vigente por lo que, en suma, puede afirmarse que existe una vinculación positiva de la Administración pública a la Ley ya que toda actuación administrativa debe remitir a un precepto jurídico. (2008).

b) Debido procedimiento:

El numeral 2) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“2. Debido procedimiento: No se pueden

imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida

separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas”.

El debido proceso en sede administrativa, a decir del Tribunal Constitucional, considera, a su vez, una serie de principios y derechos que componen un contenido mínimo y que constituyen para el administrado una serie de garantías indispensables con las que cuenta frente a la Administración Pública (Expediente N° 8957-2006-PA/TC. Fundamento jurídico N° 10).

Los derechos fundamentales que constituyen a la tutela jurisdiccional y al debido proceso son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (ya sean de jurisdicción ordinaria, electoral, constitucional y militar) y pueden extenderse, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos del Estado o de particulares (procedimiento legislativo, procedimiento administrativo, arbitraje, relaciones entre particulares, entre otros). Respecto al contenido constitucional del derecho al debido proceso, este presenta dos expresiones: una expresión formal y una sustantiva. En la expresión formal, los principios y reglas que integran al debido proceso se encuentran relacionadas con las formalidades estatuidas, tales como las establecidas por el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho a la motivación y a la defensa. Mientras que, en la expresión sustantiva, este se relaciona a los estándares de proporcionalidad y razonabilidad que debe suponer toda decisión judicial. (Expediente N° 0023-2005-AI/TC. Fundamentos jurídicos N° 43 y 48).

El Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante, TCE), a través de Resolución N° 0006-2019-TCE-S4, ha establecido que los administrados gozan de todas las garantías y derechos implícitos al debido procedimiento, como el derecho a ofrecer y producir pruebas. Exponer argumentos y obtener una decisión que se encuentre debidamente motivada y fundada en derecho. De este modo, en tanto es un requisito de validez del acto administrativo, la falta de motivación o su insuficiencia constituyen una arbitrariedad e ilegalidad (2019. Fundamento jurídico N° 22)

c) Razonabilidad:

El numeral 3) del artículo 248 del TUOLPAG señala lo siguiente:

“3. Razonabilidad: Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;*
- b) La probabilidad de detección de la infracción;*
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- d) El perjuicio económico causado;*
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.*

- f) *Las circunstancias de la comisión de la infracción; y*
- g) *La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.*

Mediante la aplicación de este principio se procura que pueda existir proporción entre los medios y mecanismos a emplear por las Entidades del Estado y los fines públicos que se pretenden tutelar.

Ahora bien, si el fin de toda medida sancionadora administrativa es desalentar y disuadir la comisión del ilícito, entonces el tipo de medida escogida, cualitativa y cuantitativamente, debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción. Por lo tanto, el acto administrativo sancionador que constituya un exceso de punición resultará afectado de vicio de nulidad, en la medida que contiene un defecto relevante en la finalidad del acto, que es requisito de validez del acto mismo (Morón, 2019, p. 414).

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N° 2192-2004-AA /TC. Fundamento jurídico N° 20), una decisión razonable supone, cuando menos:

- a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una Ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en "abstracto" de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un "hecho" resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los "antecedentes del servidor", como ordena la Ley en este caso.
- c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la Ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

En el artículo 264° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF (en adelante, el Reglamento) se ha regulado la determinación gradual de la sanción, estipulándose como criterios de gradualidad de las sanciones de multa o de inhabilitación temporal los siguientes:

- a) Naturaleza de la infracción.
- b) Ausencia de intencionalidad del infractor.
- c) La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad.
- d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal.
- f) Conducta procesal.
- g) La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 10) del artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado.

d) Tipicidad:

El numeral 4) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“4. Tipicidad: Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las Leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras”.

El Tribunal Constitucional ha indicado que el subprincipio de taxatividad o tipicidad es una de las manifestaciones del principio de legalidad a propósito de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo con la finalidad de que las prohibiciones que definen sanciones (penales o administrativas) sean redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se prohíbe, bajo amenaza de sanción basada en una determinada disposición legal. (Expediente N° 2192-2004-AA/TC. Fundamento jurídico N° 5).

En ese orden de ideas, la DTN mediante Opinión N° 075-2019/DTN, ha indicado que el principio de tipicidad exige al órgano que detenta la potestad sancionadora, en este caso al Tribunal de Contrataciones del Estado, que analice y verifique si en el caso concreto se ha configurado el supuesto de hecho previsto en el tipo infractor que se imputa a determinado administrado, es decir - para efectos de determinar responsabilidad administrativa- la Administración debe crearse la convicción (debidamente sustentada) de que, en el caso concreto, el administrado que es sujeto del procedimiento administrativo sancionador, ha realizado la conducta expresamente prevista como infracción administrativa (2019).

e) Causalidad:

El numeral 8) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“8. Causalidad: La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

En este caso, la norma exige el principio de personalidad de las sanciones. Dicho principio implica que la asunción de la responsabilidad corresponde a quien incurre en la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no podrá ser sancionado por hechos que fueron cometidos por otros (por ejemplo, la responsabilidad por un subordinado) o por las denominadas responsabilidades en cascada aplicables a todos quienes participan en un proceso decisonal. Por ello, en principio, la Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto (Morón, 2019, p. 444).

En relación con ello, la DTN, mediante Opinión N° 062-2017/DTN, ha señalado que, en virtud del principio de causalidad, el cual rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, debe imputarse la responsabilidad por la comisión de una infracción a la persona que cometió la conducta proscrita por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno (2017).

Asimismo, el TCE a través de su Resolución N° 2379-2009-TC-S3 advierte que la sanción administrativa puede entenderse como un mal que se inflige a un administrado en ejercicio de la potestad sancionadora ya sea por un hecho o por una conducta constitutiva de infracción administrativa, cuyos elementos son el acto gravamen, porque determina un menoscabo o una privación parcial o total, temporal o definitiva de intereses o derechos, un acto reaccional frente a una conducta ilícita. Su finalidad es consecuencia de la conducta sancionable, con carácter represivo y disuasivo, un acto con finalidad represiva, no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del principio de causalidad (2009. Fundamento jurídico N° 16).

f) Presunción de ilicitud:

El numeral 9) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“9. Presunción de licitud: Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

De acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, al, toda sanción, ya sea penal o administrativa, debe fundarse en una mínima actividad probatoria de cargo, es decir, la carga de la prueba corresponde al que acusa; éste debe probar el hecho por el que acusa a una determinada persona, proscribiéndose sanciones que se basen en presunciones de culpabilidad. Así, la presunción de inocencia constituye un límite al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, en sus diversas manifestaciones (Expediente N° 238-2002-AA/TC. Fundamento jurídico N° 5).

La DTN, mediante Opinión N° 088-2013/DTN, indica que el principio de presunción de licitud aplicable a la potestad sancionadora del Estado, implica que las Entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes, y probar más allá de la duda razonable la existencia de la infracción y la culpabilidad del mismo (2013).

De acuerdo al TCE, y a propósito de la Resolución N° 236-2013-TC-S4, se advierte que la presunción de inocencia es un principio del derecho penal, pero aplicable a la potestad sancionadora de la administración, el cual impone el deber de probar más allá de la duda razonable la existencia de la infracción y la culpabilidad del autor del hecho. Por este principio se presume que los administrados han actuado apegados a sus deberes, hasta que no se demuestre lo contrario. De este modo la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum que puede desvirtuarse con una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado (2013. Fundamentos jurídicos N°s 12 al 14).

g) Culpabilidad:

El numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG señala:

“10. Culpabilidad: La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por Ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Probablemente nos encontramos ante el principio de mayor relevancia para el objeto de estudio, pues es la primera referencia normativa que abordaremos en relación a la responsabilidad subjetiva y la objetiva.

Antaño, en diversos ordenamientos jurídicos, no solo el caso peruano², se solía considerar que en el Derecho Administrativo sancionador regía una responsabilidad objetiva. Por tanto, se rechazaba la vigencia en este ámbito del principio de culpabilidad. Solo se exigía como requisito de la represión administrativa la voluntariedad de las acciones u omisiones, pero entendida la voluntariedad estrictamente (Rebollo e Izquierdo, 2016, p. 208).

La culpabilidad se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través del dolo o imprudencia. La culpabilidad resulta incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, es decir, la derivada automáticamente del hecho (Nieto, 2012, p. 326).

De acuerdo con Rebollo e Izquierdo (2016, p. 209), las principales consecuencias del principio de culpabilidad son:

² Tomamos como ejemplo el caso español.

- i. Para imponer una sanción administrativa es necesario que la infracción administrativa se haya realizado con dolo o, al menos, con culpa o imprudencia. Si el código penal dice que no hay pena sin dolo o imprudencia, los mismo debe decirse de las sanciones administrativas.
- ii. No cabe imponer sanción administrativa cuando concurre alguna causa que excluya la culpabilidad: inimputabilidad, falta de conciencia, entre otros.
- iii. No se puede imponer a nadie una sanción por un hecho de otro.

El principio de culpabilidad es un límite a la potestad punitiva del Estado y una garantía de las personas. Una interpretación que considere que determinadas conductas del administrado tienen la condición de elemento objetivo podría resultar atentatoria del principio de culpabilidad, que, como exigencia de la cláusula del Estado de Derecho, se deriva como un principio constitucional implícito que limita la potestad punitiva del Estado. Se debe entonces, considerar al principio de culpabilidad no solo como un derecho de las personas sino, fundamentalmente, como un límite a la potestad punitiva del Estado (Rubio, 2008, p. 88).

Sobre dicho principio, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que la acción sancionable debe ser imputada a título de culpa o dolo, lo que enerva 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 (Expediente N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento jurídico N° 12). 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 (Expediente N° 01287-2010-PA/TC. Fundamento jurídico N° 9).

La culpabilidad administrativa es el reproche que se hace (y es posible hacerlo) a una persona porque esta debió (y pudo) actuar de una manera distinta a como lo hizo (y era posible actuar diferente), agregando a ello la voluntariedad que se refiere a la presencia del elemento subjetiva, es decir, si la comisión u omisión del responsable fue intencional o culposa (Rojas, 2017, p. 12). Este principio, constituye así otra de las exigencias constitucionales a que debe adecuarse el Derecho administrativo sancionador, pero no por una traslación sin más del Derecho penal sino porque sus manifestaciones o exigencias derivan directamente del concepto de sanción propio de una Estado Social y Democrático de Derecho (Huergo, 2007, p. 378).

Al respecto, actúa de forma culposa o imprudente la persona que, al desatender un deber legal de cuidado, no se comporta con la diligencia que le es exigible y realiza la conducta tipificada como infracción, siendo tal hecho previsible y evitable. Por lo tanto, la culpa o imprudencia supone la inobservancia de la diligencia exigible. La infracción de una norma de cuidado mediante un actuar negligente, descuidado, imprevisor, que lleva a la persona a realizar la conducta constitutiva de la infracción (De Palma, 2001, p. 35).

Sin embargo, la DTN por medio de la Opinión N° 088-2013/DTN, 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, 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 (2013).

Dicha aseveración se encuentra respaldada con lo establecido en el numeral 3) del artículo 50° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante, TUOLCE), conforme al cual:

“50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50.”.

Sin perjuicio de lo señalado, en una reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, se indicó que si bien, el principio de culpabilidad opera como un límite a la potestad sancionatoria del Estado, ya sea de tipo penal o administrativa; y, de ahí que la sanción, penal o administrativa, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico, lo cierto es que el numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG, establece que, excepcionalmente, cuando la Ley o un decreto legislativo lo estipulen, la responsabilidad administrativa puede ser objetiva. Cuando en dicha Sentencia se señala que solo mediante normas con rango legal (Ley o decreto legislativo) se pueda fijar un régimen de responsabilidad administrativa objetiva, se busca evitar una regulación implícita de la misma o que sea mediante disposiciones infralegales, lo cual se constituye en una garantía para los administrados. Para determinar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el referido artículo del TUOLPAG, no será necesario el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor, esto es, la voluntad o conducta imprudente del sujeto quedan de lado y será suficiente con verificar la comisión de la infracción. No obstante, en este supuesto se constituye un deber de la Administración Pública de respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUOLPAG contempla en su

artículo 257° (Expediente N° 00002-2021-PI/TC. Fundamentos jurídicos N°s 50 al 55).

Sobre el caso previamente citado, debemos advertir que se emitió un voto en discordia por el magistrado de Sardón Taboada; no obstante, nos reservamos el análisis de dicha argumentación para el desarrollo del segundo subcapítulo del capítulo tercero de la presente investigación.

Sumada a la sentencia citada, en otro de los últimos casos resueltos por nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N° 00962-2021-PA/TC. Fundamentos jurídicos N°s 24 al 26), se señaló en relación a la interposición de amparos en contra de las sanciones impuestas por el TCE que, si bien el principio de culpabilidad admite la excepción de la responsabilidad objetiva, en el derecho administrativo sancionador, conforme lo determinen Leyes especiales, se observa que el Decreto Legislativo N° 1341 (el cual, modificando la Ley N° 30225, incorpora por primera vez en el ámbito de la Contratación Pública en el Perú, la responsabilidad objetiva), entró en vigencia el 3 de abril de 2017; esto es, recién a partir de dicha fecha formo parte de nuestro ordenamiento jurídico válidamente, estableciéndose mediante norma con rango de Ley que las infracciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado serán aplicadas empleando preponderantemente la responsabilidad objetiva. Entonces, de acuerdo al razonamiento del Tribunal Constitucional, cualquier sanción impuesta usando como criterio la responsabilidad objetiva, a la luz de normas previas a la vigencia del aludido Decreto Legislativo, **debe ser considerada como arbitraria e inconstitucional**. Es decir, a criterio del mencionado Tribunal, solo podría aplicarse la responsabilidad objetiva si la norma especial **expresamente** habilitaba para ello al órgano que le corresponda resolver los casos respectivos.

Como podemos observar, existen serias disyuntivas entre lo señalado por nuestros operadores jurídicos y las normas aplicables, situación que podría dar pie a escenarios de inseguridad jurídica y ausencia de predictibilidad en el actuar de la Administración Pública. Sin perjuicio de ello, en el siguiente subcapítulo del presente capítulo abordaremos con mayor amplitud el principio de culpabilidad y sus implicancias en los regímenes sancionadores.

h) Verdad material:

Si bien el principio de verdad material no forma parte del bloque de principios aplicables a la potestad administrativa establecidos en el artículo 248° del TUOLPAG, este sí pertenece al conjunto de principios generales del procedimiento administrativo (recogidos en el artículo IV del Título Preliminar del TUOLPAG). En ese sentido, no debería existir duda alguna sobre la importancia del uso de dicho principio para el análisis del objeto de estudio y los casos correspondientes.

Dicho esto, el numeral 1.11) del artículo IV del TUOLPAG señala:

“1.11. Principio de verdad material: En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la Ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público”.

Al respecto, por medio de dicho principio, las autoridades de los procedimientos, las autoridades de los procedimientos tienen la obligación de agotar de oficio los medios de prueba a su alcance para investigar la existencia real de hechos que son la hipótesis de las normas que debe de ejecutar y resolver conforme a ellas, para aplicar la respectiva consecuencia prevista en la norma. Por ejemplo, la Administración debe de acreditar si se incurrió en la conducta descrita en la norma como infracción administrativa. El principio se sustenta en que en los procedimientos administrativos no se trata de resolver conflictos intersubjetivos como en los procedimientos arbitrales o judiciales, sino de decidir directamente asuntos de interés público por su contenido en los que la aplicación de la norma a los casos concretos no puede depender de la voluntad del particular de no aportar el material probatoria pertinente (Morón, 2019, pp. 116-117).

En relación a dicho principio, el TCE por medio de su Resolución N° 1452-2019-TCE-S4, ha señalado que dicho Colegiado tiene la facultad de recurrir a otras fuentes de información que le permitan corroborar y crear certeza sobre la presentación de determinados medios probatorios. Entre estas fuentes se encuentra comprendida la información registrada en el Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (SEACE), así como la información que pueda ser recabada de otras bases de datos y portales web que contengan información relevante (2019. Fundamento jurídico N° 4).

Ahora bien, luego de haber desarrollado brevemente, los alcances de aquellos principios que emplearemos para el análisis de casos en el tercer capítulo, desde la óptica de los pronunciamientos de la DTN y el TCE, así como de nuestro Tribunal Constitucional y la doctrina pertinente, corresponden que en el siguiente apartado abordemos los tipos de responsabilidad existentes en el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones del Estado.

1.3. Tipos de responsabilidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador:

El artículo II del Título preliminar del TUOLPAG, advierte que dicha norma contiene **disposiciones comunes** para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

Asimismo, indica que las Leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

Bajo esa premisa, el TUOLPAG, fija estándares mínimos que deben ser observados por la Administración Pública, al momento de regular sus procedimientos especiales, lo cual implica que, en principio, y bajo ninguna circunstancia, no podría existir algún procedimiento especial cuya tramitación, comprenda aspectos que sean menos beneficiosos para el administrado y que contravengan tales estándares mínimos.

Al respecto, el artículo 247° del TUOLPAG, si bien menciona que las disposiciones contenidas en el capítulo referente a la potestad sancionadora, se aplican con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en Leyes especiales, también exige que dichos procedimientos deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador.

El régimen de responsabilidad en el procedimiento sancionador, qué duda cabe, no escapa a dicho mandato. Es así que, como ya lo veníamos adelantando en los acápites previos, en el numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG se señala:

“10. Culpabilidad: La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por Ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Esto es, como regla general en todo procedimiento administrativo sancionador, el régimen de responsabilidad debe de ser subjetivo, lo cual implica que, para la imputación de determinada infracción y la posterior aplicación de una sanción, debe de emplearse criterios de dolo y culpa. Como ya hemos citado con anterioridad, nuestro Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos en los que por un lado reconoce la responsabilidad subjetiva, pero por otro, hace lo propio con la responsabilidad objetiva.

Acorde con la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272, norma que ameritó el cambio de criterio de responsabilidad objetiva hacia la responsabilidad subjetiva, se optó por reconocerle una entidad propia al principio de culpabilidad independientemente del ámbito penal. En base a las diferencias conceptuales y dificultades prácticas para materializar una posición alternativa, se pasa a un reconocimiento del concepto de culpabilidad, como uno a tomar en cuenta dentro de un prisma en el cual, a diferencia de lo que muchos desprendían del texto original de la Ley N° 27444, la comprensión de que la responsabilidad, en estos procedimientos, únicamente será objetiva cuando una Ley o Decreto Legislativo de manera expresa (y no implícitamente) así lo establezca (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016, p. 50).

Sin embargo, el principio de culpabilidad tal y como ha sido regulado en el TUOLPAG, admite una excepción, la cual se encuentra contenida en la expresión que prosigue a la regla: “(...) salvo los casos en que por Ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

Justamente una manifestación de dicha excepción es la referida al régimen de responsabilidad en los procedimientos sancionadores en las contrataciones del Estado. Es así que el numeral 3) del artículo 50° del TUOLCE, dispone lo siguiente:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

(...)

50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50.

(...)”³

Como puede observarse, en la regulación del TUOLCE se acoge a la excepción dispuesta en el TUOLPAG, pues expresamente se señala que la responsabilidad en materia del procedimiento sancionador en contrataciones del Estado será objetiva.

No obstante, ello no aplicaría para aquellas infracciones contenidas en los literales a), b), h) y n), los cuales son:

a) Desistirse o retirar injustificadamente su oferta.

b) Incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco.

(...)

h) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago.

(...)

n) Presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones”.

Cabe precisar que el actual texto sobre el tipo de responsabilidad aplicable en los procedimientos sancionadores en contrataciones del Estado, fue incorporado a raíz de la promulgación del Decreto Legislativo N° 1444, el 16 setiembre de 2018 (vigente desde el 30 de enero de 2019). De la revisión de la exposición de motivos de la citada norma se tiene lo siguiente (Ministerio de Economía y Finanzas, 2019, pp. 23-25):

“Se incorpora la posibilidad de justificar el incumplimiento de la obligación de perfeccionar el contrato, pues no existe sustento para que la conducta regulada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50° admita justificación de parte del

³ El camino y la evolución normativa de cómo se llegó a dicho texto, se abordará con mayor detalle en el siguiente capítulo.

proveedor, y que no de similar tratamiento en la infracción prevista por no suscripción del contrato”.

Es decir, en dicha exposición de motivos el Ministerio de Economía y Finanzas solo se limita a mencionar escuetamente que sí debería permitirse justificar la comisión de la infracción en los casos de los literales a) y b) de la norma, sin precisar el porqué de ello. Asimismo, no se menciona nada respecto del cambio de criterio (aplicación de responsabilidad subjetiva) en los casos de las infracciones de los literales h) y n). Peor aún, no hay ninguna explicación del porqué se ha optado por la responsabilidad objetiva en este tipo de régimen.

Dicho esto, en los siguientes apartados, abordaremos conceptualmente los tipos existentes de responsabilidad aplicables al ámbito de estudio: la responsabilidad objetividad y la responsabilidad subjetiva.

1.3.1. Responsabilidad subjetiva:

De acuerdo con nuestro Código Penal, en el artículo VII del Título Preliminar, la responsabilidad penal se rige por criterios de responsabilidad subjetiva, quedando prohibida cualquier manifestación de la responsabilidad objetiva:

*“Responsabilidad Penal
Artículo VII. La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.*

Si bien la presente investigación versa netamente sobre aspectos de la potestad sancionadora de la Administración Pública, y en específico del TCE, dicha referencia al Código Penal es relevante, en la medida que el procedimiento administrativo sancionador se nutre de las instituciones y figuras del Derecho Penal. Muestra de ello es lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional, en una Sentencia que ya hemos comentado con anterioridad, pues señala que la acción sancionable (en los procedimientos sancionadores) debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva (Expediente N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento jurídico N° 12).

Claramente la responsabilidad subjetiva es la materialización del principio de culpabilidad, conforme hemos podido apreciar del contenido del numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG.

Ante esto, partiremos de la premisa de que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador la culpabilidad se refiere fundamentalmente al elemento subjetivo del ilícito, es decir, a la intervención del autor, a través del dolo o imprudencia, incompatible con la llamada responsabilidad objetiva, o sea, la derivada automáticamente del hecho. Este elemento subjetivo es su componente esencial, al cual se le añaden como corolario otros dos principios: el de responsabilidad por el hecho y el de personalidad de la acción ilícita (Nieto, 2012, p. 327).

Respecto a la aplicación del principio de responsabilidad por el hecho, lo que se quiere es resaltar que la sanción no puede ir más allá del hecho en concreto enjuiciado sin que puedan tenerse en cuenta las circunstancias especiales del autor (Nieto, 2012, p. 327). Esto es, ningún daño puede estimarse relevante si no se produce como consecuencia de una acción, del que a su vez se desprenden tres consecuencias: la exclusión de castigo de actitudes meramente internas; no pueden considerarse merecedoras de sanción las conductas esperadas, por más que sean de inminente producción o su autor sea peligroso; y, la prohibición de un derecho sancionador de autor y no de acto (Baca, 2010, p. 8).

Por su parte, el principio de la personalidad de la acción ilícita garantiza que únicamente puede exigirse responsabilidad por los hechos propios y en ningún caso por los hechos de otro. Invocando cabalmente este principio, los Tribunales Administrativos podrían anular infracciones cometidas, por ejemplo, al dueño de un barco que se encontraba pescando en zona de veda, cuando aquel no estaba a bordo de dicho barco, o, al padre de un menor de edad por la conducta de este (sin perjuicio de la responsabilidad civil) (Nieto, 2012, p. 328).

Ahora bien, a estos dos principios se le debe de agregar como elemento fundamental de la culpabilidad la exigencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo. La culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible). Mientras que en el ámbito civil es perfectamente posible establecer una responsabilidad objetiva por daños, la exigencia de culpabilidad para sancionar una infracción deriva, de que, en este caso, está implícito un "juicio de reproche", que sólo sería posible si el autor podía haber actuado de otra manera (Baca, 2010, p. 8).

Respecto al dolo, se debe tener en cuenta que se integran dos elementos: uno intelectual y otro volitivo. El primero implica que el autor tiene conocimiento de los hechos constitutivos del tipo de infracción, así como de su significación antijurídica. Cabe precisar que en la práctica la identificación de este elemento no puede ser nunca exacta ya que es imposible penetrar en la mente del autor para saber sin duda lo que conocía. En consecuencia, hay que valorar a través de referencias indiciarias. En cuanto al segundo elemento, es importante diferenciar sus distintos grados; y así se habla de un dolo directo (de primer grado) en el que se persigue inmediatamente el ilícito, o al menos se aceptan las consecuencias inevitables que va a producir (de segundo grado); y, de un dolo eventual, en el que se asumen las consecuencias probables su actuación. Por ejemplo, el que vierte sustancias contaminantes en el caudal de un río obra con dolo directo de primer grado en lo que se refiere a la contaminación puesto que sabe que va a contaminar y desea hacerlo; y obrará con dolo directo de segundo grado, en lo que se refiere a la muerte de la pesca si es que sabe que esta no

podrá sobrevivir, aunque ciertamente no lo desee. En cambio, si no está de seguro de que la contaminación va a ser tan alta como para asfixiar a los peces, pero admite que así puede suceder, obrará con dolo eventual (Nieto, 2012, pp. 339-340).

Por su parte, actúa con culpa o imprudencia (o negligencia), el que realiza un hecho típicamente antijurídico, no intencionalmente sino por haber infringido un deber de cuidado que personalmente le era exigible y cuyo resultado debía haber previsto. La culpa consiste, en definitiva, en no haber previsto lo que debía preverse y en no haber evitado lo que debía evitarse. El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Administrativo Sancionador, estará en función de diversas circunstancias: a) el tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deben ser desarrolladas por profesionales en la materia; y, c) actividades que requieren previa autorización administrativa. Lo importante de este criterio es que aquí el operador jurídico se le libera de indagar la psicología del autor para determinar si conocía la trascendencia jurídica de lo que estaba haciendo y si quería hacerlo (Nieto, 2012, pp. 341-342).

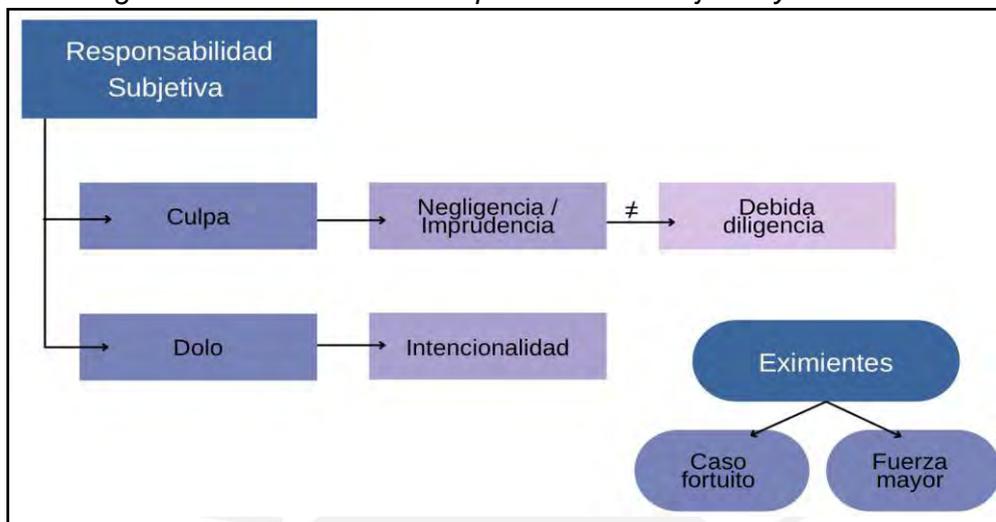
En otras palabras, el dolo es un error de conducta que está dirigido a causar un perjuicio. Para que exista el dolo es indispensable que se den dos elementos a saber; la conciencia y la voluntad. La primera establecida como el querer del acto que se ejecuta, así como de todos sus resultados y consecuencias. La voluntad por su parte es, la búsqueda de las consecuencias dañosas que están prohibidas por el derecho y consideradas como ilícitos o delitos. Por su parte, la culpa es un error de conducta de carácter negativo. Se dice que la culpa es un error de conducta negativa en la medida a que obedece a la no realización de un patrón exigido por una persona, dado por un error de comportamiento que le es imputable. Esto es, la culpa debe ser entendida como el error de conducta que no habría cometido una persona prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias externas en el que se hallaba el autor del daño. Esto es, la culpa es sinónimo de negligencia, impericia o imprudencia con el que actúa una persona (Castro y Calonje, 2015, pp. 312-313).

Como hemos podido notar, lo opuesto a la culpa vendría a ser la debida diligencia, la cual debe entenderse como cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función en la relación con otra persona, etcétera. Se trata pues, de la actitud debida, del proceder responsable en la realización de tareas (Castillo y Rivas, 2014, p. 140).

Asimismo, cabe señalar que las figuras de dolo y culpa, admiten situaciones eximentes de responsabilidad, tales como el caso fortuito y la fuerza mayor, los cuales han sido recogidos en el artículo 257° del TUOLPAG. Sobre el particular, se considera caso fortuito o fuerza mayor a aquellas circunstancias cuyos efectos no son pasibles de ser anticipados o previstos.

Sobre los eximentes del mencionado artículo 257°, así como la debida diligencia, profundizaremos con mayor detalle en el capítulo tercero. No obstante, de lo señalado previamente, se esbozó el siguiente cuadro a modo de resumen:

Figura 1: Elementos de la responsabilidad subjetiva y eximentes



Elaboración propia

Llegados a este punto, cabe plantearse entonces, en qué situaciones se le puede requerir la presencia de dolo a una determinada conducta infractora y en cuales, culpa. Siguiendo a Nieto (2012, p. 349), se debería de aplicar de la siguiente manera:

1. El dolo solo es exigible cuando así se establece en la norma.
2. La culpa, negligencia e imprudencia son la regla.
3. La simple inobservancia opera en los casos en los que la norma previene conductas de peligro abstracto e inequívocamente cuando ha impuesto una autorización administrativa previa para el ejercicio de la actividad peligrosa.

Dichos criterios son acordes con las notas distintivas del Derecho Penal con el Derecho Administrativo Sancionador: Inexigibilidad de dolo y voluntariedad en la acción, no en el resultado. Respecto a la inexigibilidad de dolo como regla general, aunque se parta de la pena vigencia del principio de culpabilidad, la intención maliciosa, o dolo, no sería exigible para responder por la comisión de una infracción administrativa (salvo que el tipo infractor en concreto así lo exija) constituyendo la concurrencia del dolo un criterio de graduación de la sanción. La inexistencia de intencionalidad no determina la impunidad de la conducta en los supuestos en los que concorra culpa. Esto es, en el ámbito de las infracciones administrativas, la culpa es la situación normal y, el dolo tan solo supone un plus de responsabilidad. De lo contrario, la intencionalidad no sería considerada como un criterio para graduar las sanciones. Por su parte, se debería de aplicar la voluntariedad en la acción, no en el resultado, en el sentido que, a diferencia de las infracciones penales, que tipifican directamente lesiones de bienes jurídicos

protegidos, las infracciones administrativas consisten, en su práctica total, en el incumplimiento de una norma que suele producirse por una mera conducta, sin exigir una transformación externa adicional (resultado). Por tanto, carece de sentido, en general, exigir que la voluntariedad alcance al resultado, como si los tipos vincularan a la acción con el resultado, salvo cuando específicamente el tipo lo requiera así (De Fuentes, 2005, pp. 179-180).

En esa línea argumentativa y como muestra de tales diferencias, es lo señalado en el artículo 12° del Código Penal, que establece al dolo como regla, y a la culpa como excepción, contrariamente a lo señalado por Nieto:

*“Artículo 12. Delito doloso y delito culposo
Las penas establecidas por la Ley se aplican siempre al agente de infracción dolosa.
El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la Ley”.*

Sin perjuicio de ello, consideramos que la fórmula pertinente a aplicar al procedimiento administrativo sancionador, es la planteada por el mencionado autor, en donde el dolo es la excepción, mientras que la culpa, negligencia e imprudencia son la regla. Ergo, habiendo pormenorizado los alcances de la responsabilidad subjetiva, en el siguiente apartado haremos lo propio respecto a la responsabilidad objetiva.

1.3.2. Responsabilidad objetiva:

La responsabilidad objetiva, contraria al régimen anterior, se aplica en los casos en donde no se analizan los elementos de la culpabilidad, es decir, que se desprende del carácter volitivo de la conducta y se impone una sanción por el simple incumplimiento de la norma sin que la autoridad que sanciona haga un análisis del elemento culpa y demuestre que la persona, natural o jurídica, tuvo la intención de cometer el ilícito o de incumplir una obligación (Pabón, 2020, p. 24).

Esto es, el criterio objetivo reside en una modalidad para la determinación de la responsabilidad consistente en prescindir en su totalidad, de la conducta del administrado imputado, así como de su culpabilidad o intencionalidad. Bajo esta categoría se observa exclusiva y únicamente, el daño que se ha producido, siendo suficiente este componente, para que su autor o autores sean responsables, independientemente de cuál fue su conducta y sin considerar aspectos como el dolo o la culpa.

En palabras de Roxin (1997, p. 39), en materia penal, y con ocasión a lo señalado en el apartado previo, respecto de la aplicación de la voluntariedad en la acción, la imputación al tipo objetivo se agota en la subsunción dentro de los elementos especiales de cada tipo penal. En cambio, en los delitos de resultado debe analizarse si la lesión del objeto de la acción (por ejemplo, en los tipos de

homicidio doloso y/o culposo), puede ser imputada al sujeto como su propia obra; si esto no ocurriera, entonces él no habría matado, lesionado, dañado, etc., en el sentido indicado por la Ley. Una imputación objetiva como esta es imposible desde el principio en aquellos delitos de comisión en los cuales el autor no ha causado el resultado.

