

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**MITIGACIÓN DEL RIESGO DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA EN
CONSORCIOS QUE PARTICIPAN EN CONTRATACIONES PÚBLICAS**

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE
MAGÍSTER EN DERECHO DE LA EMPRESA**

AUTOR:

MALÚ PIERINA GUTIERREZ QUISPE

ASESOR:

ALEJANDRO MARTIN MOSCOL SALINAS

LIMA, PERÚ

OCTUBRE, 2019

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación surge ante el análisis de resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado que sancionan de manera solidaria a los miembros de consorcios por la presentación de documentación falsa ante las entidades públicas. El problema se origina en que las empresas, a pesar de contar con herramientas destinadas a individualizar responsabilidades, no definen las obligaciones de aporte documental que corresponden a cada integrante de un consorcio, en los documentos presentados ante las entidades públicas o; haciéndolo lo realizan de manera deficiente, a través de la suscripción de pactos que se contradicen entre sí. Los objetivos de la investigación son determinar la importancia de los consorcios y la necesidad de complementación de prestaciones cuyo desarrollo de forma individual no resulta eficiente, analizar la responsabilidad administrativa solidaria en materia de contrataciones con el Estado y su implicancia en la conformación de consorcios para; finalmente, identificar casuística en la cual el Tribunal de Contrataciones del Estado sancionó de manera solidaria a todos los integrantes de un consorcio por la presentación de documentación falsa, al no haberse definido la obligación de aporte documental en los documentos presentados ante las entidades públicas. La principal conclusión a la que se arriba en el trabajo de investigación es que las empresas no delimitan las obligaciones de aporte documental en la promesa formal de consorcio, en el contrato de consorcio ni en otro documento de fecha y origen cierto; motivo por el cual se exponen al riesgo de ser sancionadas en forma solidaria ante la presentación de documentación falsa, siendo inhabilitadas para contratar con el Estado.

ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	3
1.2 Hipótesis	6
1.3 Objetivos	8
CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE	9
2.1 A nivel internacional	9
2.1.1 Contratos asociativos	9
2.1.2 Consorcio	9
2.1.3 Participación en consorcio en las contrataciones del Estado	11
2.2 A nivel nacional	14
2.2.1 La contratación administrativa	14
2.2.2 Contratos asociativos	15
2.2.3 Consorcio	16
2.2.4 Participación de consorcios en las contrataciones del Estado	18
2.2.5 Responsabilidad de los integrantes de consorcios en las contrataciones públicas	19
2.2.6 Responsabilidad administrativa en materia de contrataciones públicas	28
CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	33
3.1 CASO 1	33
3.2 CASO 2	35
3.3 CASO 3	36
3.4 CASO 4	37
3.5 CASO 5	39
3.6 CASO 6	39
3.7 CASO 7	41
3.8 CASO 8	42
3.9 CASO 9	44
3.10 CASO 10	45
3.11 CASO 11	46
3.12 BALANCE	47
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN	50
CONCLUSIONES	61
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	63

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1 Tema y problema de investigación

El Estado, al tener la continua obligación de satisfacer las necesidades de bienes, servicios y obras de la población pasa a ser el más importante consumidor de las empresas pues diariamente se realizan convocatorias de bienes, servicios y obras en los distintas entidades que forman parte de la Administración Pública; pero, a diferencia de lo que sucede en una contratación privada, en las contrataciones públicas se hace especial énfasis a la maximización del valor de los recursos públicos bajo una perspectiva de gestión por resultados, con la finalidad que las obras, bienes y servicios que adquiera el Estado, no sólo se obtengan oportunamente y a un precio y calidad idóneos, sino que su adquisición tenga finalmente una repercusión positiva en la calidad de vida de la población; en efecto para Rezzoagli (2013) la actividad empresarial del Estado no es equiparable a la contratación privada al buscar, además de la eficiencia, el progreso social (citado en Rezzoagli, 2016, pp. 6-7) .

Asimismo, a decir de Paredes (2018, p. 86), el Estado moderno se caracteriza por encontrarse orientado al ciudadano, actúa con la finalidad de satisfacer las necesidades de la población y debe caracterizarse por su eficiencia, procurando la creación de mayor valor público mediante el uso racional de sus recursos para satisfacer las necesidades a un