Este quizás sea uno de los fundamentos más relevante para sustentar la responsabilidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador, pues según lo apuntado previamente, de acuerdo con De Fuentes (2005, pp. 179-180), en este tipo de procedimiento especial se debe de aplicar la voluntariedad en la acción, no en el resultado, en el sentido que, a diferencia de las infracciones penales, que tipifican directamente lesiones de bienes jurídicos protegidos, las infracciones administrativas consisten, en su práctica total, en el incumplimiento de una norma que suele producirse por una mera conducta, sin exigir una transformación externa adicional (resultado).

Sin embargo, no consideramos que ello sea una máxima absoluta, pues el análisis debe realizarse con mayor profundidad, en cada régimen especial y dependiendo de cada tipo infractor, como bien demostraremos en el capítulo final de la presente investigación, en donde sustentaremos que, en el procedimiento sancionador en las contrataciones del Estado, debe de aplicarse el criterio de responsabilidad subjetiva en determinados tipos infractores, mientras que, en otros, el precepto objetivo.

Ahora bien, de acuerdo con Guzmán Napurí (2021, pp. 90-91), de manera similar a lo que ocurre respecto de la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, que es objetiva; la responsabilidad administrativa del administrado es también objetiva; razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar la misma, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno. Para dicho autor resultaría evidente que el dolo y 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 del dolo o culpa. En otras palabras, según dicho autor, se podría afirmar que, por lo menos, la culpa se presume en el ámbito de la responsabilidad del administrado. Asimismo, señala, que sería por completo imposible que el administrado pueda acreditar que ha actuado con la diligencia requerida al cometer una infracción administrativa. Si una persona abrió su local comercial sin licencia, no es posible que se exonere de responsabilidad demostrando haber actuado con diligencia requerida.

En relación a ello, si bien es cierto que no se podría aplicar un régimen de responsabilidad subjetiva a todos los ámbitos en donde la Administración Pública ejerce potestad sancionadora, en materia de contrataciones del Estado, consideramos que las situaciones, hechos de cada caso y los tipos infractores no son del todo tajantes para señalar desprendidamente que en todo

procedimiento sancionador la responsabilidad deba de ser objetiva, como en el caso que expone el citado autor.

Sin perjuicio de ello, luego de lo estudiado, no queda dudas de que el régimen de responsabilidad subjetiva es el que ofrece mayores garantías para la tutela de los derechos de los administrados, en la medida que exige un mayor análisis de las circunstancias, hechos y medios probatorios de los casos que resuelve el TCE.

Dicho esto, en el siguiente capítulo abordaremos la potestad sancionadora desde la competencia del TCE. En dicha sección realizaremos unas breves aproximaciones sobre la tramitación del procedimiento sancionador ante dicho Tribunal. De igual modo, abordaremos la evolución en el tiempo del tipo de responsabilidad asumida en esta materia. Asimismo, estudiaremos los tipos infractores y las sanciones contenidas en el TUOLCE. Finalmente, analizaremos algunas situaciones singulares que son de especial relevancia para el objeto de estudio, siendo estas el caso de la responsabilidad de las personas jurídicas, de los consorcios y de la propia Administración Pública.

CAPÍTULO II:

2. La potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado:

Como bien venimos mencionando, para que toda norma tenga verdadera eficacia en determinado ordenamiento jurídico, la misma debe comprender y contener consecuencias ante su incumplimiento. Pero la eficacia no termina ahí. Es indispensable que se cuente con organismos especializados que apliquen debidamente dicha normativa. En el caso de las contrataciones del Estado, es el TCE el encargado de llevar a cabo dicha labor.

Es así que, de acuerdo con el artículo 59° del TUOLCE, el TCE tiene las siguientes funciones, señaladas enunciativa mas no limitativamente:

“Artículo 59. Tribunal de Contrataciones del Estado

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

b) Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso.

c) Aplicar multas a las Entidades cuando actúen como proveedor.

d) Las demás funciones que le otorga la normativa.

(...)

59.4 Las resoluciones que emitan las salas del Tribunal de Contrataciones del Estado deben guardar criterios de predictibilidad. El Reglamento del Tribunal de

Contrataciones del Estado establece el procedimiento para garantizar el cumplimiento de la presente disposición” (El resaltado es agregado).

Asimismo, el artículo 257° del Reglamento del TUOLCE, respecto a la potestad sancionadora del TCE señala:

“Artículo 257. Potestad sancionadora del Tribunal

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

257.2. El OSCE aprueba el Reglamento del Tribunal que contiene las disposiciones procedimentales que desarrollan o complementan lo previsto en el Reglamento” (El resaltado es agregado).

De igual manera, el Reglamento de Organización y Funciones (en adelante, ROF) del OSCE aprobado mediante Decreto Supremo N° 076-2016-EF, establece en sus artículos 20° y 21°, que:

“Artículo 20. Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal es un órgano resolutorio que cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de depender administrativamente de la Presidencia Ejecutiva del OSCE”.

“Artículo 21. Funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado

Son funciones del Tribunal:

(...)

b) Imponer sanciones de multa o de inhabilitación temporal o definitiva en el ejercicio del derecho a participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, a proveedores, participantes, postores y contratistas, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado;

c) Imponer sanciones de multa a las Entidades que actúen como proveedores, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado;

d) Resolver los recursos de reconsideración interpuestos contra lo resuelto por el Tribunal en un procedimiento administrativo sancionador;

e) Disponer, cuando corresponda, la inclusión de proveedores, participantes, postores y contratistas en la “Relación de proveedores Sancionados por el Tribunal”, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado;

f) Establecer, como medida cautelar, el plazo de suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagado por el infractor el monto íntegro de la multa impuesta, por un periodo no mayor a dieciocho (18) meses

(...)”

De la normativa citada, resulta evidente que es el TCE quien ostenta la potestad sancionatoria en materia de contrataciones del Estado, pues dicho órgano

resolutivo perteneciente al OSCE, decide sobre este tipo de casos y aplica aquellas sanciones compiladas en el artículo 50° del TUOLCE.

La incorporación de dichas normas a nuestro ordenamiento jurídico es reflejo de la relación que se establece entre la Administración y administrado, por cuanto la normativa en contrataciones del Estado, incorpora no solo al procedimiento de selección o a la ejecución del contrato, sino también a la aplicación de sanciones que, por incumplimiento de dichas normas. De este modo el TCE impone a los participantes, postores, contratistas, entre otros, en las distintas fases del procedimiento de selección y en la ejecución del contrato, así como sanciones por actividades vinculadas a actos de corrupción. Esta potestad se caracteriza porque con ella el TCE cuida el cumplimiento de la legalidad por parte de los administrados, y tutela, a la vez, el interés general (Retamozo, 2018, p. 158).

No perdamos de vista que los contratos de Derecho Público son aquellos a través de los cuales el Estado satisface el interés general. 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 TCE. La justificación es evitar que se cometan actos dañosos, generando previsión de los mismos a través de la sanción administrativa. Así se pretende primero una previsión especial, frente al administrado que comente la infracción, así como una previsión general, respecto del resto de administrados, a fin de que los mismos no comenten dichas infracciones, pero enfocados en la satisfacción de necesidades públicas a través de la contratación administrativa (Guzmán, 2020, p. 589).

Asimismo, mediante Opinión N° 119-2017/DTN, se señala que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano autónomo encargado de aplicar las consecuencias jurídicas (sanciones administrativas) a las infracciones administrativas cometidas por los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, en el marco de las contrataciones del Estado; en virtud de la potestad sancionadora que le ha sido otorgada (de manera exclusiva), a través de la normativa de contrataciones del Estado (2017).

Sin perjuicio de ello, mediante Resolución N° 00783-2022-TCE-S3, se acota que ni la vigente Ley Contrataciones del Estado, modificada por los Decretos Legislativos N° 1341 y 1444, establecen que el TCE tenga potestad sancionadora respecto de infracciones administrativas cometidas en el marco de otros regímenes especiales ajenos a la Ley de Contrataciones del Estado; por lo tanto, para que este Tribunal ejerza potestad sancionadora en dichas situaciones deberá contarse con una norma expresa con rango de Ley que le atribuya tal competencia (2022. Fundamento jurídico N° 6).

Esto es, la potestad sancionadora del TCE se limita única y exclusivamente al régimen legal establecido en el TUOLCE, no siendo posible que este abarque otros regímenes especiales de contratación.

En síntesis, hemos podido observar que el TCE es el órgano autónomo perteneciente al OSCE, encargado de resolver aquellos casos en materia sancionadora en el marco del TUOLCE, de forma exclusiva. En ese sentido, es el TCE quien aplica el criterio de responsabilidad objetiva a los tipos infractores contenidos en el artículo 50° del TUOLCE, salvo en los literales a), b), h), y n). Es por ello que resultaba necesario ahondar sobre la naturaleza y funciones de dicho órgano resolutorio, pues será a partir del análisis de sus resoluciones emitidas durante el primer trimestre del año 2020 en materia sancionatoria, que daremos respuesta a nuestra pregunta de investigación.

2.1. Tramitación del procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado:

Todo procedimiento administrativo, tiene una etapa de actos de iniciación, los cuales son, justamente, el punto de partida del ejercicio de gran parte de las potestades que detenta la Administración Pública. Es en el desarrollo del procedimiento administrativo (sea sancionador, trilateral, etc.) que se manifiestan la gran mayoría de facultades reconocidas a las Entidades Públicas. Al respecto, en el numeral 1) del artículo 255° del TUOLPAG se señala que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. Esto es, la iniciación del procedimiento se conforma en un acto administrativo bajo forma de resolución que sirve de delimitación de la potestad sancionadora que se activa (Morón, 2019, p. 504).

Asimismo, en el mencionado artículo, se pueden observar las demás etapas que conforman la tramitación del procedimiento administrativo sancionador. Así tenemos una etapa de indagaciones previas, que tiene la función de, con antelación a la iniciación formal del procedimiento sancionador, permitir a la Administración Pública llevar a cabo actuaciones previas de pesquisas, indagaciones, investigaciones, entre otros, con la finalidad de establecer de forma **preliminar** si convergen las condiciones y hechos suficientes que justifiquen su iniciación.

Posteriormente a estas actuaciones y decidida la iniciación del procedimiento, de acuerdo al aludido artículo, tiene lugar la notificación de cargo, que, junto con el acto de apertura, otorga la oportunidad al administrado imputado, en un plazo mínimo de cinco (5) días hábiles de realizada dicha notificación, de absolver los cargos que se le atribuyen.

Luego de ello, tendremos la etapa de instrucción del procedimiento, fase en la que el órgano instructor del procedimiento evaluará y/o recabará, de oficio, todas las pruebas que sean indispensables para resolver el caso. Consecutivamente, y finalizada la etapa probatoria, el órgano instructor, elaborará una propuesta de resolución y/o sanción. Ello será realizado en un informe final, en donde, de manera motivada, el instructor recomendará si es que, luego de analizada la evidencia y los hechos, corresponde o no aplicar determinada sanción. Una vez

que el órgano competente para decidir la aplicación de la sanción reciba dicho informe final, puede disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensables para resolver el procedimiento. El aludido informe de debe ser notificado al administrado imputado para que formule sus descargos en un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

Finalmente, tendremos la decisión administrativa, que constituye el acto conclusivo del procedimiento administrativo sancionador. Dicha decisión, debe encontrarse debidamente motivada y recoger el análisis de los medios de prueba pertinentes que permitan dilucidar si, el administrado imputado es o no, responsables de la infracción que se le atribuye.

Ahora bien, en el caso de las normas en materia de contrataciones del Estado, el Reglamento del TUOLCE contiene en su artículo 260° las etapas y el desarrollo que todo procedimiento administrativo sancionador debería recorrer durante su tramitación.

El procedimiento administrativo sancionador en la materia que nos ocupa, se inicia de oficio y formalmente, a través de un acto emitido por el TCE, que puede tener su origen en: 1) Una denuncia administrativa formulada por un determinado administrado; 2) Por una denuncia administrativa formulada por una Entidad Pública; 3) Por una denuncia formulada por una dependencia que forma parte del OSCE, distinta al TCE; y, 4) Por propia disposición del TCE. Evaluados los hechos denunciados, así como los medios probatorios con los que pueda contar el TCE, dicho Órgano Colegiado podrá requerir información adicional a las Entidades que crea conveniente. Con o sin la información solicitada, el TCE estimará si existen o no los indicios suficientes para disponer el inicio del procedimiento sancionador.

Si se considera que sí existen tales indicios, notificará al administrado imputado los cargos que se le atribuyen, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que se pronuncie y presenten sus descargos al respecto, de esta manera se dará inicio al procedimiento sancionador. De considerar que no existen elementos suficientes, el TCE declarará que no existe la evidencia necesaria para iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

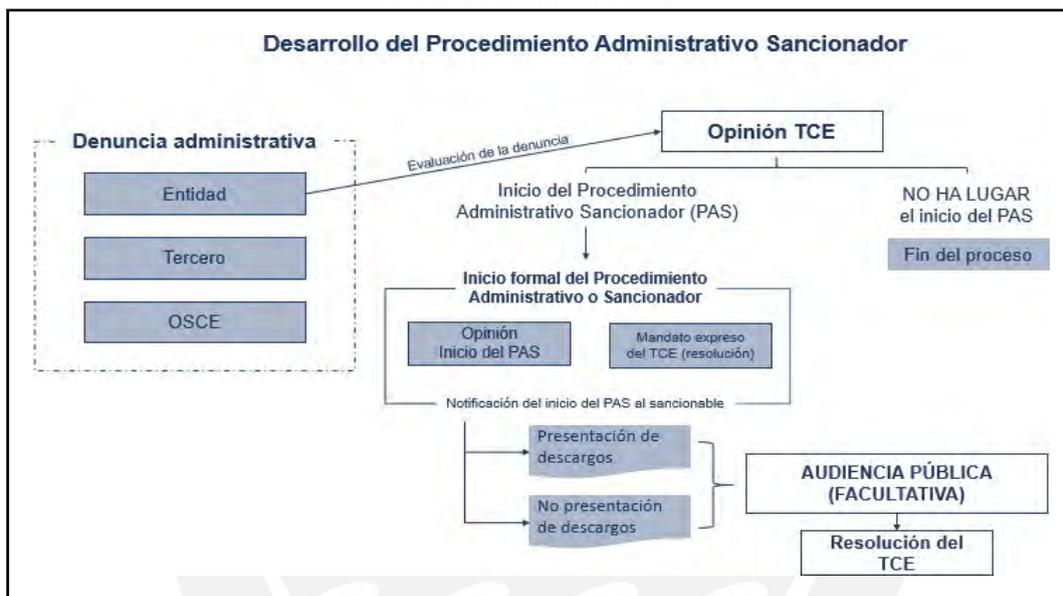
Luego del inicio formal del referido procedimiento, con o sin los descargos del presunto infractor, el expediente es remitido a una de las Salas que conforman el TCE. La Sala asignada podrá requerir información que considere necesaria para poder dilucidar el caso sometido a su competencia; así como también, podrá disponer la celebración de audiencias públicas. Tales audiencias también pueden ser llevadas a cabo a solicitud del administrado imputado.

Para la resolución del caso en concreto, la Sala cuenta con un plazo máximo de tres meses, que puede extenderse por tres meses más si es que se ha dispuesto la ampliación de cargos.

Finalmente, el procedimiento concluye con la emisión de una resolución en donde se determina si tuvo lugar la comisión de una infracción, con la consecuente aplicación de una sanción; o, con la declaración de no responsabilidad del administrado, ya sea porque las pruebas así lo han demostrado, o porque no existen suficientes indicios para probar dicha responsabilidad.

Los siguientes gráficos exponen de forma más clara cómo se lleva a cabo la tramitación del procedimiento administrativo sancionador ante el TCE:

Figura 2: Desarrollo del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado



Elaboración propia

Figura 3: Plazos del procedimiento administrativo sancionador en materia de contrataciones del Estado



Elaboración propia

De lo señalado se podrá observar que una de las grandes diferencias entre la tramitación del procedimiento sancionador en el TUOLPAG y el TUOLCE y su Reglamento, **es la inexistencia de un órgano instructor en el caso del segundo**. Es decir, no habría una separación entre el órgano que recaba y analiza los medios de prueba necesarios para dilucidar la existencia de responsabilidad, y el órgano que resolverá en base a la información que le es remitida.

Esto es, nos encontraríamos ante una vulneración del principio de separación de autoridades. Dicha situación requiere ser regulada en el Reglamento, más aún dada la importancia de la etapa de instrucción, para poder determinar la comisión de la infracción en esta materia tan relevante. Aunado a ello, como veníamos mencionando, la Sala correspondiente puede realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información que sea relevante, para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción. Esta disposición debe interpretarse en el sentido de que la Sala puede ordenar actividad instructiva, si es que la información previamente recolectada no ha sido suficiente para generar convicción (Guzmán, 2021, p. 540).

La falta de un órgano instructor y la trasgresión al principio de separación de autoridades en el procedimiento sancionador en materia de contrataciones del Estado, desemboca en una situación en la que el TCE hace las veces de juez y parte, o, haciendo una alegoría del proceso penal, el TCE cumple la función de fiscal y juez. Tal situación genera un escenario de inseguridad jurídica, pues no se están respetando los mínimos establecidos en el TUOLPAG, el cual recoge en el numeral 1) del artículo 254° que, para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere, entre otros, diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.

Cabe precisar que, el objetivo de esta diferenciación no es otro que garantizar de forma cierta e imparcial que la autoridad que juzga se pronuncie con plena convicción. Es decir, sin cualquier tipo de prejuicio o idea predeterminada respecto del supuesto infractor y su nexo con el hecho investigado, que pueda surgir de forma natural de la investigación realizada en la etapa de instrucción. La normativa en materia de contrataciones del Estado, no establece una separación entre las etapas de instrucción y sanción, mucho menos, una separación de autoridades instructoras y sancionadoras, desconociendo lo que se pretende lograr con dicha medida: buscar una opinión razonable e independiente por parte de cada autoridad. Así, las distintas salas del TCE inician los diferentes procedimientos administrativos sin diferenciar la autoridad instructora de la sancionadora, toda vez que la misma sala ejerce ambas facultades, demostrando una abierta vulneración al Debido Procedimiento, en la medida que un mismo órgano hace de juez y parte (Castillo y Terrones, 2020, pp. 203-204).

Ahora bien, luego del desarrollo de la tramitación del procedimiento sancionador ante el TCE, en el siguiente apartado realizaremos una breve descripción de cómo ha evolucionado el régimen de responsabilidad en materia de contrataciones del Estado, hasta llegar a lo que es hoy: **un régimen de responsabilidad objetiva, con algunas excepciones.**

2.2. Aplicación de la responsabilidad objetiva en la Ley de Contrataciones del Estado:

A diferencia de Colombia y de los ordenamientos legales de otros países como España, entre otros, en el Perú no existe un régimen legal que abarque o intente comprender toda la contratación administrativa que realiza el Estado. El TUOLCE regula exclusivamente las adquisiciones de bienes, suministros, consultoría y ejecución de obras, comprende a todas las entidades del Estado de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local) y a las empresas estatales. Sus disposiciones no se aplican a los otros procesos de contratación que realiza el Estado, como es el caso de los contratos de los contratos de concesión, de disposición de bienes del Estado, los contratos Leyes, etc., que cuentan con sus propios marcos legales (Danós, 2006, p. 15).

Si bien en materia de contrataciones de bienes, servicios y obras, la Constitución de 1993, al igual que su predecesora, la Constitución de 1979, estableció el marco de referencia para las adquisiciones de bienes, servicios y suministros y la contratación de obras por parte de las entidades administrativas (disponiendo que las entidades estatales se encontraban obligadas a sujetarse a los procedimientos administrativos de licitación o concurso público que establezcan las Leyes respectivas, con la finalidad de garantizar la correcta utilización de los recursos públicos y permitir la libre concurrencia de postores), el cambio real se dio con la unificación normativa o legal sobre esta materia (Martín, 2013, p. 321).

No obstante, la regulación de las contrataciones y adquisiciones del Estado en el ordenamiento jurídico peruano, ha sufrido múltiples modificaciones a lo largo de los años. Es así que tenemos como primeros antecedentes al Decreto Supremo N° 034-80-VC, que aprueba el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas; al Decreto Supremo N° 065-85-PCM que aprobó el Reglamento único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestaciones de servicios no profesionales para el sector público; y, a la Ley N° 23554, norma que dispone que los servicios de consultoría contratados por entidades del Sector Público o empresas estatales o mixtas se regirán por lo establecido en dicha Ley. Claramente existía una dispersión normativa en lo relativo a la regulación de las adquisiciones y compras del Estado.

El 03 de agosto de 1997, se promulgo la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, norma que tuvo como principal característica el poder unificar en un solo cuerpo normativo todos los procesos de adquisiciones de

bienes, servicios y obras de las diversas Entidades Públicas, incluyendo incluso a las empresas del Estado.

Cabe señalar que, ni en la mencionada norma, ni en su reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-2001-PCM) se estableció qué tipo de responsabilidad se aplicaría al procedimiento sancionador, en la materia bajo análisis. No obstante, en el artículo 209° de dicho Reglamento, se contemplaba a **la intencionalidad del infractor**⁴ como criterio para graduar la sanción, lo que nos lleva a deducir que nos encontraríamos ante un escenario de responsabilidad objetiva.

Tal postura cobra relevancia si tomamos en cuenta que el entonces vigente Texto Único ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos, aprobado mediante Decreto Supremo N° 02-94-JUS, no hacía ninguna referencia acerca de qué tipo de criterio utilizar, si el objetivo o el subjetivo.

Ahora bien, la aludida Ley N° 26850, fue modificada en reiteradas ocasiones, siendo dichos cambios establecidos mediante la promulgación de las Leyes N° 27070, N° 27148 y N° 27330. Tales cambios fueron unificados mediante la promulgación del Decreto Supremo N° 012-2001-PCM del 12 de febrero de 2001.

Pero no fue hasta la promulgación de la Ley N° 28267, que, sumadas a varias modificaciones a la ya mencionada Ley N° 26850, se dispuso que el Poder Ejecutivo aprobase, mediante Decreto Supremo, el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. De este modo, se promulgó el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM que contendría dicho Texto Único Ordenado. De igual forma, se aprobó la emisión de su Reglamento, mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM. Ambas normas estuvieron vigentes desde el 29 de diciembre del 2004.

Nuevamente nos encontraremos en una situación similar a la de la Ley N° 26850, salvo por el artículo 302° del mencionado Reglamento, que establecía a la intencionalidad del infractor como criterio para graduar la sanción, no hay ninguna remisión sobre el tipo de responsabilidad en el procedimiento sancionador, a partir de lo cual colegimos que se emplearían criterios de responsabilidad objetiva.

Posteriormente, con la finalidad de modernizar la contratación pública, se promulgaron el Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado,

⁴ Como bien hemos señalado en el capítulo previo, la intencionalidad del presunto infractor es empleado para determinar la existencia de responsabilidad o no, en un régimen de responsabilidad subjetiva. En cambio, cuando se utiliza el criterio objetivo, dicho parámetro, el de la intencionalidad del infractor, comúnmente es empleado al momento de graduar la sanción.

y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, creándose de este modo el OSCE. Tales normas tendrían vigencia desde el 31 de enero del 2009, de acuerdo a lo dispuesto por el Decreto de Urgencia N° 014-2009.

Sin embargo, en las normas citadas tampoco se estableció si el régimen de responsabilidad era objetivo o subjetivo. Es más, el artículo 245° del Reglamento vigente en aquel entonces, al igual que sus predecesores, establecía a la intencionalidad del infractor como un criterio para graduar la sanción.

Esta posición se veía reforzada por lo establecido en la entonces vigente Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, que parecería haber tomado partido a favor de una responsabilidad aparentemente objetiva. Esta conclusión se puede deducir a partir de lo dispuesto por el numeral 8) del artículo 230° de dicha norma, que sólo exigía la culpabilidad como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho, no exigiendo en ningún lugar el dolo o culpa como requisito para castigar. Además, el numeral 3) del artículo 230° de la norma en mención consideraba a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor como un factor a tomar en cuenta al momento de determinar la sanción, lo que la excluiría como elemento de la infracción (Baca, 2010, pp. 11-12).

Sin embargo, como ya lo habíamos venido señalando, en una reciente sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N° 00962-2021-PA/TC. Fundamentos jurídicos N°s 24 al 26), se señaló en relación a la interposición de amparos en contra de las sanciones impuestas por el TCE que, cualquier sanción aplicada empleando como criterio la responsabilidad objetiva, a la luz de normas previas a la vigencia del Decreto Legislativo N° 1341, **debe ser considerada como arbitraria e inconstitucional**. Es decir, a criterio del mencionado Tribunal, solo podría aplicarse la responsabilidad objetiva si la norma especial **expresamente** habilitaba para ello al órgano que le corresponda resolver los casos respectivos. Claramente compartimos dicha posición en la medida que, en aplicación del principio de legalidad, cualquier disposición en materia sancionadora, debe estar debida y expresamente regulada en las Leyes que correspondan. De este modo, si es que la Ley sancionatoria no indica claramente que el régimen a aplicarse es de la responsabilidad objetiva, no debe asumirse o deducirse que será de dicha manera. Por el contrario, en situaciones de ambigüedad debe asumirse la postura más garantista para el administrado, que sería la de responsabilidad subjetiva.

Mencionado esto, con fecha 09 de enero del 2016, entró en vigencia la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF. Las modificaciones más representativas que la Ley N° 30225 ha tenido, se dieron a través de los Decretos Legislativos N° 1341 (vigente desde el 03 de abril de 2017) y 1444 (vigente desde el 30 de enero de 2019), dando lugar al ya citado TUOLCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de

marzo de 2019. Por su parte, el citado Reglamento fue sustituido por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, (vigente desde el 30 de enero de 2019).

El marco legal vigente, a diferencia de sus predecesoras, es mucho más específico respecto al tipo de responsabilidad que debe ser aplicada en los procedimientos sancionadores que son tramitados ante el TCE. En la siguiente figura podremos observar un análisis comparativo de cómo se regulaba el tipo responsabilidad en materia sancionadora en dichas normas:

Figura 4: Comparación Ley N° 30225 y Decretos Legislativos N° 1341 y 1444

Ley N° 30225	Decreto Legislativo N° 1341	Decreto Legislativo N° 1444
Aún no hay referencia al tipo de responsabilidad en materia sancionatoria.	Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas: (...) 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.	Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas: (...) 50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del presente artículo.

Elaboración propia

Como podremos observar, es a partir del Decreto Legislativo N° 1341 que se incluyó expresamente el criterio de responsabilidad objetiva, aun cuando se incorporó con una expresión bastante arriesgada consistente en preceptuar que la responsabilidad será subjetiva **en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta**. Tal disposición generaría un escenario de inseguridad jurídica, toda vez que otorgaba un margen de discrecionalidad bastante amplio al TCE, ya que este podía elegir en qué circunstancias aplicar el régimen que ellos crean convenientes (sea objetivo o subjetivo) en una materia, como lo es la sancionadora, que, precisamente, exige que los enunciados normativos que la regulan sean lo más específicos posibles (muestra de ello son los principios de legalidad y tipicidad), sin que exista la posibilidad de utilizar cláusulas abiertas, que permitan una antojadiza y amplia interpretación.

Afortunadamente, el Decreto Legislativo N° 1444 fue más preciso y claro al respecto, ya que señala expresamente que, si bien la responsabilidad es objetiva como regla general, solo en los literales a), b), h), y n) del numeral 1) del artículo 50° de la Ley bajo análisis, se aplicará el régimen subjetivo.

Sin embargo, el pasado 31 de diciembre de 2022, se publicó en el diario oficial “El Peruano”, la Resolución Ministerial N° 318-2022-EF/54, por medio de la cual se dispuso la publicación del proyecto de Ley de Contrataciones del Estado y su Exposición de Motivos. En el numeral 2) del artículo 68° de dicho proyecto se recoge una disposición similar a la del Decreto Legislativo N° 1341; es decir, que

la responsabilidad derivada de las infracciones previstas en dicha norma es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

Posteriormente el 15 de junio de 2023, la congresista Lady Camones Soriano presentó ante el Congreso de la República, el proyecto de Ley N° 5362/2022-CR, que también contiene un proyecto de una nueva Ley de Contrataciones del Estado. En el numeral 3) del artículo 49° de dicho bosquejo de norma, se establece que: *“La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de demostrar la falta de culpabilidad en la conducta tipificada”*. Esto es, una reproducción de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1341.

Casi una semana después, el 23 de junio de 2023, la Presidencia del Consejo de Ministros, hizo lo propio y también presentó ante el Congreso de la República, el proyecto de Ley N° 5472/2022-PE, con una iniciativa similar a la anterior. En este caso, el numeral 2) del artículo 71° indica: *“La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en los artículos 69 y 70 de la presente Ley es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta”*. Nuevamente nos encontramos ante una situación muy similar a las previamente descritas.

Sobre el particular, volver a la fórmula previa representaría, como ya lo hemos apuntado, un serio retroceso, pues no se tendría certeza alguna, ni predictibilidad, sobre en qué casos es viable o no sustentar y demostrar la inexistencia de responsabilidad en determinadas acciones. Nos encontraríamos ante una situación en la que no se tendría certeza sobre en qué supuestos es posible justificar la conducta, dado que nos encontramos ante una expresión jurídicamente imprecisa.

Sin perjuicio de los nuevos proyectos citados, cabe señalar que, si bien mediante los mencionados Decretos Legislativos N° 1341 y 1444, se precisó expresamente que tipo de responsabilidad aplica al procedimiento sancionador en las contrataciones del Estado, lo cierto es que, desde los inicios de la regulación de esta materia, el criterio preponderante siempre fue el mismo: responsabilidad objetiva, aun cuando la misma no haya sido reconocida manifiestamente. Habiendo efectuado este breve recuento de la evolución del régimen de responsabilidad en las normas que, a lo largo del tiempo han regulado esta materia, en el siguiente apartado realizaremos un breve análisis de los tipos infractores contenidos en el artículo 50° del TUOLCE.

2.3. Breve análisis de los tipos infractores y sanciones en la Ley de Contrataciones del Estado:

Luego de realizado el recuento de la evolución normativa del régimen de responsabilidad en el procedimiento sancionador en las contrataciones del Estado, en el presente subcapítulo desarrollaremos algunos apuntes respecto

de las infracciones y sanciones que el TCE aplica al momento de ejercer su potestad sancionadora:

Respecto a las infracciones tenemos las siguientes:

a) 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 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 dicho hecho, como podría ser el error detectado en la propuesta económica. Es preciso señalar que la Ley derogada consignaba esta infracción y la siguiente como una sola, siendo claramente distintas. Asimismo, cabe señalar que esta infracción no está sujeta al régimen de responsabilidad objetiva, debido a que estamos frente a una infracción que podría justificarse (Guzmán, 2021, p. 511).

b) Incumplimiento de la suscripción del contrato:

Se configura esta infracción administrativa si una vez consentida la buena pro del proceso y remitida la citación al adjudicatario para la suscripción del contrato, este no acude en la oportunidad señalada para tal fin, de conformidad con los plazos establecidos en el artículo 141° del Reglamento del TUOLCE. También se configura esta infracción cuando el postor se apersona a la Entidad en la oportunidad indicada para suscribir el contrato sin adjuntar los requisitos establecidos y una vez que se haya vencido el correspondiente plazo de subsanación (Rubio, 2013, p. 328).

Al respecto, el TCE mediante Acuerdo de Sala Plena N° 006-2021-TCE del 16 de julio de 2021, dispuso lo siguiente:

“II. Análisis:

(...) el no perfeccionamiento del contrato no sólo se genera por la omisión de firmar el documento que lo contiene o de recibir la orden de compra o de servicios, sino que también se configura con la no realización de los actos que la preceden, como es la no presentación de los documentos exigidos en las bases integradas o la falta de subsanación de las observaciones que la entidad realiza a la documentación presentada, toda vez que estas actuaciones constituyen requisitos indispensables para concretar y viabilizar el perfeccionamiento de aquél (...).

III. Acuerdo:

La Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado, por unanimidad, acuerda:

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 N° 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”.

Sin perjuicio de ello, pueden existir situaciones que generen la imposibilidad jurídica de suscribir el contrato, como puede ser el haber sido inhabilitado para contratar con el Estado, luego del consentimiento del otorgamiento de la buena pro, así como supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Asimismo, el adjudicador no es responsable de la falta de suscripción imputable a la Entidad, por ejemplo, en el caso que la citación haya sido efectuada de forma extemporánea. A esta infracción no se le aplica tampoco la responsabilidad objetiva (Guzmán, 2021, p. 512).

c) Contratación de proveedores impedidos:

El TUOLCE prevé como infracción el haber contratado con el Estado pese a estar incurrido en alguno de los impedimentos previstos en el artículo 11° de dicho cuerpo legal; a partir de la cual se aplicará la sanción respectiva. Los impedimentos para participar en procedimientos de selección y suscribir contratos con el Estado referidos en el mencionado artículo 11°, pueden surgir tanto en la etapa de presentación de ofertas, así como en la etapa de suscripción del contrato, siendo que la normativa vigente prescribe que serán pasibles de sanción **los supuestos recaídos al momento de la suscripción del contrato**. En ese sentido, también debemos interpretar que si un postor estuvo incurrido en cualquiera de las causales previstas en el artículo 11°, sin que su propuesta haya sido descalificada, y esta situación desaparece al momento de la suscripción del contrato; no se configuraría la infracción. De igual manera, si al momento de haber suscrito el contrato, el postor adjudicado ha incurrido en alguna de las causales pese a no haberse configurado alguna al momento de la presentación de su propuesta, cometerá la infracción en estudio (Rubio, 2013, pp. 334-335).

A esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

d) Subcontratación:

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 cuenta con Registro Nacional de Proveedores (en adelante, RNP) vigente, este impedido, inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado. En este punto, es importante indicar 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 a fin de discutir dicha validez (Guzmán, 2021, p. 514).

Sobre el particular, el TCE mediante Acuerdo de Sala Plena N° 003-2019-TCE del 13 de diciembre de 2019, realizó algunas precisiones respecto a la aplicación de la sanción bajo análisis:

“IV. Acuerdo:

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”.

A esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

e) Residente o supervisor de obra:

De acuerdo con los artículos 179° y 186° del Reglamento del TUOLCE, el residente de obra es un profesional colegiado, habilitado y especializado designado por el contratista, previa conformidad de la Entidad. Puede ser ingeniero o arquitecto, que representa al contratista como responsable técnico de la obra. 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 dispone que la participación permanente, directa y exclusiva del residente son definidos en los documentos del procedimiento de selección por la Entidad (Guzmán, 2021, p. 515).

A esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

f) Resolución del Contrato:

Se configurará esta infracción si una vez suscrito el contrato o recibida la orden de compra o de servicio: a) El contratista no cumple con entrega los bienes, realizar el servicio o ejecutar la obra en la fecha pactada en el contrato; y pese haber sido requerido notarialmente, persiste en el incumplimiento; b) Los bienes entregados, el servicio realizado o la obra ejecutada han sido materia de

observaciones por parte de la Entidad, y el contratista no ha cumplido con subsanarla a pesar de haber sido requerido para ello notarialmente; c) El contratista paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido notarialmente para que corrija dicha situación; o, d) Que el contratista haya alcanzado el monto máximo de penalidades previstas en el Reglamento del TUOLCE (Rubio, 2013, pp. 335-336).

Asimismo, las Entidades están obligadas a cumplir con el procedimiento de resolución contractual dispuesto en el artículo 135° del Reglamento del TUOLCE, siendo que la inobservancia del mencionado procedimiento por parte de la Entidad, implica la exención de responsabilidad del contratista. En ese sentido, para la realización de la falta, no basta que la Entidad haya resuelto el contrato por responsabilidad o culpa del contratista, sino que además dispone que se deben de cumplir las siguientes condiciones: a) Se cumpla con el procedimiento para resolución; b) que la resolución del contrato haya quedado firme, sea por vía conciliación o arbitral, lo que supone estar a resultados de lo dispuesto en el laudo arbitral; y, c) Que la decisión no haya quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversias (Retamozo, 2018, pp. 174-175).

A esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

g) Vicios ocultos:

Conforme a la normativa anterior, constituía infracción administrativa, además, el haber entregado el bien, prestado el servicio o ejecutada la obra con existencia de vicios ocultos, siempre que existe previamente una sentencia judicial firme o laudo arbitral que determine ello, a fin de que la sanción administrativa no sea arbitraria. En la normativa derogada, esta infracción no establece la posibilidad del saneamiento de los vicios ocultos. En cambio, el TUOLCE, 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 vicios ocultos. Ello debe ocurrir según lo requerido por la Entidad y los vicios deben haber sido reconocidos por el contratista o declarados en vía arbitral (Guzmán, 2021, p. 517).

A esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad objetiva.

h) Obligaciones una vez concluido el contrato:

Esta infracción no está referida a los vicios ocultos, sino a obligaciones que deben ejecutarse posteriormente a la conformidad del contrato. Estas obligaciones deberán haber sido consignadas expresamente en los documentos del procedimiento de selección (bases integradas, pliego absolutorio, oferta y/o

contrato). Así tenemos, por ejemplo, los bienes garantizados por un determinado plazo en caso de desperfecto, avería o cualquier otro motivo; garantía que ha sido debidamente ofertada por el contratista en su propuesta (Rubio, 2013, p. 344).

Ahora bien, el TUOLCE establece esta infracción disponiendo que, la negativa injustificada a cumplir con las obligaciones derivadas del contrato, tiene lugar cuando estas deben de verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado (Guzmán, 2021, p. 518).

Cabe precisar que a esta infracción se le aplica el régimen de responsabilidad subjetiva.

i) información inexacta:

Sobre la presente infracción, mediante Opinión N° 136-2016/DTN, se le consultó a la DTN lo siguiente: *“¿Qué se entiende por “información inexacta” para efectos de la aplicación del artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado?”* Al respecto, dicha dependencia contestó que la información inexacta supone la presentación de documentos y/o declaraciones cuyo contenido no es concordante con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de ésta y el quebrantamiento de los principios de Moralidad y de Presunción de Veracidad. De esta manera, para la configuración de la infracción bajo análisis, el proveedor debe haber presentado ante las Entidades, el Tribunal de Contrataciones del Estado o el Registro Nacional de Proveedores, información discordante con la realidad, con el propósito de cumplir un requisito o de obtener un beneficio o ventaja para sí o para terceros, independientemente de quién hubiera sido su autor o de las circunstancias que hubieran conducido a su inexactitud. Así, la infracción objeto de análisis se configuraría de manera objetiva, lo cual obliga a que los proveedores sean diligentes en cuanto a la verificación de la exactitud de la información que presentan a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP), ello en salvaguarda del Principio de Moralidad que rige las contrataciones estatales (2016).

Al respecto, por medio del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE del 11 de mayo de 2018, el TCE realizó algunas precisiones sobre la aplicación de esta infracción:

“Acuerdo:

En atención a lo precedentemente expuesto, el Tribunal acuerda:

a. La infracción referida a la presentación de información inexacta, tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225 modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, 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.

b. La infracción referida a la presentación de información inexacta, tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N°30225 modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, comprende un conjunto de situaciones, las cuales han sido descritas en el numeral 6 del presente Acuerdo”.

El mencionado numeral 6) de dicho Acuerdo señala:

“6. Por otro lado, cabe tener en cuenta que el tipo infractor comprende un conjunto de situaciones que es importante distinguir:

- Que la información inexacta presentada ante la Entidad esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección. Comprende aquellos casos en que los proveedores presentan ofertas conteniendo información inexacta para acreditar el cumplimiento de un requerimiento (especificaciones técnicas, términos de referencia, expediente técnico, o requisito de calificación) o para obtener puntaje en el factor de evaluación o documentos para suscribir el contrato.*
- Que la información inexacta presentada ante la Entidad le represente una ventaja o beneficio en la ejecución del contrato. En este supuesto, el tipo infractor comprende aquellos casos en que los contratistas presentan información inexacta a las Entidades con el fin de obtener un beneficio o ventaja durante la ejecución del contrato, como ocurre cuando efectúan pedidos o solicitudes (prestaciones adicionales, ampliaciones de plazo, mayores gastos generales, etc.). realizan anotaciones (por ejemplo, en el cuaderno de obra), renuevan garantías, tramitan pagos, entre otros supuestos, a fin de cumplir los requisitos fijados para tal efecto (requerimiento).*

Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes.

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

Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en la tramitación de sus pedidos o solicitudes.

- Que la información inexacta presentada ante el RNP le represente una ventaja o beneficio. Ello puede ocurrir cuando el proveedor con dicha*

información busca cumplir con los requisitos que se presentan en los procedimientos seguidos ante el registro (inscripción, renovación, ampliación, entre otros).

Para la configuración de este supuesto, el beneficio o ventaja que se quiere obtener está vinculada a los requisitos (requerimientos) que se presentan en los procedimientos ante el registro”.

Ahora bien, podemos advertir que el criterio de potencialidad en la presentación de información inexacta representa un supuesto de interpretación extensiva del tipo infractor, sobre todo si tomamos en consideración que el TUOLCE establece que serán sancionados aquellos proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, que presenten información inexacta siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Es decir, la infracción bajo comentario expresamente exige para su comisión que el beneficio del administrado se vea concretizado, no existiendo ninguna referencia a la potencialidad del beneficio, por lo que nos encontraríamos ante un precedente administrativo a todas luces carente de legalidad (Abuhadba y Villavicencio, 2019, p. 141).

Lamentablemente el criterio empleado para este tipo de infracciones es objetivo, pese a que, en diversas situaciones y circunstancias, existe suficientes indicios y medios probatorios que demostrarían que el administrado imputado actuó diligentemente. En el último capítulo, al realizar el análisis de casos, observaremos que el TCE, pese a contar con la debida evidencia, siempre termina por sancionar al imputado por esta infracción.

j) Documentación falsa:

De acuerdo a reiteradas resoluciones emitidas por el TCE, nos encontraremos ante documentación falsa o adulterada cuando el documento cuestionado no ha sido expedido por quien aparece como su emisor, no ha sido suscrito por quien aparece como su suscriptor o cuando, habiendo sido válidamente expedido, su contenido ha sido alterado o modificado⁵.

Esta infracción debe analizarse cuidadosamente al igual que la anterior, puesto que 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 información. Esto depende de la interpretación que efectúe el Tribunal de la disposición que establece la

⁵ A manera de ejemplo se pueden citar las Resoluciones N°s 2028-2014-TC-S3, 1063-2019-TCE-S1, entre otras.

responsabilidad del postor respecto de los documentos que presenta (Guzmán, 2021, p. 520).

Ahora bien, sobre la coexistencia de la infracción por presentar información inexacta y la de presentar documentación falsa, en un mismo procedimiento sancionador, el TCE ha manifestado a través del Acuerdo de Sala Plena N° 04-2019/TCE del 19 de diciembre de 2019, lo siguiente:

“III. Acuerdo:

En atención a lo expuesto de manera precedente, la Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado, por mayoría, acuerda que:

1. 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”.

Sobre el particular, coincidimos con el voto en discordia de los vocales Héctor Inga, María Rojas de Guerra, Cecilia Ponce y Violeta Ferreyra (2019):

“(…) En caso de presentarse el concurso de ambas infracciones respecto de un mismo documento, es aplicable lo dispuesto en el artículo 266 del Reglamento de la Ley N° 30225, en virtud del cual, se aplica la sanción que resulte mayor, esto es la sanción de entre treinta y seis (36) y sesenta (60) meses de inhabilitación temporal; razón por la cual, aun cuando se concluya que el administrado es responsable también por la presentación de información inexacta contenida en un documento falso o adulterado, la sanción a imponerse será aquella prevista solo para la infracción establecida en el literal j) del numeral 50.1 de artículo 50 de la Ley, subsumiéndose la sanción aplicable a la presentación de información inexacta dentro de aquella aplicada por la presentación de documentación falsa o adulterada”.

Al igual que el tipo infractor anterior, el criterio empleado para su análisis es objetivo, ello a pesar de que, como señalamos previamente, pueden existir situaciones en donde el administrado podría demostrar que actuó diligentemente y por lo que no se le debería de aplicar ninguna sanción.

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

En realidad, 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 dicho registro a fin de poder ser contratista o subcontratista. 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 ejecución de obras públicas simultáneamente y está determinada por la ponderación del capital y las obras ejecutadas. Finalmente, 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 Estado (Guzmán, 2021, p. 520).

l) Suspensión o nulidad del proceso de contratación:

Según el TUOLCE constituye infracción administrativa perfeccionar el contrato, luego de notificada en el SEACE, la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el OSCE en el ejercicio de sus funciones. En cuanto a la suspensión, el TUOCLE dispone 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 indique la necesidad de ejercer acciones coercitivas para impedir que la entidad continúe con el procedimiento, atribución que tiene por finalidad tutelar la eficiencia de los procedimientos de selección. Sin embargo, la facultad de declarar la nulidad corresponde, dependiendo de la cuantía, al titular o al TCE, no propiamente al OSCE, con lo cual esta infracción establecida en el TUOLCE no sería suficientemente precisa en este punto, pues se podría estar vulnerando el principio de tipicidad (Guzmán, 2021, p. 522).

m) Inversión Pública:

Este tipo infractor se configura cuando, en primer término, se formulan fichas técnicas o estudios de preinversión o expedientes técnicos con omisiones, deficientes o información equivocada, que ocasione perjuicio económico a las Entidades. Asimismo, dicha infracción comprende 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.

n) Cuestionamientos maliciosos:

El TUOLCE dispone como tipo infractor el formular cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y observaciones. Al respecto, de conformidad con el artículo 72° del Reglamento

del TUOLCE, las consultas son solicitudes de aclaración u otro tipo de pedidos respecto a cualquier extremo de las Bases. Por su parte, las observaciones son presentadas por aparentes transgresiones a la normativa en materia de contrataciones del Estado. La absolución de ambos pedidos debe de realizarse motivadamente por la Entidad convocante del procedimiento de selección, mediante un pliego absolutorio. Cabe señalar que, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, se puede solicitar la elevación del pliego al OSCE, si es que los participantes consideran que sus cuestionamientos no han sido respondidos debidamente. La infracción bajo comentario, se cometería en la medida que se efectúen elevaciones manifiestamente infundadas y mediando mala fe.

Habiendo desarrollado una breve explicación de cada tipo infractor, a continuación, reseñaremos, también brevemente, los tipos de sanciones que el TCE puede imponer ante la comisión de las infracciones previamente descritas, de acuerdo con el numeral 4) del artículo 50° del TUOLCE:

- i. **Inhabilitación temporal:** Este tipo de sanción consiste en la privación, por un periodo determinado de tiempo, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Este tipo de inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) previamente descritos, y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esto es, por presentación de información falsa, esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.
- ii. **Inhabilitación definitiva:** A diferencia de la sanción anterior, en este supuesto la privación del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, es permanente. 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 consistente en presentar información falsa, en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.
- iii. **Multa:** Este tipo de infracción fue introducida mediante la entrada en vigencia de la Ley N° 30225, consistiendo en la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar en favor del OSCE, la suma económica no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por

ciento (15%) de la oferta económica o del contrato, según corresponda, el cual no puede ser inferior a una (1) UIT, por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), e), k), l), m) y n), previamente descritos. Si no se puede determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impone una multa entre cinco (05) y quince (15) UIT. 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 extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 266° del Reglamento del TUOLCE, en caso que determinada empresa incurra 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 caso que concurren infracciones sancionadas con multa e inhabilitación, se aplica la sanción de inhabilitación. Esto es una clara manifestación del principio de concurso de infracciones, recogido en el numeral 6) del artículo 248° del TUOLPAG, conforme al cual cuando una misma conducta se subsuma en más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad.

Por su parte, en el artículo 264° del citado Reglamento, se regula lo correspondiente a la graduación de la sanción. Dicha disposición ya fue analizada previamente en la presente investigación, siendo que se han establecido como criterios para graduar la sanción a los siguientes:

- a) Naturaleza de la infracción.
- b) Ausencia de intencionalidad del infractor.
- c) La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad.
- d) Reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal.
- f) Conducta procesal.
- g) La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 10) del artículo 50° de la Ley de Contrataciones del Estado.

De los supuestos enlistados, destaca el referido a la **ausencia de intencionalidad**, pues, como ya lo hemos apuntado, se trata de un elemento de la responsabilidad subjetiva, lo que nos hace asumir que, independientemente de la referencia expresa que se hace en el artículo 50° sobre el tipo de responsabilidad aplicable, la regla general es la responsabilidad objetiva. Esto es, el que sea empleado como factor para graduar la sanción y no para determinar la existencia de responsabilidad, refuerza la idea previamente esbozada sobre la posibilidad de aplicar la responsabilidad subjetiva.

Asimismo, llama la atención el supuesto referido a la adopción e implementación de un **modelo de prevención**, el cual se constituye como atenuante. Dicho modelo debe encontrarse debidamente certificado, adecuado a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de la contratación estatal, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir actos indebidos y conflictos de interés o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Este modelo es clave para evitar no solo la comisión de infracciones administrativas, sino además y en particular, evitar actos de corrupción (Guzmán, 2021, p. 533).

De acuerdo al citado artículo 264° del Reglamento, el citado modelo debe contar con un mínimo de elementos: i) Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que ejerce su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeñas y medianas empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración; ii) La identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir actos indebidos, actos de corrupción y conflictos de intereses en la contratación estatal, iii) La implementación de procedimientos de denuncia de actos indebidos, actos de corrupción o situaciones de conflicto de intereses que garanticen el anonimato y la protección del denunciante, iv) La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, v) La evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Podemos concluir entonces, en atención a la ausencia de intencionalidad y la inclusión del modelo de prevención, como factores para graduar la sanción, que, si un administrado demostrase debida diligencia o no haber tenido la intención de cometer la infracción mediante medios probatorios, tales hechos no podrían ser considerados como criterios para determinar la existencia de responsabilidad en materia sancionadora en contratación pública. Dicho esto, queda claro que, en el TUOLCE, así como en su Reglamento, no existe espacio para emplear el criterio de responsabilidad subjetiva (salvo los supuestos señalados en artículo 50° del TUOLCE) que, como hemos podido ver previamente, analiza la debida diligencia (en el caso de la culpa) y/o la ausencia de intencionalidad (en el caso el dolo) del presunto responsable para decidir si es que hubo o no responsabilidad.

Aunado a ello, cabe resaltar que de acuerdo al numeral 3) del artículo 264°, en los procedimientos sancionadores de competencia del TCE **no se aplican los supuestos de eximentes establecidos en el artículo 257° del TUOLPAG**, ni los supuestos de caducidad previstos en el artículo 259° de la mencionada norma. Sobre este aspecto abundaremos con mayor detalle en el siguiente capítulo.

Habiendo desarrollado sucintamente los tipos infractores contenidos en el TUOLCE, así como las sanciones que se aplican ante su comisión, corresponde que en el siguiente subcapítulo entremos a detalle en aquellas situaciones especiales que con cierta cotidianeidad se presenta ante el TCE al momento de resolver los procedimientos sancionadores de su competencia; y, que han servido de sustento para justificar el uso de la responsabilidad objetiva, en la mayoría de tipos infractores.

2.4. Situaciones especiales en el procedimiento sancionador:

Cuando se hace referencia a situaciones especiales, lo que se quiere evidenciar no es precisamente la singularidad de la situación, sino más bien a aquellos casos que, por su peculiaridad, han sido empleados como sustento para aplicar el criterio de responsabilidad objetiva en materia sancionadora en las contrataciones del Estado. Es así que tenemos, de manera enunciativa, más no limitativamente a: i. El caso de las personas jurídicas; ii. Los consorcios; y, iii. La responsabilidad de la propia Administración Pública.

2.4.1. Responsabilidad de las personas jurídicas:

El caso de las personas jurídicas es quizás el que más atención ha recibido por parte de la doctrina y aquellos especialistas dedicados al tratamiento de controversias en materia sancionadora en las contrataciones del Estado. Es así que algunos autores señalan que no es posible que se emplee la responsabilidad subjetiva en este tipo de procedimientos administrativos, en la medida que a las personas jurídicas no se les puede aplicar preceptos como el dolo y la culpa.

En el Derecho Penal, tradicionalmente se partía de la irresponsabilidad de las personas jurídicas. La causa más obvia era su incapacidad para sufrir las penas de prisión, que eran las más normales, y a las que evidentemente solo se podía someter a las personas físicas; en su caso, a las que hubieran actuado por o en el seno de la persona jurídica. Según la dogmática penal clásica y dominante, las personas jurídicas, no es solo que no fueran responsables de los delitos que cometieran, sino que no cometían ni podían cometer delitos. Ello porque no podían realizar una acción en el sentido que a esa expresión se le atribuye en la teoría del delito y, menos aún, tener culpabilidad. Lo expresaba el aforismo *societas delinquere non potest*. Por tanto, imponerles una pena sería imponérsela a quien no ha cometido la acción típica ni ha incurrido en culpa o dolo propios. Serían así lo mismos principios de personalidad de las penas y de culpabilidad los que exigirían la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta no sería una simple opción legislativa ni el mero fruto de que las penas más importantes eran inadecuadas para las personas jurídica, sino algo consustancial al Derecho Penal, a los principios de personalidad y culpabilidad y al mismo concepto de delito. Aceptando este planteamiento, al ver que las

personas jurídicas sí son responsables de las infracciones, algunos autores tendieron a concluir que en Derecho Administrativo sancionador no rigen los principios de personalidad y de culpabilidad o, por lo menos, que tienen una enorme excepción respecto a las personas jurídicas (Rebollo, 2017, p. 223).

Sobre el particular, Guzmán Napurí (2021, pp. 90-91) señala que, de manera similar a lo que ocurre respecto de la responsabilidad patrimonial imputable a la Administración, que es objetiva; la responsabilidad administrativa del administrado es también objetiva; razón por la cual basta la relación causal entre la infracción y la actuación de aquel para imputar la misma, sin que sea necesario analizar factor de atribución alguno. Es evidente que el dolo y 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. Asimismo, es por completo imposible que el administrado pueda acreditar que ha actuado con la diligencia requerida al cometer una infracción administrativa. El concepto de culpabilidad debería ser descartado con el fin de permitir la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, la misma que hoy en día resulta ser por completo indiscutible. Si admitiéramos la necesidad de acreditar el dolo o la culpa para efectos de la responsabilidad administrativa, sería imposible que una persona jurídica sea sancionada, puesto que la actuación dolosa o culposa solo podría atribuirse a sus representantes. Es por ello que se considera que no resulta posible imputar responsabilidad penal a las personas jurídicas. Resulta entonces, perfectamente posible que una persona jurídica sea sancionada por una infracción administrativa y que su representante legal sea denunciado penalmente por el mismo hecho sin que se vea afectado el principio de *non bis in ídem*, toda vez que, si bien existe identidad de hecho y hasta fundamento, no existe identidad de sujeto.

Sin embargo, discrepamos del punto planteado previamente. Al respecto, Baca Oneto (2010, pp. 14-15) se plantea ¿Qué hacer con las personas jurídicas? Aquí hay dos problemas que deben solucionarse. En primer lugar, por qué responde la persona jurídica por los actos de sus dependientes y, en segundo lugar, si la responsabilidad de las personas jurídicas es objetiva o requiere de dolo o negligencia. Sobre la primera cuestión, las personas jurídicas no responden como meros “responsables” de la infracción, sino como autores, pues se les considera “autores jurídicos” de la infracción (pese a que el autor material sea la persona que es titular de uno de sus órganos). Y su responsabilidad será objetiva o subjetiva dependiendo de la infracción: cuando se trate de infracciones “objetivas” (de mera inobservancia), responderán objetivamente, como lo haría una persona natural (o incurrirán en negligencia sólo por el hecho de incumplir la norma, como dirían otros). Sin embargo, cuando se trate de infracciones que

no sean de mero inobservancia, es necesario que satisfagan los requerimientos del principio de culpabilidad, también como exigencia de dolo o negligencia. Al respecto, no debe olvidarse que incluso en Derecho penal se ha admitido su culpabilidad, aunque no basándola en una supuesta culpa in eligendo o in vigilando, sino por haber omitido los deberes de precaución exigibles. ¿Y el viejo aforismo *societas delinquere non potest*? De vuelta a su redacción original, que impedía a las sociedades pecar, nunca delinquir.

En ese orden de ideas, De Fuentes (2005, pp. 202-203) señala que si bien debe reconocerse en Derecho Administrativo Sancionador el principio de culpabilidad; o interdicción de la responsabilidad objetiva, y el de personalidad, o responsabilidad por hechos propios, esto no impide que se admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas se haya suprimido el elemento de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden los sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprobabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz. Solo a través de personas físicas pueden actuar las personas jurídicas. Del mismo modo que no extraña que la persona jurídica actúe a través de personas físicas, no debe extrañar que la persona jurídica pueda incurrir en culpabilidad a través de ellas. Y de otro lado, porque el juicio de culpabilidad exige, como sustrato fáctico, una actuación material que deber ser puesta en relación, precisamente, con el sujeto que la realiza.

Asimismo, dicho autor señala sobre los fundamentos de la imputación de las personas jurídicas de la actuación materialmente infractora de las personas físicas que, dado que el representante legal es el órgano que expresa directamente la voluntad de la persona jurídica, no puede escindirse la voluntad jurídica de la persona física a ningún efecto. Tampoco, pues, a efectos de la responsabilidad que de sus decisiones se derive. Ahora bien, distinto es el caso de los empleados de las personas jurídicas, pues en este caso a diferencia del anterior, puede hablarse de la existencia de dos voluntades autónomas. Esta dualidad impide una imputación automática, y en todo caso, de la actuación del agente a la persona jurídica. Es por ello que diferencia dos supuestos (2005, pp. 203-205):

A. El agente toma parte directa en la comisión de la infracción, si bien su conducta es debida a una decisión empresarial que le es ajena. En tal caso, el dominio del hecho por parte de la persona jurídica impone la asunción por ella de la conducta ilícita y, con ello, de su responsabilidad, siendo la persona física un mero instrumento de la jurídica.

B. El agente realiza el hecho tipificado como infracción, y su conducta no obedecía a una previa decisión empresarial. En este supuesto, la imputación a la persona jurídica se fundamenta en la llamada *culpa in vigilando o in eligendo*, de forma que la persona jurídica respondería según esta concepción por incumplir el deber que le compete de vigilancia y control. Con este fundamento, se genera una nueva actuación, deslindable de la propia persona física, digan de un nuevo y distinto juicio de reproche, como es el no haber puesto diligencia debida en la vigilancia y control que le era exigible. Así, por ejemplo, si la persona jurídica es la titular de una concesión para el aprovechamiento privativo de aguas, y la persona física, aun sin previa decisión de la empresa, realiza una actuación que implica el incumplimiento de una de las condiciones de la concesión, su actuación nunca podría hacerle cometer al trabajador determinada infracción, y ello porque al no ser titular de la concesión no está obligado por tales condiciones, ni puede, por tanto, ser sancionado por su incumplimiento. Este fundamento radica en el hecho de que la persona jurídica sea el centro de imputación de la obligación incumplida, de manera que si la actuación del empleado puede implicar, en beneficio de la empresa, el cumplimiento de una obligación de la que aquella es titular, imputándosele tal cumplimiento, también habrá que perjudicarle la actuación que realice el empleado en sentido contrario, es decir, que implique que la persona jurídica incumpla una obligación que a ella le competa, respondiendo por el incumplimiento. Para ello será preciso, no solo que la actuación tenga lugar con ocasión del desarrollo de las funciones propias de la persona física en la empresa, sino también que la propia actuación por su contenido afecte al desenvolvimiento de una obligación propia de la empresa. Por ejemplo, si el empleado encargado de presentar la declaración de impuestos, incumpliera dicha obligación dispuesta por la empresa, la infracción siempre se imputará a la persona jurídica.

En ese orden de ideas, Rebollo Puig (2017, pp. 223-225) enumera algunas razones a tener en cuenta para optar por la responsabilidad de las personas jurídicas:

1. Se debe admitir la responsabilidad sancionadora de las personas jurídicas, no porque no rigiesen en Derecho Administrativo sancionador los principios de personalidad y de culpabilidad o como una excepción a ellos, sino porque no puede negarse que estas personas también tienen capacidad de acción, o sea de realizar infracciones, y de culpa.

2. Se pueden aplicar con normalidad algunos eximentes de la responsabilidad de las personas jurídicas por infracciones administrativas, lo que demuestra que se exige acción y culpabilidad y que, por tanto, es falso que rija un sistema de responsabilidad objetiva.
3. La endeblez de los planteamientos a favor de una responsabilidad objetiva de las personas jurídicas se evidencia con el hecho mismo de que ya había ordenamientos que venían aceptando la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de que esa solución se ha ido extendiendo.
4. Hay que afirmar que si las personas jurídicas realmente no podían realizar acciones en el sentido que a ello se daba en la teoría general del delito y que si tampoco eran susceptibles de ser culpables conforme al concepto de culpabilidad de la dogmática clásica del Derecho Penal ello era y es problema de aquella teoría y de esta dogmática. No se trata de criticarlas; seguramente tendrían alguna justificación y consiguieran alguna utilidad. Más modestamente sí hay que afirmar, como mínimo, que no expresaban la única forma de entender la acción y la culpa ni la única que fuese adecuada a la esencia de las cosas, a la naturaleza frente a la supuesta artificiosidad de cualquier otra solución. De ninguna de las maneras. De hecho, el Derecho Penal se veía obligado, por su negación de la responsabilidad de las personas jurídicas, a construcciones mucho más artificiosas. En suma, reconocer que las personas jurídicas no pueden realizar acciones ni ser culpables conforme al sentido que a ello se le daba en la teoría penal no significa que no sean capaces de realizar acciones y de ser culpables. Lo son. Y por eso, cuando lo son y solo cuando lo son, esto es, cuando han realizado la acción tipificada y cuando la han realizado al menos con culpa, pueden ser sancionadas.

Asimismo, el citado autor señala sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y los órganos de administración y sus empleados, que hay que introducir una distinción porque las personas jurídicas realizan acciones típicas y culpables por dos vías y cada una tiene una explicación diferente. De un lado, están los casos en que las personas jurídicas incurrir culpablemente en infracción a consecuencia de la conducta de sus administradores (hablaremos aquí de administradores, pero en realidad, incluimos a todos los titulares de sus órganos, como ahora se explicará). De otro, están todos los demás casos, entre ellos, destacadamente, aquellos en que las personas jurídicas incurrir en infracción culpable a consecuencia de la conducta de sus empleados. No hacer esta distinción lleva a explicaciones confusas y hasta equivocadas. Solo la primera vía, la de las infracciones cometidas a consecuencia de la conducta (por acción u omisión) de sus administradores, es específica de las personas jurídicas. La segunda, esto es, la de los restantes casos, incluidos los de infracciones a consecuencia de la conducta de los empleados, no es específica de las personas jurídicas, pese a lo que suele decirse. Es común a cualquier organización que tenga empleados, aunque su titular sea una persona física: esa

persona física también puede incurrir en infracciones (y en delitos) a consecuencia de las conductas de sus empleados. En cuanto a ello, no hay ninguna singularidad de las personas jurídicas. Así que lo único que tenemos que explicar ahora es la responsabilidad de las personas jurídicas a consecuencia de la actuación de sus administradores. Su responsabilidad a consecuencia de las actuaciones de los empleados merece un análisis separado y, en realidad, común para personas físicas y jurídicas. Digamos aquí solo que para declarar lícitamente la responsabilidad sancionadora de un empleador (persona física o jurídica) por infracciones en las que la actuación material sea de sus empleados tiene que suceder, de un lado, que sea aquel quien ha realizado la acción u omisión típica y, de otro, que lo haya hecho con dolo o culpa propios. Así, tampoco habrá ahí vulneración de los principios de personalidad y culpabilidad (2017, pp. 225-226).

Un claro ejemplo de lo que venimos reseñando es lo dispuesto en la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (modificada mediante Decreto Legislativo N° 1352 y Ley N° 30835), cuyo artículo 01° señala:

“Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado y en el artículo 4-A del Decreto Ley 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio”.

Asimismo, llama poderosamente la atención lo dispuesto en los artículos 03°, 04° y 05° de dicha Ley, pues en los mismos se ha determinado, respectivamente, a través de que personas físicas responden administrativamente por la comisión de los delitos señalados en el artículo 01° de la citada norma; en consecuencia, se ha dispuesto la autonomía de la responsabilidad administrativa para estos casos; y, se han incluido una serie de medidas administrativas aplicables.

Ahora bien, el 12 de mayo del 2023, se promulgó la Ley N° 31740, la cual representa la modificación más reciente de la norma previamente citada. Entre los cambios más relevantes de dicha Ley, se encuentra la incorporación de más tipos penales, a través de los cuales se le puede atribuir responsabilidad administrativa a las personas jurídicas. Asimismo, elimina el eximente de responsabilidad referido a que no habría razones para determinar la exención de responsabilidad a una empresa cuando un directivo (socio, alta dirección, etc.) delinca. Aunado a ello, destaca la inclusión de la disposición consistente en que la persona jurídica está exenta de responsabilidad si adopta o implementa, antes de la comisión de un ilícito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza,

riesgos, necesidades y características, consistentes en medidas de vigilancia y control.

Dicho esto, si el fundamento para que a las personas jurídicas no se les impute la comisión de una infracción empleando el criterio de responsabilidad subjetiva, era la ausencia del elemento volitivo, con los argumentos previamente esbozados, queda claro que es completamente factible hablar de dolo y culpa respecto de la responsabilidad de determinada empresa, cuando sus directivos, representantes, etc., cometan determinadas infracciones.

Sin perjuicio de ello, coincidimos con la posición abordada por Rebollo Puig, quien indica que solo podría existir responsabilidad subjetiva de las personas jurídicas en aquellos casos en donde la comisión de la infracción se manifiesta a través de sus órganos administrativos, más no por medio de sus trabajadores, pues ello implicaría requerir **estándares de diligencia** excesivamente elevados que en la práctica no podrían ser llevados a cabo, ni cumplidos. Sobre dicho punto, nos referiremos con mayor detalle en el capítulo tercero.

2.4.2. Responsabilidad de los consorcios:

En nuestro ordenamiento destacan dos definiciones sobre la figura del consorcio. Sobre el particular, el Anexo de definiciones del Reglamento del TUOLCE, señala que se trata de aquel contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado. Por su parte, la Ley General de Sociedades, aprobada mediante Ley N° 26887, en su artículo 445° define al consorcio como el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Asimismo, en el segundo párrafo del citado artículo se señala que corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

La finalidad de incluir esta figura en las contrataciones del Estado, radica en brindar la posibilidad a los postores de complementar sus calificaciones, capacidades y aptitudes, siendo esta la esencia del consorcio, complementariedad que se realiza independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato (Retamozo, 2018, p. 264).

Ahora bien, el artículo 13° del TUOLCE, señala sobre la participación de postores mediante consorcios:

“Artículo 13. Participación en consorcio

13.1 En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.

13.2 Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la Entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato. El contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.

13.3 Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad, conforme los criterios que establece el reglamento. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que cometió la infracción (...)” (El resaltado es agregado).

Asimismo, sobre las sanciones aplicables a los consorcios, el artículo 258° del Reglamento del TUOLCE, dispone:

“Artículo 258. Sanciones a Consorcios

258.1. Las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, contrato de consorcio, o el contrato suscrito por la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. La carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

258.2. A efectos de la individualización de la responsabilidad y conforme a lo establecido en el artículo 13 de la Ley, se consideran los siguientes criterios:

a) Naturaleza de la Infracción. Este criterio solo puede invocarse ante el incumplimiento de una obligación de carácter personal por cada uno de los integrantes del consorcio, en el caso de las infracciones previstas en los literales c), i) y k) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

b) Promesa formal de consorcio. Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz y su literalidad permita identificar indubitavelmente al responsable de la comisión de la infracción.

c) Contrato de consorcio. Este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz, no modifique las obligaciones estipuladas en la promesa formal de consorcio y su literalidad permita identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción.

d) Contrato suscrito con la Entidad. Este criterio es de aplicación cuando la literalidad del contrato suscrito con la Entidad permite identificar indubitadamente al responsable de la comisión de la infracción” (El resaltado es agregado).

Asimismo, en el numeral 7.9) de la Directiva N° 005-2019-OSCE/CD, que regula la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado, se señala que los integrantes de un consorcio se encuentran obligados solidariamente a responder frente a la Entidad por los efectos patrimoniales que ésta sufra como consecuencia de la actuación de dichos integrantes, ya sea individual o conjuntamente, durante el procedimiento de selección y la ejecución contractual.

Podemos observar que, como regla general la responsabilidad de los integrantes de los consorcios, siempre será **solidaria** entre todos sus miembros, y que las infracciones que se cometan serán imputables a cada uno de los miembros, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, se permita reconocer, sin ninguna duda, al infractor.

No obstante, sobre el criterio para individualizar la infracción en atención a la naturaleza de la infracción, la normativa invocada prescribe que solo aplica para las infracciones consistentes en: 1. Contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley; 2. Presentar información inexacta; y, 3. Suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el RNP. Esto es, solo en dichos tres supuestos será posible atribuir individualmente la comisión de una infracción a unos de los integrantes de un consorcio. Para todas las demás infracciones se deberá de realizar un análisis de lo contenido en la promesa o contrato de consorcio, o lo convenido en el contrato suscrito con la Entidad.

Es así que mediante Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE del 25 de agosto de 2017, referido a la individualización de responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, el TCE dispuso:

“(…) 2. Al respecto, si bien el artículo 13 de la Ley parte del principio general de la responsabilidad solidaria entre todos los integrantes del consorcio, se ha contemplado en dichas normas la posibilidad de que, como excepción a dicho principio, el presunto infractor pruebe que, en el caso concreto, es posible individualizar la responsabilidad entre los integrantes del consorcio por las infracciones cometidas. Una de dichas posibilidades, objeto del presente Acuerdo, es invocar la individualización de la responsabilidad en base al contenido de la promesa formal de consorcio, en el caso específico de la infracción prevista en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, cuando el documento falso o adulterado haya sido presentado como parte de la oferta.

(...)

En este contexto, individualizar debe entenderse como la posibilidad de atribuir responsabilidad administrativa sólo a uno o algunos de los integrantes de un consorcio por la comisión de una infracción; en el caso de la presentación de documentos falsos o adulterados contenidos en la oferta, implica atribuir dicha responsabilidad al integrante del consorcio que aportó los documentos cuestionados, siempre que sea posible identificarlo de manera inequívoca e indubitable, aplicándose, para tales efectos, las reglas que se explican a continuación. 3. Un primer aspecto a tenerse en cuenta para que sea posible individualizar la responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio, es que esta debe constituir un documento veraz y exacto; resultando un total contrasentido que se pretenda la individualización en base a un documento que, por sí mismo, infringe el principio de presunción de veracidad. En tal sentido, no corresponderá efectuarse la individualización de responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio no veraz, falsa o adulterada.

(...)

Ello también excluye la posibilidad de individualizar la responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio que atribuye la obligación de presentar la documentación que conforma la oferta, en una persona natural o jurídica que no sea uno de los integrantes del consorcio. La ausencia de precisión en el referido documento, que impida efectuar la individualización de la responsabilidad administrativa en uno o más de los integrantes del consorcio, constituye un hecho enteramente atribuible a los integrantes del mismo, quienes no pueden pretender que la autoridad administrativa presuma la existencia de ciertos pactos, desconocidos tanto para la Entidad como para la autoridad administrativa competente, a efectos de evaluar su responsabilidad. Considerando que, conforme al criterio que sustenta el presente Acuerdo, resulta posible introducir en la promesa formal de consorcio estipulaciones que permitan individualizar la responsabilidad entre sus integrantes por la presentación de documentación falsa o adulterada en la oferta, el hecho que no existan pactos expresos que permitan sustentar dicha individualización conlleva a aplicar la regla general contenida en el artículo 13 de la Ley, es decir la regla que implica que todos los integrantes son solidariamente responsables por tal infracción, en caso su comisión sea determinada en el respectivo procedimiento sancionador.

(...)

Es posible realizar la individualización de responsabilidad administrativa por la infracción relativa a la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, en base a la promesa formal de consorcio presentada como parte de la oferta (...).

De conformidad con el Acuerdo y la normativa citada, siempre será posible individualizar al infractor miembro de un consorcio, mientras que la naturaleza de la infracción lo permita, en aquellos supuestos establecidos; o, cuando la promesa o contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, contengan disposiciones que permitan identificar plenamente al responsable. Sin embargo, en el mismo Acuerdo, a través de un voto en discordia, vocales del TCE se encontraron en desacuerdo con la posición asumida:

“(...) debe precisarse que el mandato de individualización de la responsabilidad administrativa no constituye una causal para exceptuar, eximir o exonerar de responsabilidad administrativa, es decir, no es que el ordenamiento jurídico haya dispuesto que, dadas determinadas circunstancias, aun cuando se haya configurado una o más infracciones, por mandato expreso de la norma, no se aplicará la sanción correspondiente; sino que la individualización, conforme se advierte de la lectura de los dispositivos antes citados, tiene que ver con el tratamiento del vínculo de causalidad que debe existir entre el sujeto o los sujetos que realizaron la conducta activa u omisiva que constituye infracción sancionable y la responsabilidad que emerge de dicha conducta.

(...)

Como se puede apreciar el tipo infractor está estructurado sobre la conducta activa de “presentar documentos falsos o adulterados”, sin que se condicione o exija elementos adicionales para la configuración de la infracción más allá de la contenida por el verbo rector “presentar”, exigiéndose, al contrario, un análisis de responsabilidad objetiva del tipo infractor (pues el mismo no admite la posibilidad de justificar la conducta). En consecuencia, en el tema materia del presente Acuerdo, para efectos de individualizar la responsabilidad de cada uno de los integrantes de un consorcio o futuro consorcio, lo relevante es que se haya presentado la documentación cuestionada a la Entidad (en el caso concreto que el documento falso o adulterado obre en la oferta presentada de manera conjunta), ya sea que pertenezca a la esfera de dominio o de control de uno de sus integrantes, o a la de otras personas (ya sean integrantes o no del consorcio), pues analizar estas últimas situaciones implica analizar conductas (activas u omisivas) distintas a las de la conducta tipificada como infracción y alejarse de la responsabilidad objetiva dispuesta por la Ley para estos casos. Debe quedar claro, entonces, que, en la infracción referida a la presentación de documentación falsa o adulterada, la conducta tipificada como infracción administrativa se encuentra estructurada en función del verbo rector “presentar”; por ello, es relevante destacar que la determinación de la responsabilidad administrativa por esta conducta, no implica un juicio de valor sobre la falsificación, adulteración o el engaño, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación en sí del documento cuestionado, sin indagar sobre la autoría de la falsificación, posesión, importancia, relevancia, tramitación, obtención, aporte, procedencia, control, verificación, elaboración de la oferta, acopio o proporcionar o la pertenencia del documento falso o adulterado, ni otras conductas activas u omisivas distintas de la presentación de la documentación falsa o adulterada; por tanto, el análisis del nexo causal debe estar referido a la conducta activa de los integrantes del Consorcio de presentar documentos falsos o adulterados, que es la conducta considerada como infracción administrativa (...).”

Sobre el particular, no nos encontramos de acuerdo con lo señalado en el voto en discordia, pues los vocales **estarían confundiendo el principio de causalidad con el de culpabilidad**. En este caso, se estaría identificando al miembro que cometió la infracción, más no se estaría realizando un análisis de

culpabilidad, esto es, si es que la infracción fue cometida con dolo o culpa. No obstante, consideramos que es acertado el criterio adoptado, consistente en que, a partir de los documentos señalados en el artículo 258° del Reglamento del TUOLCE (o inclusive otros), se pueda individualizar y reconocer al administrado transgresor.

Sin perjuicio de ello, de los criterios establecidos para individualizar la responsabilidad de los miembros del consorcio, en caso se presenten documentos falsos o adulterados, si bien es cierto se reconoce que puede individualizarse la responsabilidad a través de la promesa de consorcio, lo que resulta complejo es que, para que el TCE reconozca la individualización de las responsabilidades, precisa que se debe detallar, de manera específica, a quién pertenece el documento cuestionado como falso o adulterado en la promesa de consorcio. En resumidas cuentas, si la promesa no es expresa en este punto, asignando literalmente a algún consorciado la responsabilidad de aportar el documento detectado como falso, o una obligación específica en atención a la cual pueda identificarse indubitadamente que es el aportante del documento, no procederá la individualización de la responsabilidad. Como bien se puede observar, para que proceda la individualización de la responsabilidad administrativa, es necesario delimitar las obligaciones específicas que están relacionadas con la aportación de documentos falsos o adulterados, así como especificar a quién corresponde el documento cuestionado; situación que, en la práctica, resulta improbable que se pueda detallar, considerando la cantidad de documentos que contiene una oferta. En buena cuenta consideramos que no es necesario que cada integrante del consorcio deba precisar cada documento que vaya aportar a efectos de liberarse de una posible sanción, en la medida que las ofertas contienen un gran número de documentación, pero si es posible que se valore lo contemplado en las obligaciones genéricas detalladas en la promesa de consorcio que asume cada integrante, como por ejemplo, si uno de ellos precisa que acreditará la experiencia similar al objeto de la convocatoria, no es necesario que deba detallar cada contrato que aporta como experiencia así como su constancia de cumplimiento, porque se debería entender, que si hay un documento falso en los contratos aportados debería aplicarse la sanción administrativa exclusivamente a dicho postor y no a los demás (Paredes y Pinillo, 2021, pp. 44-45).

En esencia, se debería permitir que, a partir de obligaciones genéricas, se pueda individualizar las correspondientes responsabilidades de cada uno de los integrantes del consorcio, pues resultaría imposible que se pormenore cada una de las situaciones en las que un miembro del consorcio incurrirá en determinado tipo infractor frente a la Administración Pública. Sin perjuicio de ello, recalcamos que ello esta mayormente vinculado con la aplicación del principio de causalidad, más no sobre la aplicación de la responsabilidad subjetiva. En ese sentido, adicionalmente a lo señalado en las líneas previas, una vez

individualizado al infractor de un consorcio, a partir de las obligaciones genéricas contenidas en los documentos señalados en el artículo 258° del Reglamento del TUOLCE (o inclusive otros) el TCE debería aplicar, en los casos que correspondan, el criterio de responsabilidad subjetiva.

Cabe precisar que la responsabilidad solidaria no es un supuesto de responsabilidad objetiva. Se requiere también, pues, la concurrencia de dolo o culpa del infractor. En este sentido, por ejemplo, no hay responsabilidad cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de determinadas obligaciones. Desde esta perspectiva, no parece que pueda sancionarse a la empresa que, diligentemente, trata de cumplir con sus deberes, pero que se encuentra con la oposición de los restantes sujetos obligados o sus demás consorciados (Laguna De Paz, 2020, p. 45). Sumado a ello, aun cuando el TUOLCE prevé la posibilidad de individualizar la responsabilidad en aquel integrante del consorcio que cometió la infracción, al limitar la identificación del sujeto a tres (3) documentos específicos, dejan de lado el resto de documentos que conforman la oferta presentada en el procedimiento de selección (Aguilera, 2021, p. 756).

2.4.3. Responsabilidad de la Administración Pública:

Cuando se estudió lo referido a la aplicación de sanciones en el régimen de las contrataciones del Estado, pudimos observar que de acuerdo al artículo 50° del TUOLCE, la imposición de multas es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el mencionado artículo.

Existe en el ordenamiento diversos casos de sanciones administrativas contra entidades, lo cual para algunos no generaría ningún efecto disuasivo al provenir ese pago del propio tesoro público. Sin embargo, debe entenderse que luego la Entidad debiera repetir contra los servidores responsables de las infracciones cometidas (Guzmán, 2021, p. 532).

Al pretender imponer una sanción pecuniaria a la Administración se está intentando restar del erario público para que revierta nuevamente al erario público; con ello se contravendría la finalidad aflictiva que con la imposición de multa se pretende pues no se conseguiría el efecto de detrimento y menoscabo que se lograría respecto de un patrimonio privado cuando es una persona pública la que sufre las consecuencias de su actuar ilícito y, por otra, se estaría consolidando una situación de mero trasvase de fondos entre patrimonios que tienen un denominador común, pues de ambos se predica su carácter público. Todo lo cual conduciría al absurdo. Absurdo es, en efecto, pero de esta manera se llega a la impunidad que no parece razonable. Y si bien es verdad que lo que se consigue con la multa es trasladar un capital de un erario público a otro, no

puede negarse un efecto disuasorio real. Ahora bien, para sancionar a una Administración hay que superar la exigencia de culpabilidad, pero siempre, claro es, que la infracción se haya cometido por actos de autoridades y funcionarios integrados, por tanto, en la organización pública y que, además se trate de actividades de gestión pública (Nieto, 2012, p. 412-413).

No hay duda de la posibilidad de que los entes públicos sean sancionador por otras Administraciones Públicas, puesto que las normas les son aplicables del mismo que a los particulares, de forma que, si incurren en la comisión de una infracción les ha de ser impuesta la correspondiente sanción, como consecuencia jurídica obligada (De Fuentes, 2005, p. 209).

En el particular caso de las Entidades Públicas infractoras, cuando estas actúan como proveedores de otra Administración, no hay mayor debate sobre la aplicación de sanciones. No obstante, cuando se hace referencia al aspecto volitivo de los Organismos que componen el Estado, en realidad nos encontramos ante la manifestación del principio de legalidad, pues no hay ejercicio del poder sin previa habilitación de una norma que así lo disponga. En ese sentido, al no existir una manifestación de voluntad propiamente dicha, tal como menciona Nieto, se debe de superar el principio de culpabilidad, en la medida que dicho principio requiere que se haya expresado la intencionalidad del infractor (ya sea por dolo o culpa). Es decir, en el caso de aplicación de sanciones a Entidades Públicas, en el marco del TUOLCE, solo podría aplicarse el criterio de responsabilidad objetiva, con el correspondiente deslinde de responsabilidades funcionales.

A mayor abundamiento, téngase en consideración que la acción administrativa singular debe tener una habilitación legal expresa, esto es, debe ser típica, dado que, a diferencia de los particulares, la Administración no tiene autonomía de la voluntad, sino que únicamente aplica el principio de legalidad, vale decir las potestades conferidas por Ley, la misma que a lo mucho habilita discrecionalidad, pero no otorga libertad (Huapaya, 2010, p. 123). Por tanto, dado que la Administración Pública no expresa ni emite declaraciones de voluntad propiamente dichas, sino materializa su actuar por medio del principio de legalidad, no queda otro camino que aplicar la responsabilidad objetiva.

CAPÍTULO III:

3. Análisis de las tendencias adoptadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado en la resolución de casos:

En este capítulo final, nos dedicaremos principalmente a analizar casos en materia sancionadora que haya resuelto el TCE durante el primer trimestre del año 2020. En dicho análisis identificaremos las tendencias argumentativas que

el mencionado Órgano Colegiado ha adoptado al momento de tener ante sí procedimientos sancionadores. Posteriormente, sustentaremos la inconstitucionalidad de aquellos tipos infractores en los que no se está aplicando el criterio de responsabilidad subjetiva. Luego de efectuado el mencionado estudio y a partir de los hallazgos y la estadística encontrada, plantearemos cómo la adopción del criterio de responsabilidad subjetiva, en determinados supuestos, sería una manifestación del principio y derecho a una buena administración, en la medida que permitirá a los vocales del TCE adoptar decisiones eficientes y de calidad, que beneficien a los postores al promover que se emitan resoluciones que no vulneren y tutelen el debido procedimiento, el derecho a probar, así como obtener dictámenes que cuenten con una debida motivación.

Ahora bien, sobre la primera sección del presente capítulo, corresponde realizar algunas aclaraciones previas. Al respecto, es cierto que las resoluciones que emite el TCE en materia sancionadora no son consideradas fuentes de derecho, pues se tratan de actos administrativos que agotan sus efectos con la imposición de la sanción a determinado administrado. Aunado a ello, no debe de olvidarse que cada caso posee sus propias particularidades, siendo que nunca podremos tener ante nosotros una situación similar a otra, bajo ninguna circunstancia, por lo que un criterio adoptado en una resolución aislada no podría generalizarse y emplearse en otros casos.

Cabe recalcar que el TCE interpreta de modo expreso y con alcance general las normas establecidas en el TUOLCE y su Reglamento, mediante Acuerdos de Sala Plena, los cuales constituyen precedentes de observancia obligatoria. En tal sentido, las demás resoluciones que emita no constituyen acuerdos que ostenten vinculatoriedad, sobre todo si tomamos en cuenta que el TCE resuelve las controversias que se someten a su jurisdicción, en mérito a los hechos, particularidades y análisis de cada caso en concreto y no por similitud o por analogía. Debido a ello, sólo constituyen precedentes de observancia obligatoria los Acuerdos de Sala Plena, lo que no sucedería en los pronunciamientos emitidos por dicho Colegiado a través de otras resoluciones.

Sin perjuicio de ello, consideramos sumamente importante invocar el principio de predictibilidad o de confianza legítima, recogido en el numeral 1.15) del artículo IV del Título Preliminar del TUOLPAG:

“(...) 1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas

por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”.

En relación con lo anterior debemos señalar que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 01454-2010-PHD/TC, el principio de predictibilidad versa sobre el deber de brindar a los administrados información veraz, completa y confiable, con el propósito de que puedan tener conocimiento sobre la actuación de la autoridad administrativa correspondiente (2010. Fundamento jurídico N° 8). Dicho de otro modo, se procura que el administrado tenga a su alcance toda la información necesaria respecto al procedimiento a seguir, y, por consiguiente, comprenda el resultado que obtendrá del mismo cuando esté frente a procedimientos con hechos similares.

De lo anterior se colige que para cumplir con el principio de predictibilidad en la actuación administrativa se debe exigir que las autoridades entreguen información de cada procedimiento que reúna tres criterios de calidad: información cierta, información completa e información confiable. El objetivo claro de lo anteriormente referido implica generar en los administrados la expectativa razonablemente fundada sobre cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho y se retire cualquier riesgo de incertidumbre sobre la manera en que será tramitada y resuelta la situación sometida a la decisión gubernativa. El objeto del principio es que los administrados a partir de la información disponible puedan saber a qué atenerse. Este principio constituye el reflejo en el ámbito de las relaciones administrativas del principio de seguridad jurídica (Morón, 2019, p. 133).

De acuerdo con nuestro Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 0016-2002-AI/TC, el precitado principio se materializa a través del principio seguridad jurídica, el cual transita todo el ordenamiento, siendo que su reconocimiento es implícito en nuestra Constitución, aunque se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2°, inciso 24, parágrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la Ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2°, inciso 24, parágrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la Ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la Ley") y 139°, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la Ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación") (2003. Fundamento jurídico N° 4).

En ese sentido, al estudiar de las tendencias que adoptó el TCE en materia sancionadora durante el primer trimestre del año 2020, no estaremos revisando casos aislados que no representan fuente de derecho, sino que, a partir de la aplicación del principio de predictibilidad y confianza legítima, identificaremos las inclinaciones que tiene dicho Tribunal al momento de resolver.

3.1. Estudio de las tendencias del Tribunal de Contrataciones del Estado, adoptadas en la resolución de casos en materia sancionadora, durante el primer trimestre del año 2020:

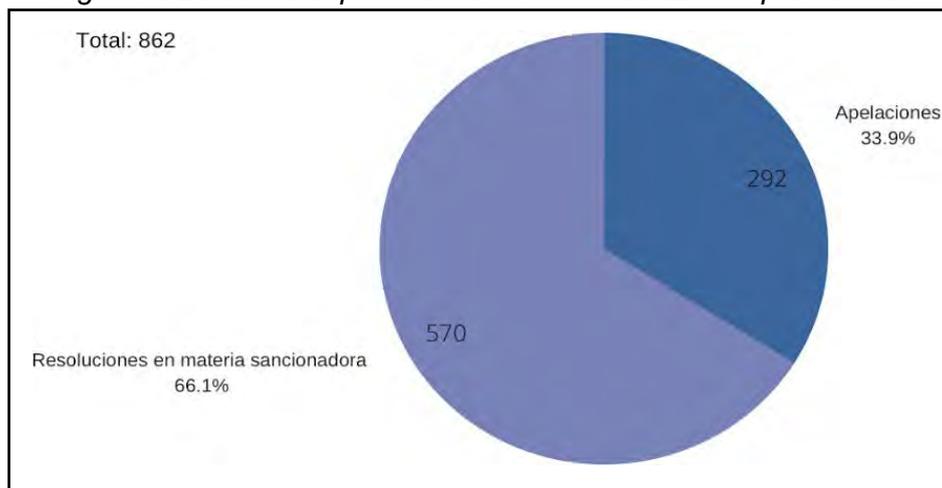
Como ya lo hemos venido adelantando en los dos capítulos previos, en el presente apartado nos abocaremos al análisis de las tendencias abordadas y asumidas por el TCE en los casos en materia sancionadora que dicho Órgano ha resuelto durante el primer trimestre del año 2020⁶.

Si bien la muestra puede parecer que no abarque un universo amplio, pues solo durante el año 2020 se emitieron en total dos mil setecientos ochenta y tres (2783) resoluciones, lo cierto es que a partir de esta se puede identificar el método, la argumentación y los criterios que usualmente emplea el TCE al momento de resolver determinados casos. En ese sentido, a continuación, se describirá algunos datos relevantes a tener en cuenta sobre la muestra analizada, la cual abarca un total de ochocientas sesenta y dos (862) resoluciones emitidas entre enero y marzo de 2020.

Del total de las mencionadas resoluciones, se ha diferenciado las que han resuelto recursos de apelación, de los casos sobre procedimiento sancionador, resultando un total de quinientos setenta (570) resoluciones en materia sancionadora y doscientos noventa y dos (292) referidas a apelaciones:

⁶ Respecto a las características de la muestra, esta es una del tipo “intencionada”. Esta muestra es aquella que el investigador selecciona según su propio criterio, sin ninguna regla matemática o estadística. El investigador procura que la muestra sea lo más representativa posible, para ello es necesario que conozca objetivamente las características de la población que estudia. El investigador procede a seleccionar en forma intencional y aleatoria, eligiendo aquellos elementos que considera convenientes y crea que son los más representativos (Carrasco, 2005, p. 243).

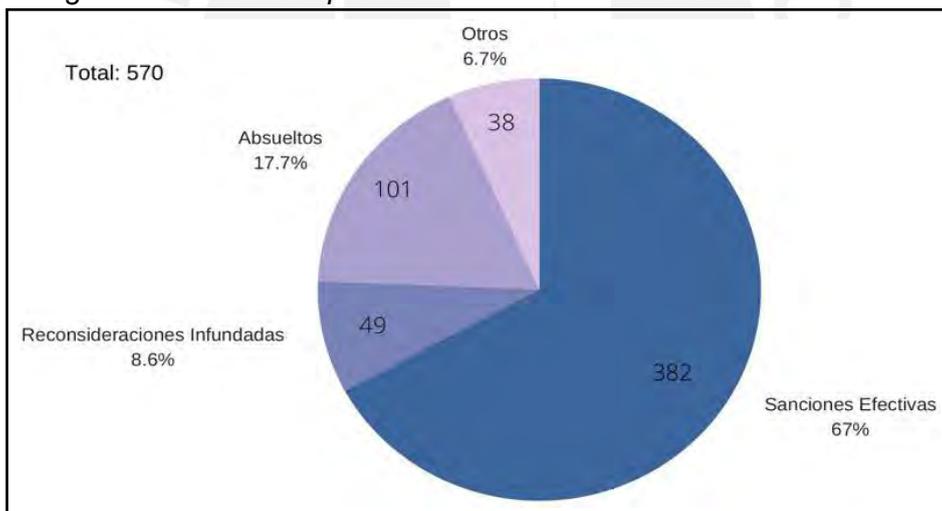
Figura 5: Distribución porcentual de casos analizados por materia



Elaboración propia

Esto es, entre enero a marzo de 2020, el TCE ha emitido quinientos setenta (570) resoluciones sobre materia sancionadora. Este universo de resoluciones sobre cuestiones referidas al ejercicio de la potestad sancionadora, ha sido disgregado de la siguiente manera:

Figura 6: Distribución porcentual de casos en materia sancionatoria



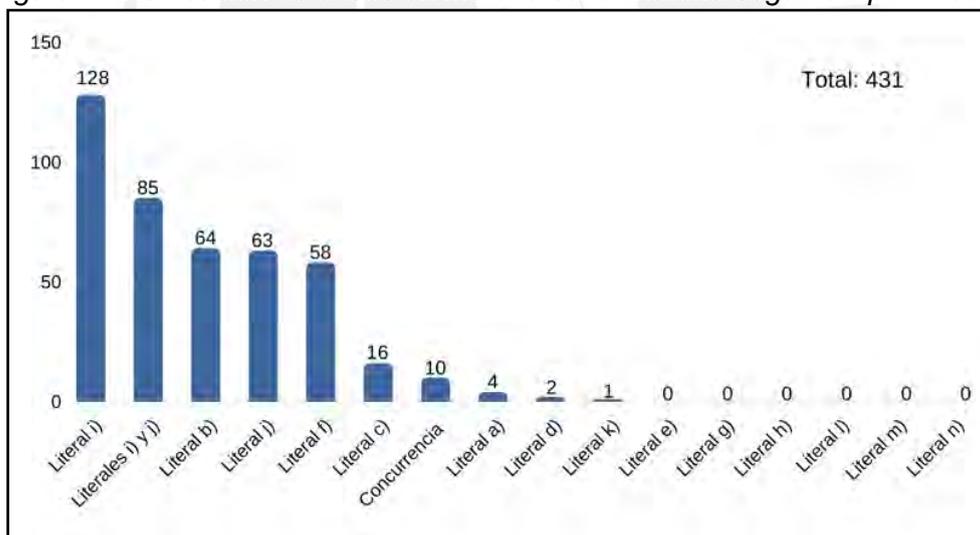
Elaboración propia

En la presente gráfica se puede observar que, del total de resoluciones emitidas por el TCE en materia sancionadora, la mayor parte son de aplicación efectiva de sanciones, pues arrojan un total de trescientos ochenta y dos (382) resoluciones. En segundo lugar, se encuentran aquellos casos en los que el administrado, pese a estar incurso en un procedimiento sancionador, fue absuelto, representando dicho rubro un total de ciento un (101) resoluciones. Luego tenemos aquellos casos en los que el administrado interpuso un recurso de reconsideración en contra de lo resuelto por el TCE, es decir, en contra de la sanción que se le impuso, que luego fue declarado infundado. Sobre el particular, representan un total de cuarenta y nueve (49) resoluciones. Recordemos que de acuerdo al artículo 269° del Reglamento del TUOLCE, contra lo resuelto por el

TCE, en un procedimiento sancionador, el administrado se encuentra facultado para interponer un recurso de reconsideración. Finalmente, nos encontramos con el rubro de otros, que comprenden un grupo de treinta y ocho (38) resoluciones. Este campo abarca las siguientes situaciones: (i) declaraciones de nulidad de oficio; (ii) declaraciones de prescripción; (iii) reconsideraciones fundadas; (iv) atención de solicitudes de aplicación de retroactividad benigna; (v) atención de solicitudes de aplicación del principio de non bis in ídem; (vi) aclaraciones; y, (vii) suspensión del procedimiento sancionador.

Ahora bien, del total de trescientos ochenta y dos (382) resoluciones que comprende sanciones efectivas; y, las cuarenta y nueve (49) resoluciones que resolvieron declarar infundado los recursos de reconsideración interpuestos por el administrado, se tiene que, el TCE en el primer trimestre del año 2020, entre la imposición de sanciones en sentido estricto y su correspondiente confirmación por medio de la resolución de recursos de reconsideración, declarando estos infundados, ha emitido la suma total de 431 (cuatrocientos treinta y un) resoluciones. Este conjunto de resoluciones ha versado sobre los diferentes tipos infractores contemplados en el TUOLCE; no obstante, se podrá apreciar una clara preponderancia de algunos tipos infractores sobre otros. Veamos la distribución de este grupo en el siguiente cuadro:

Figura 7: Distribución de casos en materia sancionatoria según el tipo infractor



Elaboración propia

Claramente la mayor carga procesal recae sobre aquellos tipos infractores vinculados a la presentación de información inexacta, presentación de información falsa, el no perfeccionamiento injustificado del contrato y la resolución del contrato imputable al contratista. Como contrapartida de ello, podemos observar que la menor carga se encuentra en el resto de tipos infractores, llegando incluso a advertirse que tenemos seis tipos infractores sin ninguna resolución que los haya tratado o abordado.

Y es que no es un problema de la muestra estudiada en el presente trabajo, conforme se podrá apreciar a continuación en relación a aquellos tipos infractores que no han tenido ningún caso durante el primer trimestre del año 2020. Ello de acuerdo al buscador virtual de resoluciones del TCE⁷:

- Sobre el literal e), que establece como infracción el incumplir la obligación de prestar servicios a tiempo completo como residente o supervisor de obra, la única resolución emitida al respecto es la N° 0566-2020-TCE-S3 del 17 de febrero de 2020, y que forma parte de la muestra, pero en la que el TCE declaró absolver al administrado y no ha lugar a la imposición de sanción. No obstante, dicha resolución será objeto de análisis en el presente apartado.
- Sobre el literal g), referido a no proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la Entidad, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en vía arbitral, durante el año 2020 solo se emitió una resolución que aborde dicho tipo infractor. Tal resolución es la N° 2476-2020-TCE-S1 que, si bien no forma parte de la muestra, será estudiada en el presente acápite.
- En relación al literal h), que regula la infracción vinculada a negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, según el buscador de resoluciones del TCE, durante el año 2020 no se resolvió ningún caso sobre la materia. No obstante, analizaremos una Resolución emitida durante el año 2022, para poder contar con la mayor evidencia posible.
- Una situación similar ocurre con el literal l), infracción concerniente a perfeccionar el contrato, luego de notificada en el SEACE la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el OSCE en el ejercicio de sus funciones. De acuerdo al buscador empleado, en el año 2020 no se emitieron resoluciones que versaran sobre tal asunto. Asimismo, no se ha encontrado algún caso respecto a dicho tipo infractor en años anteriores o posteriores.
- Del mismo modo, respecto al literal m), relativo a formular fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos con omisiones, deficiencias o información equivocada, o supervisar la ejecución de obras faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, ocasionando perjuicio económico a las

⁷ Dicho buscador se encuentra en el siguiente enlace: <https://www.gob.pe/institucion/osce/colecciones/716-resoluciones-del-tribunal-de-contrataciones-del-estado>

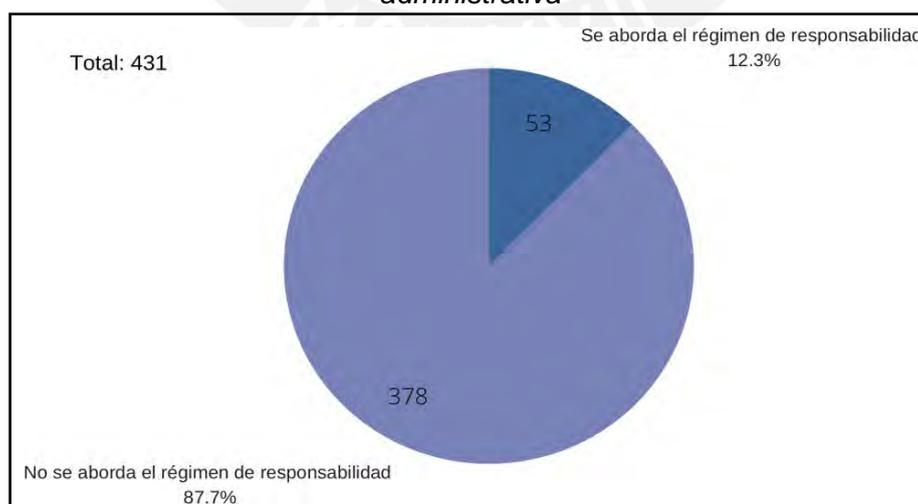
Entidades, no hay data sobre el particular durante el año 2020. No obstante, analizaremos una Resolución emitida durante el año 2022, para poder contar con la mayor evidencia posible

- Finalmente, en lo referido al literal n), acontece un escenario bastante similar a los previos. Esta infracción consistente en presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, no cuenta con ninguna resolución emitida durante el año 2020. No obstante, analizaremos una Resolución emitida durante el año 2021, para poder contar con la mayor evidencia posible

Nótese que no es un problema de la muestra que no se hayan expedido resoluciones sobre determinados tipos infractores, todo lo contrario, los casos analizados en la presente investigación que fueron emitidos durante el primer trimestre del 2020, son un claro ejemplo de que nos encontramos ante una clara tendencia sobre la carga de casos que resuelve el TCE, consistente en que un gran porcentaje de estos casos (por no decir la mayoría) representa los ya mencionados tipos infractores de presentación de información inexacta, presentación de información falsa, el no perfeccionamiento injustificado del contrato o la resolución del contrato imputable al contratista.

Dicho esto, y aterrizando la data identificada al tema de investigación, corresponde plantearnos la siguiente interrogante: ¿Cuántos de los cuatrocientos treinta y un (431) resoluciones sobre materia sancionadora han abordado el régimen de responsabilidad administrativa? A continuación, podremos apreciar dicha información:

Figura 8: Casos en los que se abordó o no el régimen de responsabilidad administrativa



Elaboración propia

De un total de cuatrocientos treinta y un (431) resoluciones, solo en cincuenta y tres (53) se ha abordado la temática concerniente a la responsabilidad objetiva y subjetiva. Más sorprendente aún es que, de esa suma, cuarenta y ocho (48) tratan sobre la presentación de información falsa o inexacta. Aun cuando los datos podrían reflejar una situación un tanto desalentadora, lo cierto es que, si bien se dará preponderancia a aquellas resoluciones en las que se haya abordado el régimen de responsabilidad, ello no obsta a que también se recurran a otras resoluciones que formen parte de la muestra y en las que no se haya discutido el aludido régimen. Dicho esto, en las siguientes líneas realizaremos un estudio de las tendencias asumidas por el TCE al momento de resolver casos sobre los diversos tipos infractores que recoge el TUOLCE y su vinculación con el tipo de responsabilidad aplicable, sea este subjetiva u objetiva.

Sin perjuicio de lo indicado, previamente a iniciar el análisis de casos, se debe tener en cuenta que la finalidad de esta sección, no es la de ahondar sobre la naturaleza, concepto y características de cada tipo infractor, pues ello se llevó a cabo en el numeral 2.3 de la presente investigación. En tal sentido, en las próximas líneas abordaremos directamente las evidencias halladas en los casos más relevantes identificados en la muestra, así como los criterios adoptados por el TCE al momento de resolver y si estos tienen o no vinculación con el régimen de responsabilidad. El total de casos a analizar será de cincuenta. Cabe precisar que la elección de casos, así como el resumen de los hechos y los fundamentos más relevantes de los mismos, se encuentran detallados en el Anexo Único de la presente investigación.

a) Resoluciones sobre desistirse o retirar injustificadamente su oferta:

Para empezar con el análisis de los casos antes descritos, no debemos perder de vista que, en la actualidad, el tipo infractor contenido en el literal a) del numeral 1) del artículo 50° del TUOLCE, se ciñe a la responsabilidad subjetiva, esto es, se debe de analizar si medió dolo o culpa por parte del presunto infractor.

Ahora bien, en las resoluciones reseñadas en el Anexo Único, se observa que el TCE toma muy en cuenta ello, toda vez que al momento de analizar los hechos de cada caso efectúa un examen de dos elementos relevantes: i) que exista evidencia expresa de que el postor haya comunicado o manifestado el desistimiento o retirado su oferta; y, ii) que dicho desistimiento haya sido injustificado. Para determinar que el comportamiento ha sido injustificado, el TCE emplea las figuras del caso fortuito y fuerza mayor. En concordancia con ello, el TCE también efectúa una distinción entre la imposibilidad física y la jurídica. En relación a la primera se puede observar que representa un obstáculo momentáneo o permanente que inhabilita al Adjudicatario, de modo que se vea materialmente imposibilitado de efectuar cierta actividad. Respecto a la imposibilidad jurídica está asociada con la degradación o disminución, también momentánea o permanente, de la capacidad jurídica para el correcto ejercicio de derechos o el debido cumplimiento de obligaciones.

Esto es, para que se evite la aplicación de sanción y la consecuente absolución, el adjudicatario debe haber exteriorizado que retirará su oferta; y, que tal retiro se debe a situaciones que no se encuentran bajo su control. De no acreditarse ello, estaríamos ante una situación en la que el postor no demostró un comportamiento diligente.

Por tales razones, queda claro porque en la normativa en materia de contrataciones del Estado, se optó por aplicar a este tipo infractor el régimen de responsabilidad subjetiva, toda vez que, existe la posibilidad de que los administrados demuestren que actuaron diligentemente y que, por factores externos no imputables a ellos, se encontraron impedidos de mantener su oferta. Cabe precisar que, en la muestra analizada, no se encontró ningún caso en el que se haya absuelto a algún postor por la comisión de este tipo infractor.

b) Resoluciones sobre el no perfeccionamiento injustificado del contrato:

Al igual que el tipo infractor analizado previamente, al literal b) del numeral 1) del artículo 50° del TUOLCE, se le aplica el régimen de responsabilidad subjetiva. En ese orden de ideas, la tendencia y criterios empleados por el TCE para este tipo de casos son también bastante similares, toda vez se efectúa la misma distinción entre imposibilidad física y jurídica. Recordemos que la imposibilidad física tiene lugar cuando existe una traba momentánea o permanente, que inhabilita materialmente al adjudicatario, a llevar a cabo determinada actividad. Por su lado, la imposibilidad jurídica tiene relación con la restricción, también momentánea o permanente, de la capacidad jurídica.

Vale resaltar que, en ambos tipos infractores, el término relevante es **“injustificadamente”**, por el que se entiende que, en tanto el administrado tenga razones fundadas de que actuó diligentemente y sin mediar dolo y/o culpa, corresponderá que el TCE declare no ha lugar a la imposición de sanción y lo absuelva de toda responsabilidad. Un claro ejemplo de ello es la última Resolución analizada, en la cual el adjudicatario se encontró imposibilitado de perfeccionar el contrato debido a que, luego de que se le otorgó la buena pro, el Poder Judicial dejó sin efecto una medida cautelar que suspendía la sanción de inhabilitación temporal impuesta también por el TCE, durante el año 2014. Claramente se trata de un caso que no se encuentra en la esfera de dominio del administrado y que configuraría un eximente, siendo ello una causa de exoneración (o de inimputabilidad) de responsabilidad. Esto es, se trata de una situación equivalente a la noción de ausencia de culpa.

Cabe señalar que, si bien hay similitudes entre ambos tipos infractores, pues los fundamentos empleados por el TCE al momento de resolver son bastante semejantes, corresponde precisar que el literal a) puede imputarse a cualquier postor luego de que haya efectuado la presentación de su correspondiente oferta, incluso de forma previa al otorgamiento de la buena pro, siempre que

manifieste expresamente que retira la misma. En cambio, el literal b) solo se configurará **una vez otorgada la buena pro** y solo podrá ser aplicada al ganador de esta, en caso no cumpla con su obligación de suscribir el contrato; o, como hemos podido ver, si es que no se presenta la documentación obligatoria para tal fin.

c) Resoluciones sobre contratar estando impedido:

De los casos revisados podemos observar que para el tipo infractor contenido en el literal c) del numeral 1) del artículo 51° del TUOLCE, el TCE tiende a verificar dos requisitos esenciales: (i) que el postor presuntamente infractor haya suscrito efectivamente un contrato; y, (ii) que, al momento de la celebración de dicho acto, el referido postor se haya encontrado inmerso en uno de los impedimentos dispuestos en el artículo 11° del mismo cuerpo normativo.

Sumado a ello, el TCE manifiesta que el objetivo del tipo infractor bajo estudio, es el salvaguardar los principios de concurrencia y competencia dentro de todo proceso de contratación, ello con el fin de evitar cualquier tipo de intromisión, prebenda, preferencia, o conflicto de interés de ciertos postores y administrados que, en atención a las funciones o labores que cumplen o cumplieron en el pasado, o por algún tipo de relación particular que mantenga o haya mantenido (el caso de familiares hasta cierto grado, por ejemplo), podrían generar fundados cuestionamientos y dudas razonables sobre la objetividad e imparcialidad con la que se conducirá la tramitación del procedimiento de selección.

Cabe resaltar también lo señalado por el TCE sobre el manejo de información privilegiada y la ostentación de poder de decisión. Al respecto, no debemos perder de vista la función principal de los impedimentos en el TUOLCE, la cual es velar por la protección de la competencia y concurrencia en todos los procedimientos de contratación. Ello implica que todos aquellos postores y potenciales contratistas se encuentren en igualdad de condiciones al momento de presentarse a un procedimiento de selección. Permitir participar a un funcionario que realiza tareas de dirección y que esté involucrado con la Entidad convocante, daría lugar a la vulneración de los principios señalados, pues dichos servidores públicos tienen acceso a información que los demás postores no; además, por su poder de decisión dentro de determinado Organismo Público, se generarían serios cuestionamientos sobre la objetividad con la que se estaría manejando cierto proceso de contratación.

Sin perjuicio de lo señalado, y aterrizando el tipo infractor al régimen de responsabilidad, llama poderosamente la atención que en la muestra analizada en ninguno de los casos estudiados respecto al literal c) del numeral 1) del artículo 51° del TUOLCE, se hace referencia a la responsabilidad objetiva o subjetiva, ni al principio de culpabilidad. Es más, los imputados ni siquiera lo invocan. Creeríamos que existen motivos fundados para ello, pues en el presente caso, y a diferencia de los dos tipos infractores previos, no podríamos señalar que se generó un impedimento de forma sobrevenida o subrepticamente.

Nos encontramos ante una situación en la que el administrado o está impedido para contratar con el Estado o no lo está. No se trata de una circunstancia que podría admitir matices o el empleo de criterios como el caso fortuito o fuerza mayor. No se puede argüir que un postor se encontró impedido por una situación que no le es imputable, por un hecho de la naturaleza o por hechos de terceros. La constatación que efectúe el TCE será sobre una **situación objetiva**⁸. Por ello, el mínimo de diligencia exigida para esta situación implicaría que el postor previamente a la firma del contrato (pues no olvidemos que, para el TCE, un requisito indispensable para la configuración del tipo infractor es la firma efectiva del contrato) verifique si se encontraba sumido en algún impedimento dispuesto en el artículo 11° del TUOLCE.

Tenemos ante nosotros una eventualidad que no admitiría escala de grises. Quien firme un contrato a sabiendas de estar impedido para ello, estaría procediendo de mala fe; o, quien oficiosamente no realice la labor de haber validado que no se encontraba impedido, demostraría su falta de debida diligencia. En ese sentido, no parecería correcto aplicar la responsabilidad subjetiva en este tipo infractor, toda vez que no existe margen para evaluar dolo o culpa, o intencionalidad o debida diligencia del autor para la determinación de responsabilidad, pues bastaría con verificar que el administrado firmó el contrato aun cuando estaba impedido para ello. En ese sentido, es el criterio de responsabilidad objetiva el más compatible para la atribución de este tipo infractor, pues bastaría con la sola comisión del mismo para la correspondiente aplicación de una sanción.

Ahora, puede suceder que el postor ganador de la buena pro haya presentado los documentos obligatorios para la firma del contrato y que, repentinamente, luego de ello, se haya generado un impedimento conforme al artículo 11° del TUOLCE. En ese caso, lo que correspondería es que el postor actúe de buena fe y comunique esta circunstancia a la Entidad contratante, teniendo como consecuencia que se inicie un procedimiento sancionador por no suscribir el contrato (literal b) del numeral 1) del artículo 50° del TUOLCE), en el cual, muy probablemente se exima de responsabilidad al postor pues se habría encontrado ante una situación sobrevenida que resultó en una imposibilidad jurídica, la misma que no le permitió suscribir el contrato.

d) Resoluciones sobre subcontratación:

El hecho o acción de subcontratar implica trasladar a terceros que no forman parte de determinada relación jurídica, la ejecución de ciertas prestaciones. Es así que, para evitar este tipo de situaciones el TUOLCE ha limitado la posibilidad

⁸ Cuando señalamos la expresión “situaciones objetivas”, el lector no debe confundirla con el criterio de responsabilidad objetiva. Cuando mencionamos estas situaciones objetivas, estamos haciendo referencia a circunstancias concretas de mera verificación o constatación, donde no es posible efectuar un juicio de valor.

de recurrir a la figura de la subcontratación. Tales limitaciones tienen como finalidad el no socavar el objetivo de los procedimientos de selección, el cual es la elección del mejor postor en términos económicos y técnicos. El permitir la subcontratación sin ningún tipo de restricción podría dar lugar a que el contratista originalmente seleccionado sea suplantado en su totalidad por una empresa ajena que no participo en dicho procedimiento competitivo.

En base a lo señalado, es que el TCE para la configuración del presente tipo infractor señala que necesariamente deben acontecer algunas de las siguientes situaciones: (i) El contratista subcontrató sin contar con autorización previa y escrita de la Entidad; (ii) El contratista subcontrató por encima del 40% del monto del contrato original; o, (iii) El subcontratista no tenía inscripción vigente en el RNP, o se encontraba impedido o inhabilitado para contratar con el Estado.

Cabe recalcar que para que la subcontratación tenga lugar válidamente en materia de contrataciones del Estado, se requiere el inicio de un trámite ante la Entidad contratante. La solicitud presentada debe ser respondida en el plazo de cinco (5) días hábiles y ante la ausencia de respuesta de la Entidad, se aplicará la figura de silencio negativo. Aunado a ello, debe tenerse en cuenta que no será posible subcontratar prestaciones esenciales del contrato, ni por montos que sobrepasen el 40% del contrato original.

Vale precisar que, del análisis del segundo caso, se desprende que, aun cuando los documentos del procedimiento habiliten y permitan la subcontratación de ciertas prestaciones, el contratista se encuentra en la obligación de recorrer todo el trámite normativo para la obtención de la aprobación para subcontratar de parte de la Entidad contratante.

En lo concerniente al régimen de responsabilidad en materia sancionadora, en el presente tipo infractor ocurre algo similar a lo ya reseñado en el apartado previo. No se puede argumentar que, de forma sobrevenida, se subcontrató sin autorización de la Entidad; por encima del 40% del monto original; o, que se desconocía que el subcontratista no tenía inscripción vigente en el RNP, o se encontraba impedido o inhabilitado para contratar con el Estado. Tampoco se puede indicar que existió justificación alguna en tales situaciones, pues el mínimo de diligencia exigida para este supuesto implicaría que el presunto infractor haya efectuado una solicitud ante la Entidad y recibido una respuesta; que verifique que el monto subcontratado no supere los porcentajes establecidos; o, que su subcontratista cuente con la capacidad jurídica exigida para contratar con el Estado (verificación que podría realizar en las páginas web habilitadas por el OSCE para tal fin).

Nos encontramos nuevamente ante situaciones objetivas que no ameritarían un análisis desde la óptica de la responsabilidad subjetiva, pues recordemos que para este tipo de criterio se analiza la intencionalidad o ausencia de diligencia del presunto autor para determinar si, en efecto, ha cometido la infracción imputada. En el caso concreto del tipo infractor estudiado, no podría ser viable

manifestar que no existió intencionalidad o que se actuó diligentemente para que el administrado sea eximido de la aplicación de responsabilidad. No resultaría lógico que se arguya que no tuvo intencionalidad de no solicitar la aprobación de la subcontratación; o que actuó diligentemente al comprobar los límites porcentuales establecidos, o que verificó que su subcontratista contaba con la habilitación legal para contratar con el Estado. Como ha sucedido en el caso anterior son situaciones puntuales que no admiten matices, que **son de mera constatación**. Por tanto, no correspondería que para el tipo infractor bajo análisis se aplique la responsabilidad subjetiva.

e) Resoluciones sobre incumplir la obligación de prestar servicios a tiempo completo como residente o supervisor de obra:

La Resolución bajo análisis fue la única emitida durante el año 2020 que abordó el tipo infractor consistente en la prohibición expresa de que el supervisor de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra. No obstante, cabe tener en cuenta lo expuesto por el TCE, en lo que respecta a que, cuando estaba vigente el Decreto Legislativo N° 1341, la sanción era aplicable al contratista que incurrió en la referida infracción. En cambio, luego de la modificación efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1444, se hizo la precisión de que la sanción sería aplicable al profesional designado como residente o supervisor de obra, y ya no al contratista. Ello es una manifestación del principio de **causalidad**, consistente en aplicar la sanción a quien efectivamente la cometió.

Sin perjuicio de ello, de acuerdo con lo apuntado en la Opinión N° 021-2014/DTN, en la normativa de contrataciones del Estado se establece que en la ejecución de una obra pública se debe contar con un inspector o supervisor de obra de modo permanente y directo. El supervisor puede ser una persona natural o jurídica contratada por la Entidad para ejercer el control permanente y directo de la obra, previo procedimiento de selección. En caso de ser una persona jurídica, debe designar al profesional que se encargará de la supervisión. En ese sentido, el supervisor debe ejercer el control de manera permanente y directa durante la ejecución de la obra. Cabe precisar que, por el término “permanente” debe entenderse que el profesional designado como supervisor debe estar en el lugar de la obra durante todo el periodo de ejecución de la misma. Por el término “directa” debe entenderse que el profesional designado como supervisor debe realizar sus funciones personalmente, sin intermediarios. De esta manera, cuando el supervisor sea una persona jurídica, esta podrá supervisar varias obras simultáneamente, siempre que el profesional designado para realizar la labor de supervisión sea distinto en cada obra. En cambio, cuando el supervisor sea una persona natural, esta deberá realizar por sí misma las labores de supervisión, y, por tanto, no podrá supervisar más de una obra a la vez, a menos que en su propuesta haya designado a otro profesional como supervisor. En cualquiera de estos casos, el profesional que realice la labor de supervisión no podrá supervisar más de una obra simultáneamente (2014).

En tal sentido, como viene ocurriendo en el análisis de los tipos infractores previamente estudiados, la configuración de la infracción contenida en el literal e) del numeral 1) del artículo 51° del TUOLCE, responde a una situación objetiva, esto es, que el profesional designado para llevar a cabo las labores de residente o supervisor de obra, ejecute sus trabajos en más de una obra. Ello sobre todo por la imposibilidad física referida a que tal profesional no pueda estar en dos lugares al mismo tiempo. Por tanto, un residente o supervisor de obra incurso en un procedimiento sancionador por la comisión de la infracción bajo análisis, no podría alegar que realizó labores en dos o más obras, sin intencionalidad o que tuvo la debida diligencia cuando incurrió en dicha falta.

En ese orden de ideas, la modificación efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1444 es bastante pertinente, en tanto que se cambió al sujeto de imputación de la infracción, pues ahora esta recae sobre el profesional designado por el contratista, y ya no sobre el contratista propiamente dicho. Ello es bastante plausible en términos de tutela de las garantías implícitas del debido procedimiento y en aplicación del principio de causalidad, pues con el criterio anterior se exigía un nivel de diligencia muy elevado al contratista, ya que podría ocurrir que el residente o supervisor de obra ejecute labores en más de una obra y no lo comunique o lo oculte, sin que exista una forma de que el contratista pueda verificar ello.

Si el análisis del tipo infractor hubiese recaído en el marco del Decreto Legislativo N° 1341, la recomendación en el presente apartado sería que el criterio de responsabilidad fuese subjetivo, toda vez que existirían casos en los que el contratista habría actuado sin intencionalidad o con la debida diligencia para comprobar que su residente o supervisor de obra no se encontraba laborando en más de una obra. Un claro ejemplo de ello es el expuesto previamente, consistente en que el residente o supervisor de obra no comunicó u ocultó al contratista que efectuaba sus funciones más de dos lugares. Exigir que el contratista este en constante supervisión de tal situación es **requerir estándares de diligencia demasiado elevados**.

Sin perjuicio de lo esbozado, y en aplicación de la modificatoria efectuada mediante Decreto Legislativo N° 1444, que ahora sanciona al profesional y ya no al contratista, resulta razonable que el criterio adoptado sea el de responsabilidad objetiva.

f) Resoluciones sobre resolución del contrato imputable al contratista:

De acuerdo a los argumentos esbozados por el TCE, se tiene que, para la configuración de la infracción bajo análisis, es imprescindible que la Entidad haya resuelto efectivamente el contrato, cumpliendo el procedimiento establecido en el Reglamento del TUOLCE. En tal sentido, se debe constatar los siguientes dos requisitos: (i) Que se haya acreditado que el contrato haya sido resuelto por

causa atribuible al contratista, de conformidad con la Ley y el Reglamento vigentes; y, ii) Debe comprobarse que la decisión de resolver haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

Sobre el primer presupuesto, es necesario que las comunicaciones que remita la Entidad, sean por conducto notarial. Asimismo, se requiere que previamente a efectuar la resolución: i) La Entidad haya exigido previamente el cumplimiento de las obligaciones contractuales dentro del plazo establecido en la normativa; y, ii) Que el requerimiento de cumplimiento de las obligaciones contractuales se efectúe bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Vale mencionar que, aun cuando se hayan generado incumplimientos contractuales efectivos, si la Entidad no resolvió el contrato aplicando el debido procedimiento establecido en la normativa correspondiente, la conducta no podría ser pasible de sanción.

Respecto al segundo requisito el TCE debe verificar que no se haya solicitado el inicio de un proceso conciliatorio o arbitral; que el contratista haya efectuado la solicitud de manera extemporánea; o, aun cuando se hubiesen activado los mencionados mecanismos de solución de controversias, se haya confirmado la decisión de la Entidad de resolver el contrato. Esto es, que la decisión de la Entidad de resolver el contrato haya quedado consentida o firme.

Cabe precisar que cuando la resolución se haya efectuado de manera automática por la acumulación del monto máximo permitido por aplicación de penalidades (10% del monto contractual), no será necesario que se haga un requerimiento previo, pudiendo enviarse la resolución del contrato de manera directa.

Asimismo, si se comprueba que la resolución del contrato está siendo controvertida en un proceso conciliatorio o arbitral, el TCE deberá suspender el procedimiento sancionador, hasta que se haya emitido una decisión definitiva sobre el particular.

Ahora bien, en lo concerniente al régimen de responsabilidad en materia sancionadora, una vez más nos encontramos ante la verificación de una situación objetiva. En este tipo infractor, el TCE solo se debe limitar a constatar que la Entidad cumplió con el procedimiento establecido en el Reglamento del TUOLCE para la resolución del contrato. Asimismo, debe comprobarse que la resolución no haya quedado consentida o firme. De verificar que se encuentra en trámite un proceso conciliatorio o arbitral, corresponderá suspender el procedimiento sancionador.

Se puede apreciar que el TCE no entra a verificar cuestiones de fondo sobre la resolución del contrato, esto es, si en efecto, fue responsabilidad del contratista que se haya producido la resolución del contrato, por el incumplimiento injustificado de sus obligaciones. Ello será competencia exclusiva de los fueros

correspondiente, ya sea en la vía conciliatoria o arbitral. La labor del TCE será, antes que nada, **procedimental**. Si verifica que se hayan cumplido con los presupuestos detallados previamente, entonces aplicará la sanción. Si, por ejemplo, mediante un laudo arbitral o acta de conciliación, se dispone la no responsabilidad del contratista, entonces absolverá al mismo. Y si en caso constata que, una vez iniciado el procedimiento sancionador, se encuentra en curso y activado uno de los referidos mecanismos de resolución de controversias, entonces deberá suspender dicho procedimiento.

En ese orden de ideas, no podría considerarse viable la aplicación de la responsabilidad subjetiva al caso concreto, ya que no existe margen de apreciación sobre la intencionalidad o no de determinado presunto infractor de haber provocado la resolución del contrato, pues ello no es competencia del TCE.

g) Resoluciones sobre no proceder al saneamiento de los vicios ocultos:

Conforme se puede observar de la fundamentación del TCE, el tipo infractor objeto de estudio se materializará si confluyen las siguientes premisas: (i) que la existencia de los vicios ocultos haya sido admitida por el contratista o, en todo caso, declarados en vía arbitral; (ii) que la Entidad haya realizado el requerimiento correspondiente al contratista, para que este último proceda con el saneamiento de dichos vicios ocultos; y, (iii) que el contratista no ejecute el saneamiento de los vicios ocultos, pese a su reconocimiento y/o determinación de responsabilidad en la vía arbitral.

Como ocurre en el caso anterior, nos encontramos de nuevo con la constatación de situaciones objetivas previamente a que el TCE proceda con la aplicación o no de sanción. La única diferencia es que, en este caso, el TCE sancionará en la medida que se verifiquen los tres requisitos detallados previamente. Si se diese la ausencia de uno de estos presupuestos, el TCE no podría aplicar la sanción correspondiente. Estamos ante una situación en la que no es posible que el TCE haga una apreciación sobre cuestiones de fondo, esto es, si es que existió responsabilidad o no en la imputación y consiguiente subsanación de vicios ocultos, pues ello le compete al fuero arbitral; o, en todo caso, corresponde al mismo contratista asumir expresamente o no la responsabilidad por tales defectos.

En tal sentido, dado que la verificación que efectúa el TCE sobre este tipo infractor, solo debe consistir en la constatación de tales tres requisitos, no se podría aplicar criterios de intencionalidad o debida diligencia, ergo, tampoco la responsabilidad subjetiva.

h) Resoluciones sobre negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago:

El presente tipo infractor es el tercero en el que el TUOLCE permite la aplicación de la responsabilidad subjetiva. Ello en la medida que permite que el contratista demuestre si existió justificación para que incumpla con las obligaciones a su cargo, que debían ejecutarse de manera posterior al pago. Asimismo, el TCE señala que deben concurrir tres requisitos esenciales para que se pueda sustentar la comisión de dicha infracción, los cuales son: i) La existencia de obligaciones contractuales que tendrían que haber llevado a cabo y cumplido, pero de forma posterior a al pago ii) La realización de un requerimiento al contratista para que este proceda con el cumplimiento de dichas obligaciones pendientes; y, iii) Que la negativa del contratista a cumplir con tales obligaciones, no cuente con justificación alguna.

Se puede observar que, en el presente caso, a diferencia del anterior, el espectro de apreciación del TCE es mucho mayor, pues no se limita a constatar situaciones objetivas, como lo son los dos primeros requisitos del presente tipo infractor; los cuales son que existan obligaciones contractuales que debían ejecutarse después del pago; y, que la Entidad haya efectuado un requerimiento formal sobre su cumplimiento.

En el tercer requisito, el TCE realiza una labor de análisis de cuestiones de fondo, pues se le permite abordar y verificar si dicha negativa del contratista fue **injustificada o no**. Como ya lo hemos apuntado en los primeros capítulos del presente trabajo de investigación, sin perjuicio del enfoque de eficiencia que venimos empleando, el criterio de responsabilidad subjetiva es más garantista de los derechos de los administrados. En tal sentido, resulta conveniente que el TCE ostente un mayor campo de acción al momento de efectuar el estudio de los hechos y medios probatorios del caso, sobre todo en el supuesto bajo análisis, en donde tiene la labor de determinar si la negativa de un contratista a cumplir con las obligaciones que deben de ejecutarse luego del pago, cuenta con justificación o no.

i) Resoluciones sobre presentación de información falsa o información inexacta:

De los casos revisados en el Anexo Único, en relación a la presentación de información falsa o inexacta, se tiene que el TCE, a fin de sustentar la aplicación de la sanción, tiende a usar frecuentemente similares argumentos para ambas situaciones, los mismos que describiremos a continuación. En primer término, menciona que, conforme al principio de tipicidad previamente estudiado en el capítulo segundo, las conductas que constituyen infracciones administrativas deben estar expresamente delimitadas para que de esa manera los administrados conozcan en que supuestos sus acciones pueden dar lugar a una

sanción administrativa, por lo que las definiciones de las conductas antijurídicas en el ordenamiento jurídico administrativo deben ser claras y debidamente delimitadas.

En tal sentido, a efectos de determinar la configuración de las infracciones objeto de estudio, el TCE desarrolla la siguiente argumentación a fin de verificar en la documentación cuestionada que presente el imputado, la concurrencia de los siguientes elementos:

En caso de la presentación de documentos falsos o adulterados:

- La presentación efectiva del documento falso o adulterado ante la Entidad convocante o contratante (en el marco de un procedimiento de contratación pública), ante el RNP, ante el TCE o ante la Central de Compras Públicas - Perú Compras.
- Acreditar que dicha documentación no haya sido expedida por el órgano o agente emisor correspondiente, o que, siendo válidamente emitida, haya sido adulterada en su contenido.

En caso de la presentación de documentos con información inexacta:

- La presentación efectiva de la información inexacta ante la Entidad convocante o contratante (en el marco de un procedimiento de contratación pública), ante el RNP, ante el TCE o ante la Central de Compras Públicas - Perú Compras.
- La inexactitud de la información contenida en el documento presentado.
- La inexactitud debe estar 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.

El TCE define a la **documentación falsa** como aquella que no fue expedida por quien aparece como su emisor o que no fue firmada por aquella persona natural o representante de la persona jurídica que aparece en el mismo documento como su autor o suscriptor; mientras que, un **documento adulterado** es aquel que habiendo sido válidamente expedido ha sido alterado o modificado en su contenido. Esto es, para determinar la falsedad o la adulteración de un documento, es necesario verificar que aquel no haya sido expedido, ya sea por el órgano o agente emisor correspondiente, o que no haya sido firmado por quien o quienes aparecen como suscriptores del mismo, o que, habiendo sido debidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido. Sin perjuicio de ello, ambas categorías pertenecen al mismo tipo infractor.

Dicho esto, para determinar la **falsedad** de un documento, resulta relevante tomar en cuenta la **manifestación** de su supuesto emisor o suscriptor, negando su participación en la elaboración o suscripción del mismo, de tal manera que se

evidencie el quebrantamiento del principio de presunción de veracidad del que gozan los documentos materia de análisis. Entonces, resulta pertinente señalar que, para determinar la falsedad de un documento, el TCE sostiene que resulta relevante valorar la declaración efectuada por el supuesto órgano o agente emisor del documento cuestionado, manifestando no haberlo expedido o no haberlo firmado.

En consideración a este tipo infractor, mediante Acuerdo de Sala Plena N° 04-2019/TCE del 19 de diciembre de 2019, el TCE dispuso que cuando el procedimiento administrativo sancionador se haya iniciado por la presunta comisión de las infracciones bajo examen, respecto de un mismo documento, y se determine que el mismo 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. No obstante, mediante voto en discordia de los vocales Héctor Inga, María Rojas de Guerra, Cecilia Ponce y Violeta Ferreyra, con el cual nos encontramos de acuerdo conforme se apuntó en los párrafos precedentes, se advirtió que para este tipo de situaciones es aplicable lo dispuesto en el artículo 266° del Reglamento del TUOLCE, en virtud del cual, y en atención al principio de concurso de infracciones, se aplicará la sanción que resulte mayor, esto es la sanción de entre treinta y seis (36) y sesenta (60) meses de inhabilitación temporal; razón por la cual, aun cuando se concluya que el administrado es responsable también por la presentación de información inexacta contenida en un documento falso o adulterado, la sanción a imponerse será aquella prevista solo para este último supuesto.

Por su parte, la **información inexacta** supone un contenido que no es concordante o congruente con la realidad, lo que constituye una forma de falseamiento de esta. No obstante, para la configuración de este tipo infractor, deberá acreditarse que la inexactitud se encuentra relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.

Al respecto, en el Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE del 11 de mayo de 2018, que aborda la configuración de la infracción consistente en presentar información inexacta y sus elementos constitutivos, el TCE interpretó, entre otros, que esta 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.

Como ya habíamos señalado en los capítulos previos, podemos advertir que el criterio de **potencialidad** en la presentación de información inexacta representa un supuesto de interpretación extensiva del tipo infractor, sobre todo si tomamos en consideración que el TUOLCE establece que serán sancionados aquellos proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y

profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, que presenten información inexacta siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Es decir, la infracción bajo comentario expresamente exige para su comisión que el beneficio del administrado se vea concretizado, no existiendo ninguna referencia a la potencialidad del beneficio, por lo que nos encontraríamos ante un precedente administrativo a todas luces carente de legalidad (Abuhadba y Villavicencio, 2019, p. 141).

Ahora bien, de acuerdo a la fundamentación del TCE, es necesario indicar que, en la medida que los tipos infractores previstos en los literales i) y j), señalan que la acción que dará lugar a la configuración de la infracción es la “**presentación**” del documento falso o con información inexacta, corresponde a dicho Órgano Resolutor, corroborar que ello haya sucedido en el plano factico.

A efectos de determinar la configuración de las infracciones analizadas, el TCE indica que le corresponde evaluar si se ha acreditado la falsedad o adulteración, o la inexactitud de la información contenida en los documentos presentados, independientemente de quien haya sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación, adulteración o inexactitud; ello en salvaguarda del principio de **presunción de veracidad** recogido en el numeral 1.7) del artículo IV del Título Preliminar del TUOLPAG, que tutela el bien jurídico de la fe pública. Al respecto, todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados, entre otros, se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de su contenido veraz para los fines del procedimiento administrativo. Sin embargo, esta presunción es de índole **iuris tantum** pues admite prueba en contrario, en la medida que es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada cuando existen indicios suficientes de que la información consignada no se ajusta a los hechos.

Entonces, es atribución de la Administración Pública verificar la documentación presentada. Dicha facultad se encuentra reconocida en el numeral 1.16) del mismo artículo, cuando, en aplicación del principio de **privilegio de controles posteriores**, se dispone que la Autoridad Administrativa se reserva el derecho de comprobar la veracidad de la documentación presentada.

En atención a la vigencia del principio de privilegio de controles posteriores, la tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior, reservándose la Autoridad Administrativa el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz. Por lo tanto, la Administración tiene el deber de comprobar la veracidad de los documentos presentados por los

administrados y sancionar su falta, una vez culminados los procedimientos que conduce.

Otros de los principios que menciona el TCE es el de **verdad material** consagrado en el numeral 1.11) del artículo IV del Título Preliminar del TUOLPAG, y que también fue objeto de estudio en el capítulo segundo, el cual impone a la autoridad administrativa el deber de adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por Ley, al margen que no hayan sido propuestas por los administrados o estos hayan acordado eximirse de ellas, por ello el TCE debe recurrir a otras fuentes de información que le permitan corroborar y crear certeza de la presentación del documento cuestionado. No obstante, como veremos más adelante, para los supuestos materia de estudio, dicho principio no es resguardado a cabalidad.

De otra parte, el TCE hace referencia a una serie de deberes que deben cumplir los administrados. Entre estos menciona al contemplado en el numeral 4) del artículo 67° del TUOLPAG, norma que expresamente establece que los administrados tienen el deber de comprobar, previamente a su presentación ante la Entidad, la autenticidad de la documentación sucedánea y de cualquier otra información que se ampare en la presunción de veracidad.

Como correlato de dicho deber, el numeral 1) del artículo 51° del TUOLPAG, además de reiterar la observancia del principio de presunción de veracidad, dispone que la administración presume verificados todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, por quien hace uso de ellos.

Sumado a ello, se tiene que en el artículo 52° del Reglamento del TUOLCE, se establece:

“Artículo 52. Contenido mínimo de las ofertas

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

(...)

b) Declaración jurada declarando que:

(...)

vii. Es responsable de la veracidad de los documentos e información que presenta en el procedimiento

(...)”.

De acuerdo a la norma citada, de acuerdo al TCE, es obligación de cada postor comprobar la autenticidad de los documentos presentados ante las Entidades. Ello se debe a que el postor declara bajo juramento ser responsable de la veracidad de los documentos e información que presentó en determinado procedimiento administrativo.

Ahora bien, en relación a los casos sobre estos tipos infractores, en los que se abordó lo referido a la **responsabilidad objetiva**, el TCE indica que es la Ley aplicable la que establece que la responsabilidad prevista para estas situaciones es objetiva. En tal sentido, el TCE se encontraría limitado a la estricta aplicación de dicha norma, en tanto no sea declarada inconstitucional; por lo tanto, de ser acreditadas las infracciones imputadas, corresponderá sancionar al administrado, en virtud a la responsabilidad objetiva dispuesta normativamente.

Así, a decir del TCE, si bien el **principio de culpabilidad** rige el procedimiento administrativo sancionador, salvo que una norma con rango de Ley establezca lo contrario, no puede soslayarse que el TUOLCE ha determinado, de forma expresa, en el artículo 50°, que la infracción referida a la presentación de documentos falsos o adulterados o inexacta debe abordarse desde la responsabilidad objetiva, por lo que no correspondería evaluar el elemento subjetivo para la configuración del tipo infractor.

Precisa el TCE que la determinación de la responsabilidad administrativa, por el hecho objetivo de la presentación de un documento, **no implica un juicio de valor** sobre la falsificación, adulteración o inexactitud del mismo, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación en sí del documento, sin indagar sobre la autoría de la falsificación, posesión, importancia, relevancia, y/o pertinencia del documento cuestionado, obligando a los proveedores, postores y contratistas a cumplir con su deber de verificación.

Esto es, no se indaga sobre la autoría o forma en que se obtuvo la documentación falsa o información inexacta, toda vez que el administrado siempre será responsable de la veracidad de los documentos que presenta ante la Entidad, ya sea que hayan sido tramitados y/u obtenidos por sí mismos o por un tercero.

Ello se debería a que en el caso de un posible beneficio derivado de la presentación de documentación falsa o adulterada o información inexacta, éste será aprovechable directamente por el proveedor que participa en la contratación; consecuentemente, a criterio del TCE, resulta razonable que sea este también quien soporte los efectos de un potencial perjuicio, en caso que la documentación falsa o adulterada o información inexacta sea detectada, y no un tercero ajeno al presunto infractor, y que en todo caso se encontraba bajo la subordinación y/o supervisión del administrado imputado. En ese sentido, la presentación de documentación falsa o adulterada o información inexacta ante una Entidad será directa responsabilidad del proveedor que lo presenta, debido a que la norma administrativa sanciona la presentación en sí del documento falso o adulterado o con información inexacta, es decir la utilización del mismo ante la Entidad.

Además el TCE menciona que en el ámbito de la contratación pública, los únicos sujetos pasibles de sanción administrativa son el proveedor, participante, postor, contratista, subcontratista o profesionales que se desempeñan como residente

o supervisor de obra, sea que estos hayan efectuado la conducta infractora de manera directa o indirecta, a través de otras personas; pues, de generarse un beneficio con la presentación de los documentos cuya falsedad o inexactitud se ha acreditado, el mismo recae directamente sobre dichos sujetos, no siendo posible deslindarse de responsabilidad, alegando las circunstancias bajo las cuales se presentó o tramitó tal documentación, pues en esta vía lo que se sanciona, más allá de la intención o la negligencia con la cual pudo haber actuado el infractor, es el quebrantamiento al principio de presunción de veracidad que reviste a los documentos presentados ante determinada Entidad.

Esto obligaría a que los proveedores, postores, contratistas, entre otros, sean diligentes en cuanto a la verificación de la autenticidad, veracidad y fidelidad de los documentos y de la información que presentan dentro del marco de un procedimiento de contratación, que por lo demás, constituye una obligación que forma parte de sus deberes como administrados.

De conformidad con el TCE, todo proveedor es responsable de la presentación de sus documentos, así hayan sido tramitados por sí mismos u otros, toda vez que la conducta activa materia de infracción es presentar documentos cuestionados ante una Entidad, el Tribunal, el RNP o Perú Compras, y no otras conductas activas como elaborar, falsificar, adulterar, confeccionar, preparar, gestionar, obtener, producir, proporcionar dichos documentos o la información cuestionada, o participar o no en la preparación o confección de la propuesta u oferta presentada, entre otros.

Recordemos que los sujetos activos de la conducta infractora, materia de análisis, son los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas o profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, que realizan actuaciones en el marco de las contrataciones estatales, ya sea de forma directa o a través de sus trabajadores, representantes, encargados o cualquier otra "*interpósita persona*" (natural o jurídica a través de la cual se presenten los documentos falsos o adulterados o información inexacta).

Esto quiere decir que para el análisis de la responsabilidad administrativa derivada de las infracciones objeto de estudio, no resultaría relevante acreditar la culpabilidad del infractor, puesto que la responsabilidad del administrado se produce con la presentación del documento falso o de la documentación inexacta, **sin que se indague sobre el dolo o la culpa del infractor**, lo que obliga a los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas a ser diligentes en cuanto a la presentación del mismo. Resulta relevante precisar que la determinación de la responsabilidad administrativa, por el hecho concreto de la presentación de documentación falsa o información inexacta, no implica un juicio de valor sobre la falsificación o inexactitud de la misma, debido a que la norma administrativa solo sanciona la presentación en si de la documentación, sin indagar otras circunstancias adicionales.

De otra parte, resulta relevante lo señalado por el TCE en relación a la **responsabilidad de las personas jurídicas**, ya que advierte que estas son entes cuya actuación material se da siempre por medio de personas naturales. Las personas jurídicas no tienen la posibilidad material de realizar actuaciones como presentar documentación o desempeñar, per se, otras actividades sin que cuenten con el apoyo de una o más personas naturales encargadas de la realización física de sus actos. La elección de la persona natural a la que la persona jurídica encarga realizar esas actuaciones materiales la hacen responsable ante el ordenamiento jurídico por los actos de aquella. Entenderlo de otra forma hará a las personas jurídicas irresponsables ante el sistema jurídico por las actuaciones materiales que realizan las personas que ellas mismas eligen para actuar en su representación, lo cual constituiría un absoluto despropósito en la contratación pública.

Para mayor detalle, el TCE cita a Alejandro Nieto, indicando que cuando se refiere a la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas en un procedimiento administrativo sancionador se somete, en efecto, a una dura prueba el dogma actual de la exigencia de culpabilidad, puesto que estas personas, en cuanto que no son personas físicas, no son susceptibles de una imputación, como la de la culpabilidad, reservada por su propia naturaleza a los seres humanos. La consecuencia lógica de ello habrá de ser la exclusión de su responsabilidad administrativa sancionadora. Esta particularidad (culpabilidad de las personas jurídicas) no suele explicarse técnicamente con detalle y la doctrina salta sobre ella sin otra justificación (absolutamente banal) que la de que en este punto los principios del Derecho Penal deben ser "matizados" a la hora de su extensión al Derecho Administrativo Sancionador. La situación, en cualquier caso, es muy incómoda ya que basta con una excepción para que se tambalee todo el principio. Las personas físicas son las únicas que pueden cumplir una pena; en cambio, la sanción administrativa puede perfectamente ser cumplida por personas físicas o jurídicas. No hay, pues, lugar a plantear una supuesta incapacidad de las personas jurídicas para la sanción administrativa en nombre de una analogía con lo que acontezca con las penas tradicionales. También cita a Gómez Tomillo, quien manifiesta que en la medida en que dolo e imprudencia son elementos concebidos para las personas físicas, carece de sentido mantenerlos como tales elementos cofundadores del tipo de lo injusto de las infracciones (o delitos), cometidos por personas jurídicas.

Habiendo esbozado lo más relevante de la fundamentación empleada por el TCE para este tipo de casos, corresponde rebatirla, a la luz de las resoluciones analizadas en el Anexo Único. Dicho esto, llama poderosamente la atención lo manifestado en la Resolución N° 0062-2020-TCE-S2 del 07 de enero del 2020, en donde el administrado sancionado por la presentación de documentación falsa consistente en un certificado de su personal clave, invocó la Resolución N° 1977-2017-TCE-S1 del 14 de setiembre de 2017, caso en el que el TCE, **ante la ausencia de culpabilidad, declaró no ha lugar a la imposición de sanción.** No obstante, el TCE indicó que, en el caso invocado, se absolvió al administrado, toda vez que se analizó el cumplimiento del deber de verificar la veracidad de los

documentos presentados a la Entidad; es así que, en el aludido procedimiento administrativo sancionador no se acreditó la responsabilidad del contratista, en atención a los siguientes considerandos: **i) el contratista contrató, previo a la presentación de su propuesta técnica, a una empresa especializada para que corrobore la veracidad de los documentos; ii) dicha empresa es especializada en verificar documentos, con experiencia en dicho rubro; y, iii) se acreditó que efectivamente se prestó el servicio, en atención a la acreditación de pagos por ello. De ello, se aprecia que la Sala correspondiente pondero otras situaciones para declarar no ha lugar a la imposición de sanción** (Fundamento jurídico N° 24).

Es decir, para el TCE únicamente cabría la posibilidad de eximirse de una sanción ante la presentación de información falsa o inexacta, si y solo si, se lograra acreditar niveles de diligencia que exceden el grado de cuidado promedio que son exigibles en cualquier ordenamiento jurídico. Dicho nivel de diligencia solo podría ser alcanzable si se contratara una empresa dedicada a verificar la autenticidad de documentos, situación que en el día a día del administrado, es impracticable.

De acuerdo con la OCDE, el deber de **diligencia debida** se basa en el riesgo. Las medidas que tome una empresa para llevar a cabo la debida diligencia deben ser acordes a la gravedad y a la probabilidad del impacto negativo. Cuando la probabilidad y la gravedad de un impacto negativo son altas, entonces la debida diligencia debe ser más amplia. La debida diligencia debe adaptarse también a la naturaleza del impacto negativo. La naturaleza y el alcance de la debida diligencia pueden verse afectados por factores como el tamaño de la empresa, el contexto de sus actividades, su modelo de negocio, su posición en las cadenas de suministro y la naturaleza de sus productos o servicios. Para muchas empresas, el término “riesgo” significa principalmente riesgos para la empresa: riesgo financiero, riesgo de mercado, riesgo operativo, riesgo para la reputación, etc. Cuando no es factible abordar todos los impactos identificados a la vez, la empresa debe priorizar el orden en que toma las medidas en función de la gravedad y la probabilidad del impacto negativo. Una vez que se identifican y se abordan los impactos más significativos, la empresa debe continuar abordando los impactos menos significativos (2018, pp. 19-22).

La OCDE, clasifica los riesgos de la siguiente forma (2018, p. 68):

- Los riesgos sectoriales son riesgos extendidos en un sector a nivel mundial como resultado de las características del sector, sus actividades, sus productos y procesos de producción.
- Los riesgos del producto son riesgos relacionados con insumos o procesos de producción utilizados en el desarrollo o uso de productos específicos.
- Los riesgos geográficos son las condiciones en un país concreto, que pueden hacer que los riesgos del sector sean más probables.

- Los riesgos de la empresa se entienden como los riesgos asociados con una empresa concreta; entre ellos se encuentran una gestión débil, un historial de conducta deficiente en relación con el respeto de los derechos laborales, las normas anticorrupción o las normas ambientales.

Asimismo, señala que la **prevención** se refiere a las actividades que tienen por objetivo evitar que ocurra un impacto negativo en primer lugar; mientras que la **mitigación** se refiere a actividades que reducen el impacto una vez que ocurre. La prevención es el objetivo principal de la debida diligencia (2018, p. 80).

Entonces ¿Cómo debe una empresa prevenir y mitigar los impactos reales o potenciales que puede causar los riesgos? La OCDE, menciona a modo de ejemplo alguna de estas medidas (2018, p. 81):

- Medidas de adaptación/modificación: En ocasiones, puede ser necesaria la adaptación o modificación de algunos aspectos de las actividades, productos o servicios de una empresa para prevenir o mitigar los impactos negativos.
- Mejoramiento de la instalación: Algunos impactos solo pueden prevenirse invirtiendo en mejoramiento de las instalaciones y equipos.
- Políticas: El desarrollo de políticas empresariales y protocolos de acompañamiento para su implementación puede ser en sí mismo un medio para evitar que se produzcan impactos.
- Capacitación: La capacitación efectiva de los trabajadores, empleados y directivos puede ayudar a prevenir que ocurran impactos negativos.
- Sistemas de alerta temprana: Implican la identificación de señales de advertencia o indicadores de riesgo, así como el desarrollo de procedimientos que la empresa debe seguir si se identifica el riesgo de causar o contribuir a un impacto negativo.
- Abordar los problemas sistémicos: Las empresas tienen la responsabilidad de abordar los impactos negativos que causen o los que contribuyan a causar, incluso cuando operen en contextos en que prevalezcan los problemas sistémicos.

Por su parte, de acuerdo con Osterling y Castillo (2003, pp. 333-335), existen tres tipos abstractos de personas para medir la diligencia a la que estarían obligados, y deducir la responsabilidad consiguiente: el tipo del hombre juicioso en la administración de sus negocios importantes, que representa la esmerada o suma diligencia, y cuya infracción constituye como consecuencia la culpa levísima; en segundo lugar, el tipo del hombre común en la administración ordinaria de sus propios negocios, que encarna la diligencia o cuidado ordinario o mediano, el cual se equipara al buen padre de familia, y cuya infracción configura la culpa leve; y, en tercer lugar, el del hombre negligente o de poca prudencia también en sus propios negocios, que personifica la mínima diligencia exigible a una persona, cuya infracción conforma la culpa lata o grave. El buen

padre de familia era aquel que, con la conciencia de su propia responsabilidad, atendía a la administración de la familia y de la casa. Era el hombre que ofrecía el máximo de seguridad y garantía, prototipo de equilibrio y sentido práctico de la vida. En ese sentido, cuando se equipara o define la culpa como la omisión de los cuidados de un buen padre de familia, ello significa que **con dicha expresión se inspira establecer el límite de la responsabilidad**, la medida de la culpa. Aunado a ello, está el concepto de **negligencia**, que forma parte de la culpa, la cual es entendida como la omisión de la diligencia o del cuidado que debe considerarse en los negocios, las relaciones con las personas, la custodia o manejo de las cosas y, por supuesto, en el cumplimiento de los deberes y misiones encomendadas; de ahí que el término tenga sus sinónimos en las siguientes expresiones: dejadez, abandono, desidia, falta de aplicación, defecto de atención, olvido de órdenes o precauciones, ejecución imperfecta contra la posibilidad de obrar mejor, entre otros.

Dichos autores sostienen que la culpa consiste en no poner la diligencia necesaria en las relaciones sociales. Puede consistir en actos imprudentes o en la omisión de providencias que el agente se hallaba obligado a tomar (negligencia). Hay en esta hipótesis, una proyección de la voluntad que, partiendo del acto, se dirige oblicuamente sobre el resultado. Es decir, que se obtiene un resultado no querido al lado de otro resultado que sí era deseado y perseguido. O, en otra posibilidad de la hipótesis, se obtiene un resultado no querido por ausencia de querer especial para impedirlo (2003, p. 346).

Asimismo, distinguen dos casos de conducta negligente. El primero es aquel en que conociendo la posibilidad de que una manera de actuar tendrá un resultado contrario a derecho, el agente acalla esta preocupación y omite la previsión exigible en el tráfico, confiando irresponsablemente en que tal resultado no se produzca en su caso. Para dichos autores esa es la negligencia consciente. Es decir, el acto de cuyas consecuencias se hace caso omiso porque solo interesa su provechosa o placentera realización. Hay en este supuesto conciencia del peligro en el agente; pero, al mismo tiempo, hay cierta caprichosa y frívola confianza en que, como secuela indeseada del acto deseado, no sobrevenga ese resultado. Existe caprichosa despreocupación, pero no malicia. Por ser ostensiblemente relacionado al acto, aquel posible resultado es previsible, pero no es especialmente buscado. Se persigue, sin embargo, aquél que casi de modo inevitable acarreará ese resultado previsible y no querido. La conducta puede ser calificada en esta hipótesis como caprichosa y frívola irresponsabilidad. El segundo tipo de conducta negligente señalado es aquél en que, ignorándose la posibilidad del resultado contrario a derecho, podría, no obstante, haberse evitado observando simplemente la diligencia exigible en el tráfico humano. Esto es lo que con más propiedad se llama negligencia (2003, pp. 346-347).

La diligencia puede ser entendida como la idónea utilización de energías y medios útiles para realizar un fin determinado. Se tiene entonces que para valorarla es preciso tener en cuenta su contenido; es decir, la conducta de cierto

sujeto en relación con los obstáculos que se le presentan y el esfuerzo necesario para superarlos; no así la consecución del resultado perseguido (Palacios, 1997, p. 242.).

Se advierte que, resulta contradictorio que el TCE evalúe criterios de diligencia, pues esta forma parte de la culpa y la culpa, de la responsabilidad subjetiva, siendo que para estos tipos infractores se emplea el modelo objetivo. Pero no solo ello, sino, además, se aplica un grado de diligencia impracticable o inasequible en términos económicos. La intencionalidad del presunto infractor, según el artículo 264° Reglamento del TUOLCE, **solo debería aplicarse para la graduación de la sanción**; sin embargo, de los casos estudiados en el Anexo Único se colige que, en la práctica, el TCE muchas veces utiliza tales criterios para determinar la sanción, pese a que, como ya apuntamos, las infracciones analizadas deberían ser atribuidas por medio de la responsabilidad objetiva, la cual no contempla el dolo o la culpa.

En relación al citado artículo 264°, se advirtió también que está contemplado como factor para graduar la sanción la implementación de un **modelo de prevención**, sistema que demostraría una debida diligencia por parte del administrado en un procedimiento sancionador. Sin embargo, como pudimos observar en la Resolución N° 1977-2017-TCE-S1, debería bastar con realizar tal estándar de diligencia para que determinado administrado sea eximido de responsabilidad, y que dicho modelo sea considerado como criterio para determinar la existencia de responsabilidad en la comisión de las infracciones bajo estudio. En caso se demuestre que se ha actuado con la debida diligencia a través de la implementación de este modelo, no cabría posibilidad alguna de imposición de sanción. Aun así, la exigencia de implementar este tipo de modelos, nuevamente, demuestra los niveles exagerados e incumplibles de diligencia que requiere el TCE y la normativa en materia de contrataciones. En un país cuya **economía es mayoritariamente informal**, y donde abundan las **pequeñas y micro empresas**, la exigencia de sistemas tan onerosos como el señalado, son, por decir lo menos, irrealizables. Es por ello que no solo resulta necesario adoptar la responsabilidad subjetiva para estos tipos infractores, sino, además, **reducir los estándares de diligencia debida**.

Ahora bien, de acuerdo a las citas efectuadas, la diligencia tiene directa vinculación con circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. No obstante, podemos reiterar, **que los estándares de diligencia exigidos por el TCE son excesivamente elevados**, pues, como se evidencio en los casos estudiados, se requiere al administrado adoptar medidas onerosas y que muchas empresas no se encuentran en la posibilidad de cumplir, más aún si se trata de una pequeña o mediana empresa. De este modo, requerir que el administrado contrate, previamente a la presentación de su propuesta u oferta, a una empresa especializada en la verificación de la veracidad de documentos e información, **desbordaría el contenido de la debida diligencia**. Vale advertir que, de las medidas recomendadas por la OCDE para prevenir riesgos, no se observa que

se sugiera la contratación de empresas adicionales para ello, ni dirigir recursos a la contratación de terceros para verificar la veracidad de documentos.

Otro caso relevante en el que destaca la remisión al **grado de diligencia** respecto a la presentación de información falsa o inexacta, es el de la Resolución N° 0823-2020-TCE-S1 del 10 de marzo de 2020, toda vez que el administrado imputado hizo alusión a la **diligencia ordinaria como estándar interpretativo**. Al respecto el imputado manifestó que actuó en todo momento con diligencia ordinaria, pues al momento de elaborar su oferta, requirió a todo el personal a su cargo la presentación de certificados con la constatación notarial correspondiente, así como declaraciones juradas a través de las cuales indicaban que lo manifestado en dichos certificados era cierto. Señaló además que, **no se podría requerir un grado mayor de diligencia a quien actúa de buena fe**, toda vez que lo contrario implicaría solicitar acciones contrarias a sus intereses, **por cuanto no podría postular a tiempo a procedimientos de selección o presentar ofertas**. Agrega que según el **principio de confianza** la persona puede realizar una actividad colectiva o plural con la confianza que el resto de personas cumplirá adecuadamente su rol; en este caso la afectación al bien jurídico no se le puede imputar a la persona que actúa con confianza razonable de que los demás cumplirán con la responsabilidad atribuida a su rol social o institucional.

Sobre el particular, cabe recalcar que no existe aún una codificación o registro de la experiencia, tanto de la empresa como de su personal (ni siquiera en el SEACE u otro medio), que permita reemplazar para cada proceso, la presentación de copias de contratos, constancias, comprobantes de pago y demás documentos similares. Esto hace que la necesidad de recurrir al mecanismo de la presunción de veracidad sea directamente proporcional al número de procesos de selección que se convocan en nuestro medio. De este modo, la necesidad de confianza en el proveedor resulta esencial para el funcionamiento del régimen de contratación estatal, pues de otro modo, sería impracticable la revisión en tiempo real de la totalidad de la información que presentan los postores (Martínez, 2015, p. 126).

Sumado a ello, en el citado caso, el administrado solicitó que se practique una **pericia grafotécnica** a los documentos cuestionados, ante lo cual el TCE manifestó que dicha diligencia se dispone únicamente cuando la Administración Pública requiera confirmar, entre otros, cierta información que no le genere certeza, lo cual no habría ocurrido en el aludido caso, toda vez que basta la manifestación de la empresa emisora, señalando clara y contundentemente que el documento cuestionado constituye un documento falso.

Dicho actuar podría representar una vulneración al principio de **verdad material**, en la medida que no estaría considerando la mayor cantidad de medios probatorios para generar la certeza debida en el razonamiento del TCE al momento de resolver. Sería incorrecto que se admita como una suerte de prueba plena la sola declaración del emisor del documento, para la imposición de la

sanción, sin contrastarlo con otros indicios o medios probatorios. En atención al citado principio de verdad material, es necesario que el TCE, recurra a otras fuentes adicionales, pues la declaración del emisor puede verse sesgada por un manejo poco prolijo en la administración de su documentación, o inclusive que actúe de mala fe en contra del imputado.

Llegados a esta instancia, podemos observar que la mayoría de casos analizados versan sobre documentación o información que no ha sido generada o producida por el presunto infractor. Tenemos así situaciones en las que trabajadores o personal clave presentan certificados u otros, con datos adulterados o que no se condicen con la realidad. Es decir, se trata de **terceros** que les brindan documentación a ciertos postores y que estos, de buena fe, remiten a Entidades.

En ese contexto, no parecería desacertado que se establezca como estándar de diligencia, el que los administrados dirijan comunicaciones a los supuestos emisores de los documentos que presentará ante determinada Entidad, solicitando confirmen su veracidad. Sin embargo, en primer término, podría suceder que, no necesariamente se obtendrá respuesta; o, que se conseguirá una respuesta tardía; y, en segundo lugar, puede ocurrir que nos encontremos ante una empresa que no cuenta con un sistema de gestión documentario seguro (en los casos analizados se encontró situaciones en las que el emisor negó emitir un documento, pero luego de una pericia grafotécnica, se determinó que sí lo había expedido, como ocurrió en la Resolución N° 0854-2020-TCE-S1).

No obstante, el TCE debe evaluar el actuar diligente del administrado, cotejándolo con otras circunstancias adicionales, verificando que este envió al presunto emisor de un documento, una comunicación requiriendo que se pronuncie manifestando que efectivamente ha suscrito cierto documento, o que este no ha sido adulterado, independientemente de que se obtenga una respuesta. A ello puede sumarse otras acciones, como el exigir a sus trabajadores o a su personal clave que le presenten Declaraciones Juradas sobre la veracidad de, por citar un ejemplo, los certificados emitidos a su favor. Sin perjuicio de ello, cada caso tendrá sus propias características, por lo que el TCE deberá analizar los hechos de cada situación en particular.

No debe perderse de vista que, en estas infracciones, el bien jurídico protegido es la veracidad que debe primar en todas las actuaciones de los administrados ante la Administración. Precisamente, el numeral 1) del artículo 51° del TUOLPAG regula la presunción de veracidad que merecen las declaraciones de los administrados, estableciendo como regla general que tal documentación se presume constatada por quien hace uso de ellos, pero agregando, además que, dicha presunción recae únicamente respecto de documentos que den cuenta **de la situación de quien los presenta**; y, que el administrado pueda acreditar su diligencia debida en realizar previamente a su presentación las verificaciones correspondientes y razonables. De ahí que, como puede apreciarse, dicho artículo instituye un elemento esencial respecto a la conducta que se imputa y el

nexo causal, que incide en la configuración de la infracción, siendo que, si se trata de un documento proporcionado por un **tercero**, se admite un mecanismo de justificación, en virtud del cual no podría sancionarse a un administrado si acaso realizó las verificaciones correspondientes y razonables, respecto de cierta documentación, demostrando su debida diligencia. Aun cuando quien presenta este tipo de información es el postor contra quien se promueve el procedimiento sancionador, resulta de especial relevancia para la configuración del tipo infractor si dicha documentación acredita una condición o situación del propio postor; o si, por el contrario, se trata de documentos que fueron emitidos por un tercero (como ocurre por ejemplo, con los currículum vitae, constancias de trabajo, entre otros) pues en este último caso el postor deberá acreditar su debida diligencia realizando, previo a su presentación, las verificaciones razonables y correspondientes (Aguilera, 2021, pp. 757-758).

Un aspecto conexo a tener en consideración con lo dicho, es la figura jurídica de “*interpósita persona*”, ya que, por medio de esta, se exigiría al administrado que este en constante seguimiento de todas las acciones que realizan sus trabajadores, **siendo materialmente imposible efectuar ello**. Vinculado a ello, recordemos que en el segundo capítulo indicamos que la responsabilidad de las personas jurídicas debe limitarse (circunscribirse) a sus representantes o empleados de confianza o cargos directivos, sin la posibilidad de que se pueda extender a sus demás trabajadores, pues tal situación, como ya lo hemos apuntado, representaría un estándar de diligencia que en la realidad es de inviable aplicación⁹.

La admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas no tiene que llevar a reconocer una responsabilidad objetiva, sin desconocer la exigencia de tipicidad subjetiva. En estos casos es necesario construir un concepto de culpabilidad que se adecue a las características de estos sujetos. Al respecto, lo que se propone es entender que una persona jurídica será culpable cuando exista un déficit de organización, de modo que no se impida o incluso se favorezca la comisión de la infracción. No es necesario, por tanto, identificar a una persona natural que haya actuado con dolo o con culpa, sino que esta se presumirá si existe un incumplimiento que le sea atribuible a la persona jurídica imputada, salvo que ésta pueda probar su actuar diligente (Baca, 2019, pp. 339-340). En tal sentido, resulta cuestionable que el TCE indique que no es posible emplear el criterio de responsabilidad subjetiva en tanto que el presunto infractor se trate de una persona jurídica, toda vez que existen argumentos sólidos para rebatir ello, los cuales han sido desarrollados previamente en el segundo capítulo.

⁹ Para mayor abundamiento, se recomienda revisar las Resoluciones N°s 2363-2017-TCE-S4, 268-2016-OSCE/DRNP, 409-2016-OSCE/DRNP, 361-2016-OSCE/DRNP, 463-2016-OSCE/DRNP, 779-2016-TCE-S1, 1122-2016-TCE-S1, 1965-2016-TCE-S2, 2261-2016-TCE-S2, 1816-2014-TC-S4, 539-2019-TCE-S1, 684-2019-TCE-S1, 686-2019-TCE-S1.

Por todo lo expuesto en las líneas precedentes, se recomienda modificar el criterio empleado para los tipos infractores referidos a la presentación de información falsa o información inexacta, para transitar de la responsabilidad objetiva a la responsabilidad subjetiva, **reduciendo además, los estándares de diligencia**, siendo únicamente exigible, de manera enunciativa más no limitativa, que, por ejemplo, se constate que el administrado remitió comunicaciones solicitando al emisor de cierto documento, que confirme la veracidad o no del mismo (independientemente de que reciba una respuesta, siendo prueba suficiente el cargo de recepción de dicha misiva; no obstante, siempre será preferible contar con un documento de contestación ante dicha solicitud); o, que en el caso del personal o trabajadores empleados para ejecutar las prestaciones derivadas del contrato, se les exija la suscripción de una declaración jurada previa a la presentación de ofertas, en donde señale ser responsable de la documentación presentada a su empleador y/o contratista.

De esta manera, si eventualmente se tuviese que un administrado presentó un documento falso o inexacto, correspondería verificar si actuó diligentemente, validando que efectuó las acciones que se describen en el párrafo previo. Si pese a ello, se comprueba la presentación de este tipo de documentación, el TCE debería estar en la capacidad de librar de responsabilidad al imputado, pues a partir de la aplicación del criterio de responsabilidad subjetiva y de estándares de diligencia razonables, se trataría de una situación de **caso fortuito y/o fuerza mayor**.

En cuanto al caso fortuito, se tiene que es un proceso causal que no es obra de la naturaleza, sino del hombre, y que arroja un resultado imprevisible e inevitable. Por tanto, en el caso fortuito existe obra del hombre y presenta un nexo causal entre la acción humana y el resultado. No obstante, siempre enervará un proceso que no resulta previsible de ningún modo. En tal sentido, el caso fortuito se caracteriza por su imprevisibilidad, inevitabilidad y, por, sobre todo, por la ausencia de relación entre la voluntad del agente y el resultado obtenido. Por su parte, en el caso de la fuerza mayor esta se remite a un acontecimiento ajeno tanto a la voluntad de la persona como a la voluntad de quien la invoca, de manera que dicha circunstancia relevante constituye una traba insalvable para asegurar el cumplimiento de una obligación. En ese sentido, se está ante un escenario en que el sujeto no ha desarrollado una acción propia que haya sido determinante en la configuración de la infracción. Con frecuencia, se indica que la fuerza mayor se vincula a hechos de la naturaleza, ajenos a la esfera de control del sujeto involucrado (Ossa Arbeláez, 2009, pp. 319-321). El caso fortuito representa un hecho o acto ajeno a la voluntad de las partes (huelga, guerra, etc.); mientras que fuerza mayor es la expresión destinada a fenómenos naturales (rayos, tormentas, etc.) (Bdine Junior, 2010, pp. 411-412). Sin perjuicio de ello, para la configuración de estos supuestos se debe de acreditar que la situación es extraordinaria, imprevisible e irresistible.

No obstante, cabe señalar que la Corte Suprema ha establecido una diferencia entre ambos conceptos en la Casación N° 823-2002, en la que menciona que el

origen de ambos conceptos es diferente; pero, **que sus hechos constitutivos son iguales**, recayendo su disparidad en los hechos que dan origen a estos eximientes (2002. Fundamento jurídico N° 4). Es así que, de acuerdo al desarrollo efectuado por la jurisprudencia respecto a estas instituciones, se ha dejado en claro que ya no cabe, ni es necesario, distinguir entre ambos conceptos.

En el caso en concreto, **no siempre es fácticamente viable ni posible constatar plenamente la veracidad o exactitud de un documento**. Es así que, el hecho de presentar este tipo de documentación o información, pese a que se hayan adoptado medidas que demuestren debida diligencia, constituiría una situación **extraordinaria, imprevisible e irresistible**.

Sería extraordinaria en la medida que estamos frente a una situación fuera de lo normal, extraña y repentina, que acomete en el curso natural y normal de un procedimiento administrativo. Es imprevisible, toda vez que, como hemos podido ver los casos analizados, el administrado, pese a ostentar una normal diligencia, no ha podido advertir que acontecerá. Finalmente, es irresistible, en la medida que es tan inevitable, que el imputado, independientemente de que haga lo que haga razonablemente, no estará en la capacidad de evitar que suceda, ni evadir sus consecuencias.

En consecuencia, se debe transitar de la responsabilidad objetiva a la subjetiva en la comisión de la infracción por presentar información falsa o inexacta, además de reducir los estándares de diligencia. De hecho, de comprobarse los presupuestos señalados en un caso determinado, estaríamos frente a un **eximente de responsabilidad** del administrado, conforme lo dispuesto en el artículo 257° del TUOLPAG. Ahondaremos sobre ello con mayor profundidad en el siguiente apartado. Asimismo, estudiaremos si el mantener el criterio de responsabilidad objetiva en estos tipos infractores, representaría una vulneración a nuestro marco constitucional.

j) Resoluciones sobre suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el RNP:

A diferencia de los tipos infractores previos, el suscribir contratos o Acuerdos Marco sin contar con inscripción vigente en el RNP, solo requiere la constatación de situaciones meramente objetivas.

Al respecto, en la Resolución materia de análisis se verificó dos requisitos: (i) La firma de un contrato, recepción de una Orden de Servicio o Compara o un Acuerdo Marco; y (ii) Que, al momento de la formalización de la relación contractual, el Contratista no cuente con su RNP vigente.

En relación con ello, el artículo 46° del TUOLCE, dispone:

“Artículo 46. Registro Nacional de Proveedores

46.1 El Registro Nacional de Proveedores (RNP) es el sistema de información oficial único de la Administración Pública que tiene por objeto registrar y mantener actualizada durante su permanencia en el registro, la información general y relevante de los proveedores interesados en participar en las contrataciones que realiza el Estado, así como implementar herramientas que permitan medir el desempeño de los proveedores que contratan con el Estado. Los administrados están sujetos a los principios de presunción de veracidad, informalismo y privilegio de controles posteriores.

(...)

Para ser participante, postor, contratista y/o subcontratista del Estado se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP). Únicamente en el Reglamento de la presente norma se establecen la organización, funciones y los requisitos para el acceso, permanencia y retiro del registro. En el caso de los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley sujetos a supervisión, el Reglamento establecerá las condiciones para su inscripción ante dicho Registro, así como sus excepciones.

(...)"

Asimismo, el artículo 9° del Reglamento de la citada norma indica lo siguiente:

"Artículo 9. Inscripción y reinscripción en el RNP

(...)

9.2. En el RNP se inscriben o reinscriben todas las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, estas últimas domiciliadas o no domiciliadas con o sin representante legal, que deseen participar en procedimientos de selección y/o contratar con el Estado, para la provisión de bienes, servicios, consultoría de obras y la ejecución de obras, sea que se presenten de manera individual o en consorcio. El procedimiento de inscripción y de reinscripción para los proveedores de bienes y servicios es de aprobación automática. El procedimiento de inscripción y de reinscripción para los ejecutores y consultores de obras es de evaluación previa con aplicación del silencio administrativo negativo y tiene un plazo de treinta (30) días hábiles.

(...)"

Esto es, para poder contratar con el Estado es indispensable contar con el RNP vigente. En ese sentido, el mínimo de diligencia que se lo podría requerir a un administrado, como sucede, por ejemplo, con el caso de la infracción referida a contratar con el Estado estando impedido conforme a Ley, es que previamente a la formalización de la relación contractual, verifique en la base de datos del RNP, si su título habilitante se encuentra vigente. Cabe precisar que actuaría dolosamente quien, pese a no tener RNP, suscribe un contrato con una Entidad Pública.

Como podemos observar, el TCE solo se limita a la verificación de situaciones objetivas, las cuales consisten en comprobar si el administrado suscribió un contrato; y, que este al momento de dicha formalización, contaba con RNP vigente, es decir, una constatación de fechas. Por ello, no tendría sentido aplicar el criterio de responsabilidad subjetiva al tipo infractor objeto de análisis.

Ahora, puede suceder que el postor ganador de la buena pro haya presentado los documentos obligatorios para la firma del contrato y que, repentinamente, luego de ello, haya perdido la vigencia de su RNP, digamos, por ejemplo, por una decisión judicial. Lo que correspondería en este caso es que el postor actúe de buena fe y comunique esta circunstancia a la Entidad contratante, teniendo como consecuencia que se inicie un procedimiento sancionador por no suscribir el contrato (literal b) del numeral 1) del artículo 50° del TUOLCE), en el cual, muy probablemente se exima de responsabilidad a dicho postor pues se habría encontrado ante una situación sobrevenida que resultó en una imposibilidad jurídica, la misma que no le permitió suscribir el contrato.

k) Resoluciones sobre perfeccionar el contrato, luego de notificada en el SEACE la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el OSCE:

Lamentablemente no se cuenta con ninguna resolución que aborde el presente tipo infractor, por lo que no será posible detectar las tendencias del TCE al momento de resolver este tipo de casos.

Sin perjuicio de ello, consideramos que perfeccionar el contrato luego de notificada en el SEACE la suspensión, recomendación de nulidad o la nulidad del proceso de contratación dispuesta por el OSCE, también solo requiere la constatación de un hecho objetivo.

El mínimo de diligencia arroja que determinado administrado debería verificar en la página web del SEACE, previamente al perfeccionamiento del contrato, si es que el procedimiento de selección ha sido declarado nulo, se haya recomendado su nulidad o que fue suspendido. Sería negligente aquel administrado que no haga dicha verificación previamente a la formalización de la relación contractual. Actúa con dolo quien pese a tener conocimiento de tales circunstancias, procede a suscribir el contrato.

En consecuencia, no tendría sentido aplicar el criterio de responsabilidad subjetiva al tipo infractor objeto de análisis, pues el TCE solo se limitaría a constatar que el administrado suscribió cierto contrato, pese a que existían circunstancias que se lo impedían, las cuales, en aplicación de un mínimo de diligencia, debía de comprobar.

l) Resoluciones sobre inversión pública:

La infracción materia de análisis, de acuerdo a lo dispuesto por el TCE, requiere para su configuración de la concurrencia de los siguientes dos presupuestos: a) Formular fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos con **omisiones, deficiencias o información equivocada**, o supervisar la ejecución de obras **faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica**,

económica y administrativa de la prestación; y, b) Ocasionar un perjuicio económico a la Entidad.

Se puede observar que, en el presente caso, al igual que lo analizado en el literal h), el espectro de apreciación del TCE es mucho mayor, pues no se limita a constatar situaciones objetivas o, de hecho. Solo en el primer requisito, el TCE hace una labor de análisis de cuestiones de fondo, pues se le permite abordar y verificar si las fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos, realizados por el contratista, cuentan **con omisiones, deficiencias o información equivocada;** o, que, en todo caso, **se supervisó la ejecución de obras faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación.** Es decir, se tratan de expresiones cuyo ámbito de interpretación es bastante extenso y que, además, exigen al TCE establecer si tuvo lugar o no la correcta ejecución de una prestación, labor que no puede realizarse con solo efectuar una verificación de una situación de hecho.

Esto último resultaría preocupante, en la medida que la labor de determinar si las fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos cuentan con omisiones, deficiencias o información equivocada; o, el verificar si la supervisión de la ejecución de obras se efectuó faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, requiere de **un mayor margen de apreciación, de los hechos y de los medios probatorios.**

Pese a ello, al tipo infractor bajo análisis se le aplica la responsabilidad objetiva, aun cuando el TCE hace mucho más que constatar circunstancias objetivas de mera verificación. Esto es, mantener la redacción del tipo infractor, representaría una transgresión a las garantías de los administrados, toda vez que la responsabilidad objetiva solo constata la comisión de la infracción, sin entrar en detalle en relación al dolo o culpa del imputado, cuando en este tipo infractor claramente se debe evaluar la intencionalidad o negligencia del contratista al momento de ejecutar sus prestaciones, o si es que existió una causa justificante del incumplimiento.

En ese sentido, con la finalidad de que la normativa en materia de contrataciones del Estado guarde coherencia, no puede concebirse que el TCE realice el análisis de si las fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos cuentan con omisiones, deficiencias o información equivocada; o, si la supervisión de la ejecución de obras se efectuó faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, aplicando únicamente la responsabilidad objetiva. Es necesario que se pueda analizar este tipo infractor a la luz de la responsabilidad subjetiva, ya que, para poder establecer si existió una correcta ejecución de las prestaciones, el TCE debe de evaluar si es que hubo o no debida diligencia o ausencia de intencionalidad. No puede determinarse por medio una mera constatación de

situaciones objetivas, sin el estudio de los hechos y pruebas, que el administrado no ejecutó debidamente sus obligaciones.

Por tanto, se recomienda el cambio de criterio para la infracción objeto de análisis; y que, al igual que ocurre con el literal h), en donde se evalúa si el administrado se negó injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, se incluya en el tipo infractor objeto de análisis, la posibilidad de que el imputado demuestre que sus acciones y/o entregables no representan incumplimientos de sus prestaciones.

m) Resoluciones sobre cuestionamientos maliciosos:

Para efectuar el análisis del tipo infractor referido a la presentación de cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, se debe tener presente que de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 72° del Reglamento del TUOLCE: “*Todo participante puede formular consultas y observaciones, a través del SEACE (...)*”.

Al respecto, debe entenderse que una consulta es una solicitud de aclaración o cualquier otro pedido de algún extremo de las bases administrativas, mientras que una observación es un cuestionamiento a las mismas por aparentes vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa relacionada con el objeto de la contratación.

Asimismo, conforme a la Directiva N° 023-2016-OSCE/CD que aprueba las “*Disposiciones sobre formulación y absolución de consultas y observaciones*”, se advierte que las consultas y observaciones a las bases administrativas, no deben emplearse para formular pretensiones que desnaturalicen el objeto de la contratación. Además, en el numeral 7.1) de la aludida Directiva, se estipula la obligación de los participantes en un procedimiento de selección, de formular sus consultas y observaciones de manera motivada, concreta, clara y sin ambigüedades, de tal forma que la Entidad convocante pueda absolverlas con claridad.

En atención a lo señalado, la presentación de consultas y observaciones representa un derecho de los participantes de un procedimiento de selección, de cuyo resultado, esto es, el pliego de absolución de consultas y observaciones, puede depender su decisión de presentar una oferta o no en determinado procedimiento de selección.

De otra parte, el numeral 9) del artículo 72° del Reglamento del TUOLCE, se establece que, en el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del aludido pliego absolutorio a través del SEACE, los participantes pueden solicitar la elevación de los cuestionamientos al mismo a fin de que el OSCE emita el pronunciamiento respectivo.

Asimismo, en el numeral 8.1) de la Directiva N° 004-2017-OSCE/CD que regula las “*Acciones de Supervisión a Pedido de Parte*”, se dispone que son causales para la emisión del “*Informe de No Configuración de Supuesto de Elevación*”, las siguientes: (i) que el participante no se haya registrado como tal hasta la etapa de formulación de consultas y observaciones, (ii) que la solicitud sea extemporánea, y (iii) que el participante no identifique la vulneración en que incurre el comité de selección al momento de absolver la consulta u observación objeto de elevación.

Es decir, si bien la solicitud de elevación de los cuestionamientos del pliego absolutorio de consultas y observaciones representa un derecho de los participantes de cierto procedimiento de selección, vale precisar que su ejercicio se encuentra normado, de tal forma que la inobservancia de las disposiciones que lo regulan implica la emisión de un Informe de “*No Configuración de Supuesto de Elevación*”.

De acuerdo a lo establecido por el TCE, el ejercicio de este derecho se encuentra íntimamente relacionado con el principio de buena fe procedimental, consagrado en el numeral 1.8) del artículo IV del título preliminar del TUOLPAG.

Vale mencionar que al presente tipo infractor le es aplicable el criterio de responsabilidad subjetiva, lo cual tiene bastante sentido, en la medida que el TCE debe de evaluar si el cuestionamiento al pliego de absolución de consultas y/u observaciones, ha sido efectuado **maliciosamente o de manera infundada**. Esto es, tiene un fuerte componente de intencionalidad de parte del infractor, lo cual no podría lograrse con la mera constatación de situaciones objetivas; sino más bien, se debe efectuar un análisis pormenorizado de cada caso en concreto, para la correcta y debida determinación de si cierta conducta se subsume o no dentro del tipo infractor. Ahora bien, se puede cuestionar la tipicidad de la infracción objeto de estudio, en la medida que términos como “malicioso” o “manifiestamente infundado”, son expresiones ambiguas, que podrían dar pie a interpretaciones extensivas o analógicas, pero ello no es objeto de la presente investigación.

n) El especial caso de la afectación a la competencia:

Si bien el tipo infractor sobre afectación a la competencia y concurrencia, actualmente no se encuentra vigente, es importante tenerlo en cuenta debido a que forma parte de la muestra estudiada. Sumado a ello, no se debe perder de vista que, aun cuando el TCE ya no se encarga de resolver este tipo de casos, aún existe una disposición en el TUOLCE en donde se tutela los principios de competencia y concurrencia en los procesos de contratación. De este modo, tenemos la siguiente comparación respecto a la protección de los mencionados principios, de la actual normativa, respecto a la ya derogada:

Figura 9: Comparación TUOLCE y Decreto Legislativo N° 1017

TUOLCE	Decreto Legislativo N° 1017
---------------	------------------------------------

<p>Artículo 14. Protección y promoción de la competencia y prevención del delito</p> <p>14.1 Cuando la Entidad, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o el Tribunal de Contrataciones del Estado verifique la existencia de indicios de conductas anticompetitivas en un procedimiento de selección en los términos de la normativa especial, debe remitir toda la información pertinente a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI para que ésta, de ser el caso, inicie el procedimiento administrativo sancionador correspondiente contra los presuntos responsables. Esta decisión debe ser mantenida en reserva y no debe ser notificada a los presuntos responsables a fin de asegurar la eficacia de la investigación.</p> <p>14.2 Cuando el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), en el marco de sus funciones, tome conocimiento que un requisito o regla en los documentos del procedimiento de selección afecten la competencia, contraviniendo los principios de libertad de concurrencia y competencia, ordena a la Entidad que los elimine. Si, adicionalmente, el OSCE toma conocimiento de la existencia de indicios de delito, debe remitir toda la información pertinente al Ministerio Público.</p>	<p>Artículo 11. Prohibición de prácticas que afecten la mayor concurrencia y competencia en los procesos de contratación</p> <p>Se encuentra prohibida la concertación de precios, condiciones o ventajas, entre proveedores o entre proveedores y terceros, que pueda afectar la mayor concurrencia y/o competencia en los procesos de contratación. Esta afectación a la libre competencia también puede materializarse mediante acuerdos para no participar o no presentar propuestas en los procesos de contratación. El funcionario o servidor público que intervenga o favorezca estas prácticas será sancionado administrativa o penalmente de acuerdo a la normativa correspondiente.</p>
<p>No existe ninguna infracción que castigue la contravención a los principios de competencia y/o concurrencia.</p>	<p>Artículo 51. Infracciones y sanciones administrativas</p> <p>51.1. Infracciones</p> <p>(...)</p> <p>Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que:</p> <p>(...)</p> <p>i) Incurran en la transgresión de la prohibición prevista en el artículo 11 de la presente Ley o cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el reglamento.</p>

Elaboración propia

Para la configuración del tipo infractor en el Decreto Legislativo N° 1017, era indispensable contar con el informe correspondiente del INDECOPI, situación que explicaría porque se aplica a dicha infracción el criterio de la responsabilidad objetiva. Ello se debería a que el TCE realizaba una mera constatación de un

presupuesto, el cual consistiría en ceñirse a lo dispuesto por el INDECOPI en su respectivo informe. Si dicho organismo disponía que sí hubo una vulneración a la libre competencia, el TCE aplicaría la correspondiente sanción, pero de no ser el caso, tocaría absolver al administrado imputado.

Ahora bien, en la actual regulación en materia de contrataciones del Estado, no se ha contemplado el castigar este tipo de conductas, ello se debería a que, tal potestad le corresponde exclusivamente al INDECOPI, situación que explicaría la actual redacción del artículo 14° del TUOLCE. Sumado a ello, de concretarse paralelamente un procedimiento sancionador iniciado por el INDECOPI y también del lado del TCE, muy probablemente se transgrediría el principio de non bis in ídem. Por tales motivos, no sería viable concebir que nuevamente se incluya en el TUOLCE, un tipo infractor similar al analizado.

En síntesis, sobre lo visto hasta ahora y de las resoluciones estudiadas en el Anexo Único, en el caso de las sanciones de mera inobservancia, es cierto que la elevación de los estándares de diligencia exigibles en este caso, de modo que el mero incumplimiento de una norma permite entender que se ha cometido la infracción y presumir la negligencia, hace en ocasiones difícil diferenciar estos supuestos de aquellos en donde se predica una responsabilidad objetiva (como ha ocurrido en la mayoría de los tipos infractores). Sin embargo, más allá de que sea posible aún en estos casos defender el alcance del principio de culpabilidad, **lo más importante es delimitar adecuadamente el ámbito donde es posible tipificar infracciones de esta manera.** En este sentido, lo que proponemos es que el uso de esta forma de tipificación no sea la regla sino la excepción, y deba justificarse en la naturaleza de los bienes protegidos en estos casos, que se podrían ver afectados por las infracciones de riesgo estadístico (Baca, 2019, p. 339).

En otras palabras, no se trata de aplicar un criterio de manera unívoca, sino de efectuar un análisis de cuando es conveniente y cuando no. Como hemos podido observar, en la mayoría de tipos infractores, al tratarse de disposiciones que solo requieren el mero análisis de circunstancias objetivas, no sería de utilidad emplear el criterio de responsabilidad subjetiva, pues no suma a la labor del TCE. Es más, hasta podría resultar contraproducente, pues el análisis de culpa y dolo es mucho más riguroso que el de la responsabilidad objetiva, aumentando la carga de dicho Órgano Colegiado. En cambio, para el caso de la presentación de información inexacta o falsa, dado que el TCE efectúa un análisis de diligencia del comportamiento del administrado (aplicando incluso un estándar excesivamente elevado), sí consideramos que es necesario que se emplee la responsabilidad subjetiva por los motivos previamente expuestos. Asimismo, una situación similar debe de acontecer respecto a la infracción referida a la inversión pública.

3.2. Sobre la inconstitucionalidad de la aplicación del criterio de responsabilidad objetiva en los casos estudiados, análisis a la luz de la Sentencia emitida en el marco del Expediente N° 00002-2021-PI/TC:

En el primer capítulo, ya habíamos hecho alusión a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 00002-2021-PI/TC, en donde dicho Colegiado habría perdido la oportunidad de pronunciarse respecto a la inconstitucionalidad o no del régimen de responsabilidad objetiva en materia de contrataciones del Estado.

Al momento de desarrollar lo concerniente al principio de culpabilidad habíamos resumido la posición del Tribunal Constitucional, la cual consistiría en que si bien, el precitado principio opera como un límite a la potestad sancionatoria del Estado, ya sea de tipo penal o administrativa; y, de ahí que la sanción, penal o administrativa, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico, lo cierto es que el numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG, establece que, excepcionalmente, cuando la Ley o decreto legislativo lo estipulen, la responsabilidad administrativa puede ser objetiva. Cuando en dicha Sentencia se señala que solo mediante normas con rango legal (Ley o Decreto Legislativo) se pueda fijar un régimen de responsabilidad administrativa objetiva, se busca evitar una regulación implícita de la misma o que sea mediante disposiciones infralegales, lo cual se constituye en una garantía para los administrados. Para determinar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el referido artículo del TUOLPAG, no será necesario el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor, esto es, la voluntad o conducta imprudente del sujeto quedan de lado y será suficiente con verificar la comisión de la infracción. No obstante, en este supuesto se constituye un deber de la Administración Pública de respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUOLPAG contempla en su artículo 257° (Expediente N° 00002-2021-PI/TC. Fundamentos jurídicos N° 50 al 55).

Sin embargo, mediante voto singular, el magistrado Sardón Taboada, señala que debe ser declarado inconstitucional el régimen de responsabilidad administrativa objetiva y cuestiona la constitucionalidad de los numerales 1) y 3) del artículo 50° del TUOLCE. Sobre el particular, menciona que la Sentencia contendría un error de motivación en su fundamento jurídico N° 54, toda vez que en un primer momento se indica que al aplicar la responsabilidad administrativa de tipo objetiva a la que alude el numeral 10) del artículo 248° del TUOLPAG, no será necesario el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor, y que, a efectos de imponer la sanción administrativa, solo basta que se haya producido la conducta infractora. No obstante, el Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico N° 55, indica que constituye un deber de la Administración Pública respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás normas aplicables al procedimiento administrativo sancionador, sobre todo aquellas reglas eximentes de responsabilidad que el propio TUOLPAG contempla en su artículo 257°. Al respecto, el magistrado Sardón Taboada advierte que las reglas eximentes de responsabilidad previstas en los literales

a), b), c), d) y e) del numeral 1) del artículo 257° del TUOLPAG constituyen supuestos de exclusión de responsabilidad basadas en la ausencia de culpabilidad del infractor (Expediente N° 00002-2021-PI/TC, pp. 26-27).

Es decir, inicialmente el Tribunal Constitucional indica que es viable la aplicación de la responsabilidad objetiva en el régimen del procedimiento sancionador en las contrataciones del Estado y que no sería necesario acreditar el comportamiento intencional o imprudente del sujeto infractor. Pese a ello, posteriormente exhorta a que las Administraciones Públicas, respeten los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás reglas eximentes de responsabilidad contenidas en el artículo 257° del TUOLPAG, entre las que podemos ubicar **la ausencia de responsabilidad por la falta de culpabilidad del infractor**.

Sumado a ello, el magistrado Sardón Taboada invoca un gran número de sentencias del Tribunal Constitucional en donde se menciona que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador (Sentencias N°s 2050-2002-AA/TC; 2192-2004-PA/TC; 0156-2012-PHC/TC; 06343-2007-PA/TC; 02250-2007-PA/TC; 00020-2015-PI/TC, entre otras). Agrega, en relación al principio de culpabilidad que, si bien no goza de reconocimiento constitucional expreso, puede ser derivado del principio de proporcionalidad de las penas y de legalidad penal. Así, el principio de culpabilidad brinda la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reprobable a quien los cometió, de este modo queda proscrita la responsabilidad objetiva (Sentencias N°s 0014-2006-PI y 03245-2010-PHC/TC) (Expediente N° 00002-2021-PI/TC, p. 27).

Por lo expuesto, el magistrado Sardón Taboada concluye que resulta inconstitucional que los numerales 1) y 3) del artículo 50° del TUOLCE, habiliten la aplicación de responsabilidad objetiva en el ámbito sancionador de las contrataciones públicas.

Ahora bien, en relación al artículo 257° del TUOLPAG, se entiende por eximente de responsabilidad a la exculpación de responsabilidad del autor de la infracción; esto es, la exculpación del sujeto responsable de la infracción y que no le correspondería responder por la comisión de esta. La carga de la prueba se invierte en los supuestos de eximentes de responsabilidad, recayendo en el administrado que los alega. Dicho de otro modo, la comprobación de la responsabilidad debe ser aprobada por la Administración Pública, no correspondiéndole acreditar la inexistencia de eximentes (Morón, 2019, pp. 513-514).

De los presupuestos establecidos como eximentes, llama poderosamente la atención el referido al caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada, siendo que atienden a circunstancias imprevisibles, extraordinarias e irresistibles,

conforme pudimos anotar en el primer capítulo. La presencia de estos sucesos elimina la responsabilidad al no haber sido deseado el resultado por el autor o no haber podido ser evitado, a pesar de actuar con diligencia debida. Debido a que la conducta del presunto infractor no ha sido determinante para la configuración de la infracción, no puede exigirse responsabilidad administrativa. A ello se le debe añadir el proceder con debida diligencia por parte del sujeto. Esto significa que debió haber adoptado las medidas necesarias para evitar los resultados infractores provenientes de los hechos fortuitos, por lo que toda producción de un resultado típico que no se debe, al menos, a un comportamiento culposo e imprudente debe considerarse como fortuita y, en consecuencia, excluirse de los sancionadoramente relevante (Morón, 2019, pp. 516-517).

A mayor abundamiento, el 27 de octubre de 2022, se efectuó una solicitud de acceso a la información pública al Tribunal Constitucional, para obtener el escrito de demanda que dio origen al Expediente N° 00002-2021-PI/TC. Al respecto, el día 28 del mismo mes y año, se nos envió dicho escrito, en donde el estudio jurídico BAXEL CONSULTORES, señaló lo siguiente (2021, pp. 67-74):

“(...) el régimen de responsabilidad objetiva impone como regla que la determinación de infracciones administrativas depende de la sola generación de un resultado reprochable (como la puesta en peligro o lesión de bienes jurídicos). Esto significa que se declarará la existencia de una infracción administrativa sin que importe o se valore la conducta que tuvo el sujeto infractor, sin que importe si el sujeto actuó con diligencia, dolo o culpa. Es decir, se sancionará sin que importe la voluntad o no de cometer la infracción, a pesar de esto constituye una exigencia del principio constitucional de culpabilidad.

(...)

En este caso, los numerales 50.1 y 50.3 del artículo 50 de la LCE y el inciso 10, del artículo 248 de la LPAG coinciden en establecer o abrir la puerta a un régimen de responsabilidad objetiva que sustenta la imposición de las sanciones en la sola ocurrencia del hecho típico, es decir, que basta con cometer la conducta infractora que se aplique, sin más análisis, la sanción respectiva. Tal escenario es inconstitucional porque hace imposible aplicar el principio de antijuridicidad de las conductas punibles. En efecto, si las normas impugnadas disponen que para sancionar basta con la sola verificación del hecho típico, entonces, no dejan espacio para que los administrados invoquen la existencia de algunas causas justificantes que podrían hacer lícitas sus conductas que, prima facie, parecían reprochables. Por tanto, para las infracciones administrativas vinculadas con la contratación estatal o para aquellas sustentadas en Leyes especiales que también establezcan un régimen de responsabilidad objetiva, no será relevante determinar el valor que pueda tener la conducta infractora dentro del ordenamiento jurídico, sino que solo importa el resultado reprochable, esto es, solo interesa verificar la comisión de un hecho típico para imponer la sanción respectiva, lo que es inconstitucional y contradictorio con el mismo ordenamiento jurídico.

(...)

En la práctica, el régimen jurídico impugnado genera que la arbitrariedad de que los particulares deban afrontar procesos administrativos sancionadores sin poder

ejercer de modo pleno sus defensas, pues no podrán invocar la licitud o legitimidad de su conducta típica, sino que deberán limitar sus defensas a la realización o no de la conducta imputada, lo que es arbitrario. Esto quiere decir que los sujetos sometidos al régimen de responsabilidad objetiva no podrán denunciar la existencia de causas justificantes que hacen legítimas sus acciones típicas. Por ejemplo, los ciudadanos sometidos a los procesos sancionadores de contratación estatal no podrán invocar la aplicación del artículo 257 de la LPAE que recoge causales eximentes (caso fortuito, fuerza mayor, actuar en cumplimiento de un deber, en legítima defensa, error inducido por el Estado, subsanación voluntaria) o atenuantes (reconocimiento) de la responsabilidad administrativa, a pesar de tratarse de conductas típicas no antijurídicas. Tal posibilidad es claramente inconstitucional por cuanto resulta irrazonable y arbitrario que, de un lado, los principios y disposiciones del ordenamiento jurídico califiquen como legítima o lícita ciertas conductas y que, a pesar de eso, la Administración Pública deba sancionar esas mismas conductas, lo que evidencia la inconstitucionalidad en que incurrir las normas impugnadas.

(...)

Veremos, además, que las normas impugnadas son inconstitucionales porque el régimen de responsabilidad objetiva también obliga a sancionar aún si la conducta del autor no fuera reprochable desde el punto de vista de su voluntad, es decir, se sanciona sin importar si hubo dolo, negligencia, diligencia, o si el autor adoptó todos los recaudos posibles para evitar la conducta infractora sin conseguirlo”.

En dicha línea argumentativa, en concordancia con el análisis efectuado en el apartado previo, lo desarrollado sobre los eximentes solo aplicaría para el caso de la presentación de información falsa o inexacta, la infracción sobre inversión pública y en aquellos casos en donde el TUOLCE ya reconoce expresamente la aplicación del criterio de responsabilidad subjetiva. No obstante, de cara al objetivo de la presente investigación, lo apuntado es de aún más relevancia para los tipos infractores referidos a información falsa o información inexacta, ello debido a que, como ya desarrollamos con anterioridad, los estándares de diligencia exigidos por el TCE para la configuración de las mencionadas infracciones **son de imposible consecución**.

En otras palabras, es correcto lo analizado por el magistrado Sardón Taboada, en la medida que la normativa que aplica la Administración Pública en los procedimientos sancionadores a su cargo, debería otorgarle preponderancia al régimen de responsabilidad subjetiva. Ello, con mayor razón, para los casos de presentación de información falsa o inexacta y la infracción sobre inversión pública, para los que es necesario cambiar al criterio de responsabilidad subjetiva, ya que, de los casos estudiados en el Anexo Único, se ha podido detectar que el TCE evalúa la debida diligencia del imputado (e incluso va más allá por los estándares de diligencia casi irrealizables), pese a que normativamente corresponde solo resolver los casos atendiendo a la responsabilidad objetiva. En tal sentido, debido a la contradicción detectada por el aludido magistrado en la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional analizada en el presente apartado, a los casos puntuales de infracción por la

presentación información falsa o información inexacta y la infracción sobre inversión pública, se les debe de aplicar el artículo 257° del TUOLPAG.

Por tanto, deben ser empleadas los eximentes de responsabilidad para los supuestos infractores de señalados, pues, para tales situaciones, debe de primar el criterio de responsabilidad subjetiva. Cabe precisar que tal valoración no podría emplearse para aquellos casos en los que debe aplicarse la responsabilidad objetiva, ya que, en la práctica resulta más eficiente y coherente con la realidad, mantenerlo en dicho sentido. En circunstancias en las que la responsabilidad subjetiva no suma, y lo que se busca es un **escenario de eficiencia**, con la finalidad de evitar cargar al TCE con análisis estériles e improductivos, es sumamente práctico que se mantenga el tipo de responsabilidad en los casos que hemos señalado en el acápite previo, en los que solo se efectúa la constatación de situaciones fácticas sin mayor análisis de los hechos y las pruebas. Sobre el enfoque de eficiencia ahondaremos en el siguiente subcapítulo.

Sumado a ello, a pesar de que los eximentes son garantías indiscutibles a favor del administrado en el marco del procedimiento administrativo sancionador, el numeral 3) del artículo 264° del Reglamento del TUOLCE establece de manera expresa que en los procedimientos sancionadores de competencia del TCE no se aplican los supuestos de eximentes previstos en el TUOLPAG. Evidentemente, no cabe duda de que el Reglamento del TUOLCE está restringiendo condiciones favorables para los administrados que resultan ser aplicables en el marco de todo procedimiento administrativo sancionador sin admitir excepción alguna (Linares y Rojas, 2020, p. 176).

No aplicar este razonamiento derivaría en la vulneración del principio de debido procedimiento. Recordemos que cuando abordamos dicho principio, señalamos que, de acuerdo a nuestro Tribunal Constitucional, el debido proceso en sede administrativa importa un conjunto de derechos y principios que forman parte de un contenido mínimo que constituyen las garantías indispensables con las que cuenta el administrado frente a la Administración (Expediente N° 8957-2006-PA/TC. Fundamento jurídico N° 10). Los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros). El contenido constitucional del derecho al debido proceso presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (Expediente N° 0023-2005-AI/TC. Fundamentos jurídicos N° 43 y 48).

La dimensión más conocida del derecho al debido procedimiento administrativo comprende una serie de derechos que constituyen un estándar mínimo de garantías para los administrados, que implican la aplicación a la sede administrativas de los derechos concebidos, originalmente, en el marco de la sede de los procesos judiciales. Por lo general se suelen desprender los siguientes subprincipios esenciales: el contradictorio, el derecho de defensa, el derecho a ser notificado, el acceso al expediente, el derecho de audiencia, el derecho a probar, entre otros. El debido procedimiento administrativo, supone en toda circunstancia el respeto por parte de la Administración Pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común y especializada y a los que se refiere el artículo 139° de la Constitución. Tales directrices o atributos en el ámbito administrativo general, normalmente se encuentra reconocido por conducto de Ley a través de los diversos procedimientos de defensa o reconocimiento de derechos y situaciones jurídicas, por lo que su transgresión impone como correlato su defensa constitucional por conducto de acciones constitucionales (Morón, 2019, pp. 83-84).

Las exigencias del TCE hacia los administrados, de requerirles tales niveles de diligencia, irrealizables e inasequibles, pueden desembocar en la vulneración del derecho a probar. Ello en la medida que se le exige demostrar que adoptó medidas que, exceden sobremanera el estándar de diligencia debida, descartando de plano otros medios probatorios que sí demostrarían una diligencia media, vulnerándose, además, el principio de verdad material.

El derecho constitucional a probar no es autónomo, sino que este se encuentra directamente vinculado al derecho constitucional al debido proceso. Y, por tanto, el derecho a probar se concibe como un derecho esencial de los justiciables al momento de producir la prueba relacionada con los hechos que son materia de su pretensión o que configuran su defensa. De este modo, las partes involucradas en el proceso o un tercero legitimado, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con el fin de acreditar los hechos que configuran su pretensión o su defensa conforme al Tribunal Constitucional (Expediente N° 6712-2005-HC/TC. Fundamento jurídico N° 15).

En ese sentido, a partir del criterio adoptado por el TCE en el particular caso de la aplicación de sanciones por la comisión de infracciones relacionadas a la presentación de información inexacta o información falsa, se instaura un conjunto de exigencias hacia el administrado para que este sustente su inocencia, consistente en requerir medios de prueba que en la mayoría de casos, no son posibles ni factibles de conseguir, dejándose de lado otros medios probatorios que podrían acreditar la diligencia media del administrado. El establecer un estándar de diligencia tan elevado, tiene como correlato que los administrados no se encuentren en la posibilidad de acreditar probatoriamente que actuaron diligentemente, prescindiéndose de otros medios probatorios aportados durante la tramitación del procedimiento sancionador (lo hemos

podido verificar en los casos en donde el TCE no valora Declaraciones Juradas de personal clave o cartas solicitando a los emisores de cierta documentación, que confirmen su veracidad). Ergo, sostener la actual redacción de los tipos infractores vinculados a la presentación de información inexacta o falsa, da pie a la inconstitucionalidad de dichas disposiciones, por la vulneración al derecho a probar y al debido procedimiento. Ello también debería tener lugar en el caso de la infracción sobre inversión pública; sin embargo, y a diferencia de la presentación de información falsa o inexacta, no hemos detectado en el análisis de casos, la exigencia de estándares tan elevados de diligencia.

En adición a ello, también existiría una afectación al derecho a una debida motivación, pues el TCE no sustenta adecuada ni apropiadamente las razones por las cuales aplica las sanciones, empleando reiteradamente los mismos argumentos, conforme hemos podido apreciar en los párrafos previos. El TCE no analiza los argumentos planteados por los administrados, reproduciendo en repetidas ocasiones que basta con la sola verificación de la comisión de la infracción para la imposición de la sanción, sin mayor sustento, vulnerándose también el debido procedimiento por una casi ausente motivación. No obstante, en el siguiente acápite desarrollaremos con mayor profundidad los aspectos referidos a la debida motivación, por su vinculación con el buen gobierno.

3.3. El criterio de responsabilidad subjetiva como manifestación del derecho a una buena administración:

La buena administración es la manifestación más clara del nuevo paradigma que propugna el buen gobierno al centrarse en la forma en que las decisiones administrativas son tomadas como factor de calidad; de este modo, su preocupación no es el control de la discrecionalidad sino el direccionar el uso de la misma para que se adopte la mejor decisión posible (Ponce, 2001, pp. 127-132).

De un lado, puede ser un principio general del Derecho, constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios (transparencia, rendición de cuentas, participación, corrección y eficacia). A la vez, puede ser un deber jurídico constitucional, que aparezca implícitamente como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer. Finalmente, será, además, un derecho subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiendo reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas (Ponce, 2014, p. 93).

En ese sentido, la buena administración constituye una expansión del alcance de los estándares que regulan la conducta de la administración, dado que representa de manera concreta una preocupación por la calidad de la actividad

administrativa como forma de legitimación de la actuación del Estado (Smith, 2012, p. 276).

Asimismo, el legítimo derecho a una buena administración, al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad, actúa como límite más allá de la simple arbitrariedad, siendo, además, una guía para los gestores públicos en la toma de sus decisiones. Y, por tanto, se trata de un útil instrumento en el control administrativo en garantía de los intereses y los derechos de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos (Ponce, 2014, p. 85).

Es necesario que, para consolidar una Administración Pública capaz de ajustarse satisfactoriamente a las exigencias y demandas democráticas de la población, se considere una gama de criterios que bien podrían ser calificados como internos, en tanto que responden a su articulación interna, a la objetividad de su actuación, a los procesos de tramitación, a los de transparencia, claridad y simplificación de sus estructuras, entre otros. Pero, por sobre todo ello, debe prevalecer la finalidad del servicio ciudadano en tanto que les brinda su real dimensión y sentido.

Ante lo expuesto, no puede dejarse de subrayar con insistencia el rol central que posee la persona para la Administración Pública ya que es el ser humano, con el cúmulo de circunstancias y particularidades que lo acompañan en su desarrollo, el sujeto de derechos y libertades por excelencia. A ese hombre, a esa mujer, con su determinada edad, su grado de cultura y de formación, mayor o menor, con su procedencia concreta y sus intereses particulares, propios, legítimos, es a quien la Administración pública sirve para que se pueda desarrollar en libertad (Rodríguez Arana, 2013, p.27).

El artículo 41° de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de diciembre de 2007 es, ciertamente, la referencia normativa más importante que existe en el fundamento mismo de la Unión Europea sobre la materia:

“Artículo 41

Derecho a una buena administración

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,*
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial, **la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.***

3. *Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.*

4. *Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”* (El resaltado es agregado).

Muestra del desarrollo jurisprudencial de ello, son las distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde se señala que, entre los componentes esenciales del derecho fundamental a una buena administración, podemos encontrar el deber de respeto del principio de diligencia, a saber, la obligación de la institución competente de examinar minuciosa e imparcialmente todos los elementos pertinentes del asunto. Asimismo, incluye la posibilidad de que se pueda presentar reclamaciones sobre casos de mala administración, así como la inobservancia de un plazo razonable en determinado procedimiento administrativo (Sentencias con Asunto T 217/11 del 29 de abril de 2015; C 269/90 del 21 de noviembre de 1991; C 405/07 del 6 de noviembre de 2008; T 475/07 del 9 de septiembre de 2011, T-31/99 del 20 de marzo de 2002; C-505/09 del 29 de marzo de 2012, entre otros).

Toda vez que se trata de un derecho fundamental, se tiene que el derecho a la buena administración genera tantas obligaciones negativas (es decir, obligaciones de no hacer) como obligaciones positivas (es decir, obligaciones de hacer) en la Administración Pública. Las obligaciones negativas que son consecuencia de su vinculación con los principios clásicos que derivan del principio Estado de derecho se orientan a controlar posibles actos arbitrarios en el ejercicio de la discrecionalidad. Por el contrario, las obligaciones positivas buscan direccionar el ejercicio de las facultades discrecionales para el logro del interés general y derivan de los principios de buen gobierno y buena administración (Castro, 2015, p. 7).

En ese sentido, el derecho a la buena administración da respuesta a la preocupación por la calidad de las decisiones y de las políticas como forma de legitimar la actuación de los poderes públicos (Castro, 2015, p. 7). De ahí que el derecho a una buena administración no solo actúe como límite contra la mera arbitrariedad al imponer obligaciones jurídicas en el núcleo del ejercicio de la discrecionalidad; sino también constituya una guía para los gestores públicos en la toma de decisiones (Ponce, 2014: 86), a efectos de garantizar el interés general y promover la confianza y aceptación de las decisiones administrativas (Castro, 2015, p. 7).

En ese orden de ideas, el contenido esencial y más relevante del derecho a la buena administración está determinado por el deber de diligencia o cuidado, el cual consiste en la obligación de ponderar, evaluar todos los elementos en juego antes de tomar una decisión con el fin de garantizar que aquella sea la mejor

decisión posible; así como la obligación de **motivar dicha decisión** (Castro, 2015, p. 7).

La exigencia de que se argumente la orientación de los actos administrativos es plenamente reconocida como el mecanismo que permite apreciar el grado de legitimidad de estos y que, a su vez, hace posible limitar la arbitrariedad en la actuación pública. Ello por cuanto conmina al funcionario a reflexionar, razonar y a patentizar, de un lado, la justificación de sus actos como el objetivo que ha perseguido con su emisión, brindando así mayores posibilidades para evaluar si este ejerce su competencia, circunscribiéndose solo a dictados de interés público, exponiendo, además, elementos valiosos para la interpretación ulterior, calificación y control de su actuación en términos de objetividad y finalidad pública. En ese sentido, la motivación debe ser entendida como la obligatoria exteriorización de las razones que sirven de base o determinan una resolución de la Administración. (Morón, 2019, p. 244).

Nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia contenida en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, señala que el derecho a la debida motivación importa que quien resuelve determinado caso, exprese las justificaciones o razones objetivas que los conducen a tomar una determinada decisión. Tales razones, por supuesto, deben provenir no solo del ordenamiento jurídico aplicable y vigente, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite procesal. (2008. Fundamento jurídico N° 6).

En la Sentencia precitada, el Tribunal Constitucional clasifica los errores que pueden afectar el derecho a una debida motivación. De este modo, el TCE al momento de emitir sus resoluciones sobre la presentación de información falsa o inexacta, incurre en deficiencias en la motivación externa. Sobre el particular, este tipo de deficiencia ocurre en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte un Tribunal en sus decisiones. Si quien resuelve, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por "X", pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de "X" en tal supuesto, entonces estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente deficiencia en la justificación externa del razonamiento jurídico (2008. Fundamento jurídico N° 7).

En el caso particular de la presentación de información falsa o inexacta, el TCE al momento de efectuar su análisis, no evalúa debidamente los medios probatorios presentados por los administrados, inclusive, los elevados estándares de diligencia exigen que el imputado tenga que presentar pruebas que en la mayoría de casos no son pasibles de ser ofrecidas u obtenidas. En esa medida, ante la ausencia de la debida evaluación de los medios de prueba, también nos encontramos ante una transgresión al derecho a una debida

motivación, por deficiencias en la motivación externa, con la correlativa vulneración al debido procedimiento.

Ahora bien, el derecho a una buena administración es un instrumento en el control administrativo en garantía de los derechos e intereses de los ciudadanos, tanto individuales como colectivos (Ponce, 2014, p. 86). Su contenido esencial está determinado por el **deber de cuidado o diligencia**, con el cual se exige a los gestores públicos de la Administración Pública que, a fin de tomar una decisión, **pondere y evalúe todos los elementos de juego, así como sustente y motive debidamente su fallo**. De esta manera, se garantizará que la Administración Pública ha tomado la mejor decisión posible y, con ello, se garantizará el interés general y la promoción de la confianza y aceptación de las decisiones administrativas por parte de los ciudadanos.

En esa línea argumentativa, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 00017-2011-PI/TC reitera que el principio de buena administración se fundamenta en el artículo 39° de la Constitución. En concreto, afirma que los delitos contra la administración pública tienen su sustento en dicho artículo, porque del mismo se deriva el principio de buena administración; de modo que existe el deber de combatir todo acto de corrupción que se deriva del principio de Estado Democrático (2011. Fundamento jurídico N° 26).

De igual manera, en la Sentencia expedida bajo el Expediente N° 2235-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional señaló que el principio de buena administración se encuentra constitucionalizado en el contenido del artículo 44° de la Constitución, el cual ordena que es deber primordial del Estado, entre otros, promover el bienestar general fundamentado en la justicia y el desarrollo equilibrado e integral de la Nación (2004. Fundamento jurídico N° 10).

En otras palabras, el principio de buena administración es un principio-deber constitucionalizado, que se encuentra implícito en los artículos 39° y 44° de la Constitución, ya que tiene por objetivo el adecuado y responsable ejercicio del poder y del cumplimiento de los deberes de función estatal, garantizando la realización de los derechos humanos y la protección del interés general, proveyendo marcos institucionales transparentes y participativos para el eficaz funcionamiento del aparato estatal en el marco de un Estado social y Democrático de Derecho como medio para asegurar el desarrollo de todos los miembros de la sociedad en condiciones dignas y de igualdad (Castro, 2014, p. 248).

Como bien señalamos en la sección introductoria, en la presente investigación no se pretendió tomar partida por una posición absoluta en relación al régimen de responsabilidad en los procedimientos sancionadores en materia de contrataciones del Estado. No era la intención del presente trabajo abogar por que todos los tipos infractores sean evaluados bajo la óptica de responsabilidad subjetiva o de la responsabilidad objetiva.

La finalidad detrás del estudio de casos y las tendencias del TCE era detectar bajo qué circunstancias y en qué supuestos, era viable aplicar uno de los dos tipos de responsabilidad. En ese sentido, se detectó que en la mayoría de casos, resulta más eficiente aplicar la responsabilidad objetiva, pues el TCE solo se encarga de verificar situaciones objetivas, sin emitir ningún tipo de juicio de valor, ni efectuar mayores valoraciones. Sin embargo, para el caso de los tipos infractores referidos a la presentación de información inexacta o falsa o el de inversión pública, es indispensable cambiar el paradigma y aplicar la responsabilidad subjetiva.

Dado que el principio/derecho a una buena administración dispone que las Entidades Públicas no solo deben conformarse con tomar decisiones en el marco de la legalidad, sino, además, tomar decisiones de **calidad y eficientes**, resulta necesario que, los tipos infractores señalados, sean evaluados a la luz de la responsabilidad subjetiva.

Solo de este modo el TCE se dará el trabajo de motivar debidamente sus decisiones y evaluar un estándar de diligencia razonable y alcanzable, sin bordear la arbitrariedad. Asimismo, solo así se valorarán debidamente los hechos y los medios probatorios aportados por los administrados, sin la necesidad de exigir pruebas que en la práctica son imposibles de ofrecer.

Como principio de buen gobierno, el principio de eficacia hace referencia no solo al logro de los objetivos o finalidad pública establecidos por la norma sino también a los medios mediante los cuales dichos objetivos son alcanzados; es decir, está vinculado al concepto de eficiencia. Es por eso que desde su dimensión constitucional el principio de eficacia debe ser entendido desde una doble perspectiva: (i) la perspectiva del cumplimiento de objetivos en base a un óptimo uso de los recursos; y, (ii) la perspectiva de los medios, en donde se tienen en cuenta los procedimientos empleados para la consecución de los resultados (Castro, 2014, pp. 255-256).

Es así que del principio de eficacia deriva la obligación para los funcionarios y servidores públicos de orientar su actuación hacia la consecución de objetivos públicos, de manera proporcional, objetiva y razonable y con un manejo responsable y óptimo de los recursos públicos, con el fin de concretar las exigencias del Estado social y democrático de Derecho (Castro, 2019, p. 235).

En síntesis, no se trata de que el TCE aplique unívocamente el criterio de responsabilidad subjetiva, sino que lo haga con un uso eficiente del tiempo y sus recursos. Nunca fue la intención de la presente investigación el abogar por un solo tipo de criterio, sino de dotar a nuestra Administración Pública de las herramientas correctas para que, de un lado, garantice debidamente los derechos de los administrados, pero, por otro lado, que su carga procesal no se incremente innecesariamente al exigirle realizar un análisis de culpa o dolo, sobre tipos infractores que no ameritan ello. Sin perjuicio de ello, si es indispensable que, para el caso de información falsa o información inexacta, se

aplique el criterio de responsabilidad subjetiva, además de reducir los estándares de diligencia exigidos. De forma similar a la indicada, debe efectuarse el tratamiento de la infracción sobre inversión pública.

CONCLUSIONES:

1. Al aplicar la responsabilidad subjetiva, la acción cuestionada en los procedimientos sancionadores tiene que ser imputada a título de dolo o de culpa. Respecto al dolo, este implica que el autor tiene conocimiento de los hechos que constituyen la infracción, así como de su naturaleza antijurídica. Por otro lado, el autor obra con culpa o con imprudencia (o negligencia) cuando este realiza un hecho típicamente antijurídico, de manera no intencional, sino como resultado de haber infringido el deber de cuidado que le era exigible personalmente y cuyo resultado tenía que haber previsto.
2. En cuanto a la responsabilidad objetiva, basta la existencia de la relación causal entre la infracción y la actuación del administrado para imputar la misma, sin que para ello deba ser necesario analizar algún factor de atribución. Resulta evidente que el dolo y la culpa son irrelevantes para determinar la comisión de una infracción administrativa.
3. En la evolución de la legislación relativa a contratación del Estado, se observó que no fue hasta que se promulgó el Decreto Legislativo N° 1341 que se incluyó de forma expresa el criterio de responsabilidad objetiva, aun cuando se incorporó con una expresión bastante peligrosa consistente en que la responsabilidad será subjetiva en las infracciones que admitan la posibilidad de justificar dicha conducta. Tal disposición generaba un escenario de inseguridad jurídica, toda vez que otorgaba un margen de discrecionalidad bastante amplio al TCE, para que este pueda elegir en qué circunstancias aplicar el régimen que ellos crean convenientes (sea objetivo o subjetivo). De forma posterior, a través el Decreto Legislativo N° 1444 se precisó y aclaró ello, ya que señala expresamente que, si bien la responsabilidad es objetiva, esta únicamente será subjetiva en los literales a), b), h) y n) del numeral 1) del artículo 50° del TUOLCE.
4. La admisión de la responsabilidad de las personas jurídicas no tiene que llevar a reconocer una responsabilidad objetiva, sin desconocer la exigencia de tipicidad subjetiva. En estos casos es necesario construir un concepto de culpabilidad que se adecue a las características de estos sujetos. Al respecto, lo que proponemos es entender que una persona jurídica será culpable cuando exista un déficit de organización, de modo que no se impida o incluso se favorezca la comisión de la infracción. No es necesario, por tanto, identificar a una persona natural que haya obrado con dolo o con culpa, sino que esta se presumirá si existe un incumplimiento que le sea atribuible a la persona jurídica imputada, salvo que ésta pueda probar su actuar diligente.

5. En el caso de los Consorcios, la responsabilidad solidaria no constituye un supuesto de responsabilidad objetiva. En este sentido, mientras se haya puesto la diligencia debida en el cumplimiento de ciertas obligaciones no debería existir responsabilidad. No obstante, aun cuando el TUOLCE prevé la posibilidad de individualizar la responsabilidad en aquel integrante del consorcio que cometió la infracción, al limitar la identificación del sujeto a tres (3) documentos específicos, dejan de lado el análisis del resto de documentos que conforman la oferta presentada en cierto procedimiento de selección.
6. Cuando las entidades Públicas infractoras actúan como proveedores de otra Administración, no hay mayor debate sobre la aplicación de sanciones. Sin embargo, cuando se hace referencia al aspecto volitivo de los Organismos que componen el Estado, en realidad nos encontramos ante la manifestación del principio de legalidad, pues no hay ejercicio del poder sin previa habilitación de una norma que así lo disponga.
7. Del análisis de casos, desde una perspectiva de eficacia, es inevitable aplicar el criterio de responsabilidad objetiva en la mayoría de tipos infractores, salvo por las excepciones del artículo 50° del TUOLCE.
8. Sin embargo, para el caso de información falsa o información inexacta, el TCE ha señalado que se podrá absolver al administrado en la medida que demuestre: i) el contratista contrató, previo a la presentación de su propuesta técnica, a una empresa especializada para que corrobore la veracidad de los documentos, ii) dicha empresa está especializada en verificar documentos, con experiencia en dicho rubro y, iii) se acreditó que efectivamente se prestó el servicio, en atención a la acreditación de pagos por ello. De ello, se aprecia que la Sala correspondiente ponderó otras situaciones para declarar no ha lugar a la imposición de la sanción, de las cuales podemos colegir una aparente exigencia de diligencia.
9. La diligencia bien puede ser entendida como la idónea utilización de energías y medios útiles para realizar un fin determinado. Se tiene entonces que para valorarla es preciso tener en cuenta su contenido; es decir, la conducta de cierto sujeto en relación con los obstáculos que se le presentan y el esfuerzo necesario para superarlos; no así la consecución del resultado perseguido.
10. Como puede observarse la diligencia tiene directa vinculación con circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Sin embargo, podemos anotar que los estándares de diligencia exigidos por el TCE son excesivamente elevados, pues, como se evidencio en los casos estudiados se requiere al administrado tomar medidas onerosas y que muchas empresas no se encuentran en la posibilidad de cumplir, más aún si se trata de una pequeña o mediana empresa. Sumado a ello, se tiene que la declaración del presunto emisor de un documento, negando haber expedido el mismo, se torna en una suerte de prueba plena, vulnerándose el principio de verdad material, dejándose de lado la práctica de pericias grafotécnicas.

11. Resulta contradictorio que el TCE evalúe criterios de diligencia y no solo ello, sino, además, un grado de diligencia impracticable o inasequible en términos económicos, pues la esta forma parte de la culpa y la culpa, de la responsabilidad subjetiva. Así pues, la intencionalidad del presunto infractor solo debería aplicarse en la graduación de la sanción, según el Reglamento del TUOLCE; sin embargo, de los casos estudiados se colige que, en la práctica, el TCE muchas veces utiliza tales criterios para determinar la sanción, pese a que los tipos infractores analizados deben ser aplicados por medio de la responsabilidad objetiva.
12. No se cuenta en la actualidad con una codificación o registro de la experiencia, tanto de la empresa como de su personal (ni siquiera en el SEACE u otro medio), que permita reemplazar para cada proceso, la presentación de copias de constancias, contratos, comprobantes de pago y demás documentos similares. Por ello, la necesidad de confianza en el proveedor resulta esencial para el funcionamiento del régimen de contratación estatal. De otra forma, ninguna empresa podría postular a tiempo a ningún procedimiento de selección o presentar ofertas, pues los plazos de dichos procedimientos son bastante cortos.
13. Otro aspecto a criticar es el criterio referido a la figura de “*Interpósita persona*”, en la medida que, por medio de esta, se exigiría al administrado que este en constante seguimiento de todas las acciones que realizan sus trabajadores, siendo materialmente imposible efectuar ello.
14. No puede concebirse que el TCE realice el análisis de si las fichas técnicas o estudios de pre inversión o expedientes técnicos cuentan con omisiones, deficiencias o información equivocada; o, si la supervisión de la ejecución de obras se efectuó faltando al deber de velar por la correcta ejecución técnica, económica y administrativa de la prestación, aplicando meramente la responsabilidad objetiva. Es necesario que se pueda analizar este tipo infractor a la luz de la responsabilidad subjetiva, ya que, para poder establecer si hubo una correcta ejecución de las prestaciones, el TCE debe de evaluar si es que hubo o no debida diligencia o ausencia de intencionalidad.
15. La Administración Pública debe respetar los principios que orientan su potestad sancionatoria, así como las demás reglas eximentes de responsabilidad desarrolladas en el artículo 257° del TUOLPAG, entre las que podemos detectar la ausencia de responsabilidad por la falta de culpabilidad del infractor.
16. Aun cuando no es autónomo, el derecho constitucional a probar se encuentra vinculado directamente al derecho al debido proceso. En ese sentido, a partir del criterio adoptado por el TCE en la aplicación de sanciones por la comisión de infracciones por la presentación de información inexacta o falsa, se insta un conjunto de exigencias hacia el administrado para que este sustente su inocencia, consistente en requerir medios de prueba que en la mayoría de casos, no son posibles ni factibles

de conseguir, dejándose de lado otros medios probatorios que podrían acreditar la diligencia media del administrado, afectando también el deber de motivación.

17. No se trata de que el TCE aplique unívocamente el criterio de responsabilidad subjetiva, sino que lo haga con un uso eficiente del tiempo y sus recursos. No se trata de abogar por un solo tipo de criterio, sino de dotar a nuestra Administración Pública de las herramientas correctas para que, de un lado, garantice debidamente los derechos de los administrados, pero, por otro lado, que su carga procesal no se incremente innecesariamente al exigirle realizar un análisis de culpa o dolo, sobre tipos infractores que no ameritan ello.

ANEXO ÚNICO:

Dicho anexo, puede encontrarse en el siguiente enlace y/o QR:

<https://docs.google.com/document/d/1pZolPmOK5JEUfHLxZI97435ymj6zavB1/edit?usp=sharing&oid=105617932078399496592&rtpof=true&sd=true>



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

Doctrina:

1. ABUHADBA, F. y VILLAVICENCIO, L. (2019). *Análisis del Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018-TCE-Sobre la presentación de información inexacta*. Revista de Derecho Administrativo (17), PUCP, p. 141.
2. AGUILERA, Z. (2021). *Los principios en los procedimientos administrativos sancionadores de contratación estatal*. Estudios sobre Derecho Administrativo. Volumen I. Revista Derecho y Sociedad, PUCP, pp. 756-758.
3. ALEXY, R. (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa (5), pp. 143-144.
4. ÁVILA, H. (2011). *Teoría de los principios*. Marcial Pons.
5. ATIENZA, M. y RUIZ, J. (1991). *Sobre principios y reglas*. Doxa (10), pp. 103-105.
6. BACA, V. (2010). *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento*

- peruano, pp. 8, 11, 12, 14 y 15. Disponible en: https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_resp_onsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf
7. BACA, V. (2019). *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano*. Revista digital de Derecho Administrativo (21), Universidad del Externado, pp. 339-340. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>
 8. BAXEL CONSULTORES. (2021). Demanda de inconstitucionalidad del Exp. N° 00002-2021-PI/TC, pp. 67-74.
 9. BDINE JUNIOR, H. (2010). *Código Civil Comentado. Doutrina e Jurisprudência*. Coordinador: Cezar Peluso, Manole, pp. 411-415.
 10. BEZCHINSKY, G. y LÓPEZ, M. (2012). *Compras públicas sustentables en América Latina y el Caribe*. Universidad Nacional de San Martín (USAM), p.1.
 11. CARRASCO, S. (2005). *Metodología de la investigación científica*. Editorial San Marcos, Lima.
 12. CASTILLO, M. y RIVAS, G. (2014). *La diligencia y la inejecución de las obligaciones*. Revista *Ius Et Veritas* (48), PUCP, p. 140.
 13. CASTILLO, G. y TERRONES, J. (2020): *El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Revista *Derecho y Sociedad* (54), PUCP, pp. 203-204.
 14. CASTRO, A. (2019). *Principles of good governance and the ombudsman*. Intersentia.
 15. CASTRO, A. (2015). *El ombudsman y el control no jurisdiccional de la administración pública como garantía del derecho a la buena administración*. XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública.
 16. CASTRO, A. (2014). *Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: Un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno*. Alberto Castro (ed). Buen gobierno y derechos humanos. IDEHPUCP.
 17. CASTRO, A. (2014). *Buen Gobierno, Derechos Humanos y Tendencias Innovadoras en el Derecho Público*. Alberto Castro (ed). Buen gobierno y derechos humanos. IDEHPUCP.
 18. CASTRO, J. y CALONJE, N. (2015). *Derecho de las Obligaciones, aproximaciones a la praxis y a la constitucionalización*. Universidad Católica de Colombia.
 19. DANÓS, J. (1995). *Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública*. Revista *Ius Et Veritas* (10), PUCP, p. 150.

20. DANÓS, J. (2006). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Revista de Derecho Administrativo (2), PUCP, p. 15.
21. DE FUENTES, J. (2005). *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*. Thomson Aranzadi.
22. DE PALMA, A. (2001). *La culpabilidad*. Justicia Administrativa (Extraordinario), p. 35.
23. GUZMÁN, C. (2021). *El Procedimiento Administrativo Sancionador*. Instituto Pacífico.
24. GUZMÁN, C. (2020). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado*. Gaceta Jurídica.
25. HUAPAYA, R. *Propuesta de una nueva interpretación del concepto de acto administrativo contenido en la LPAG*. Revista de Derecho Administrativo (9), PUCP, p. 123.
26. HUERGO, A. (2007). *Las Sanciones Administrativas*. Iustel.
27. LAGUNA DE PAZ, J. (2020). *El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas*. Revista de Administración Pública (211), Universidad de Valladolid, p. 45.
28. LINARES, M. y ROJAS, P. (2020). *La contravención de las disposiciones del procedimiento sancionador en materia de contrataciones del Estado al régimen común del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Revista Derecho y Sociedad (54), PUCP, p. 176.
29. MARTIN, R. (2013). *El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú*. Revista de Derecho Administrativo (3), PUCP, p. 321.
30. MARTINEZ, M. (2015). *La Responsabilidad Objetiva de los Proveedores del Estado en la Presentación de Documentación Falsa o Declaración Jurada Inexacta*. Revista Derecho y Sociedad (44), PUCP, p. 126.
31. MORÓN, J. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, Tomos I y II, 14va. ed.
32. MORÓN, J. (2010). *Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración*. Revista de Derecho Administrativo (9), PUCP, p. 157.
33. MORÓN, J. y AGUILERA, Z. (2017). *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Colección lo esencial del derecho (9). Fondo Editorial PUCP, p. 16.
34. NIETO, A. (2012). *Derecho Administrativo Sancionador*. Tecnos.
35. OCDE. (2018). *Guía de la OCDE de debida diligencia para una conducta empresarial responsable*. Éditions OCDE, París. Disponible en: <https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>
36. OSSA ARBELÁEZ, J. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática*. Legis, 2da. ed.
37. OSTERLING, F. y CASTILLO, M. (2003). *Tratado de las Obligaciones*. Volumen XVI, Cuarta Parte, Tomo X. Fondo Editorial PUCP.

38. PABÓN, M. (2020). *¿Cuál es el régimen de responsabilidad aplicable a las sanciones impuestas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en ejercicio de su facultad sancionatoria?* Trabajo de grado presentado como requisito para optar al título de Magíster en Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Javeriana, p. 24.
39. PALACIOS, E. (1997). *La diligencia y la imposibilidad en el cumplimiento de obligaciones*. Revista Themis (35), PUCP, p. 242.
40. PAREDES, J. y PINILLO, C. (2021). *La indebida aplicación de la presunción de la responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción de presentación de documentación falsa*. Universidad del Pacífico, Trabajo de investigación presentado para optar al Grado Académico de Magíster en Derecho Administrativo Económico, pp. 44-45.
41. PONCE, J. (2014). *El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas*. Alberto Castro (ed.). Buen gobierno y derechos humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública en el Perú. Facultad de Derecho PUCP.
42. PONCE, J. (2001). *Deber de buena administración y procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*. Lex Nova.
43. REBOLLO, M. e IZQUIERDO, M. (2016). *Derecho Administrativo Sancionador: Caracteres generales y garantías materiales*. Derecho Administrativo. Tomo II. REBOLLO, M y VERA, D. (Directores), Tecnos, pp. 197-199, 208, 209 y 211.
44. REBOLLO, M. (2017). *Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores*. Revista Ius Et Veritas (53), pp. 223-226.
45. RETAMOZO, A. (2018). *Contrataciones y adquisiciones del Estado y Normas de Control*. Volumen I. Gaceta Jurídica.
46. RODRÍGUEZ ARANA, J. (2013). *La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa*. Revista de Derecho y Ciencias Sociales (6), p. 27.
47. ROJAS, V. (2017). *La responsabilidad administrativa subjetiva de las personas jurídicas*. Revista de Direito Económico e Socioambiental (8), p. 12.
48. RUBIO, M. (2008). *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la PUCP.
49. RUBIO, C. (2013). *Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal*. Gaceta Jurídica.
50. ROXIN, C. (1997). *La Imputación Objetiva en el Derecho Penal*. Traducido por: Manuel Abanto Vásquez. Grijley.
51. SANCHEZ MORÓN, M. (2017). *Derecho Administrativo*. Tecnos.

52. SANTAMARÍA PASTOR, J. (2000). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen II. Centro de Estudios Ramón Areces.
53. SMITH, M. (2012). *Developing administrative principles in the EU: A foundational model of legitimacy?* *European Law Journal* (2), p. 276.
54. VILLAVICENCIO, F. (2006). *Derecho Penal – Parte General*. Editora Jurídica Grijley.
55. VILLEGAS, P. (2021). *Los actos administrativos de gravamen o desfavorables en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Estudios sobre Derecho Administrativo Vol. I. Revista Derecho y Sociedad, p. 352.

Opiniones del OSCE:

56. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2008). Opinión N° 005-2008/DOP.
57. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2013). Opinión N° 088-2013/DTN.
58. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2014). Opinión N° 021-2014/DTN.
59. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2016). Opinión N° 136-2016/DTN.
60. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2017). Opinión N° 062-2017/DTN.
61. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2017). Opinión N° 119-2017/DTN.
62. Dirección Técnico Normativa del OSCE. (2019). Opinión N° 075-2019/DTN.

Exposición de motivos:

63. Ministerio de Economía y Finanzas. (2019). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, pp. 23-25.
64. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2016). Exposición de Motivos del Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y Deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, p. 50.

Sentencias del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema:

65. Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia. (2002). Sentencia de Casación N° 823-2002. Fundamento jurídico N° 4.
66. Tribunal Constitucional. (2002). Exp. N° 238-2002-AA/TC. Fundamento jurídico N° 5.

67. Tribunal Constitucional. (2003). Exp. N° 0016-2002-AI/TC. Fundamento jurídico N° 4.
68. Tribunal Constitucional (2003). Exp. N° 0008-2003-AI/TC. Fundamento jurídico N° 57.
69. Tribunal Constitucional de España. (2003). Sentencia 48/2003. Fundamento jurídico N° 9.
70. Tribunal Constitucional. (2004). Exp. N° 2235-2004-AA/TC. Fundamento jurídico N° 10.
71. Tribunal Constitucional. (2004). Exp. N° 1654-2004-AA/TC. Fundamento jurídico N° 2.
72. Tribunal Constitucional. (2004). Exp. N° 2192-2004-AA /TC. Fundamentos jurídicos N°s 5 y 20.
73. Tribunal Constitucional. (2005). Exp. N° 6712-2005-HC/TC. Fundamento jurídico N° 15.
74. Tribunal Constitucional. (2006). Exp. N° 0023-2005-AI/TC. Fundamentos jurídicos N°s 43 y 48.
75. Tribunal Constitucional. (2007). Exp. N° 8957-2006-PA/TC. Fundamento jurídico N° 10.
76. Tribunal Constitucional. (2008). Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. Fundamentos jurídicos N°s 6 y 7.
77. Tribunal Constitucional. (2010). Exp. N° 00197-2010-PA/TC. Fundamentos jurídicos N°s 3 y 4.
78. Tribunal Constitucional. (2010). Exp. N° 01873-2009-PA/TC. Fundamento jurídico N° 12.
79. Tribunal Constitucional. (2010). Exp. N° 01454-2010-PHD/TC. Fundamento jurídico N° 8.
80. Tribunal Constitucional. (2011). Exp. N° 00017-2011-PI/TC. Fundamento jurídico N° 26.
81. Tribunal Constitucional. (2012). Exp. N° 01287-2010-PA/TC. Fundamento jurídico N° 9.
82. Tribunal Constitucional. (2020). Exp. N° 0006-2014-PI/TC. Fundamento jurídico N° 33.
83. Tribunal Constitucional. (2020). Exp. N° 01014-2018-PA/TC. Voto singular del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera.
84. Tribunal Constitucional. (2021). Exp. N° 00002-2021-PI/TC. Fundamentos jurídicos N°s 50 al 55.
85. Tribunal Constitucional. (2023). Exp. N° 00962-2021-PA/TC. Fundamentos jurídicos N°s 24 al 26.

Resoluciones y Acuerdos de Sala Plena del TCE:

86. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2009). Resolución N° 2379-2009-TC-S3. Fundamento jurídico N° 16.

87. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2013). Resolución N° 236-2013-TC-S4. Fundamentos jurídicos N°s 12 al 14.
88. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2017). Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE.
89. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2018). Acuerdo de Sala Plena N° 02-2018/TCE.
90. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2018). Acuerdo de Sala Plena N° 04-2019/TCE.
91. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2019). Acuerdo de Sala Plena N° 003-2019-TCE.
92. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2019). Resolución N° 0006-2019-TCE-S4. Fundamento jurídico N° 22.
93. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2019). Resolución N° 1452-2019-TCE-S4. Fundamento jurídico N° 4.
94. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2021). Acuerdo de Sala Plena N° 006-2021-TCE.
95. Tribunal de Contrataciones del Estado. (2022). Resolución N° 00783-2022-TCE-S3. Fundamento jurídico N° 6.

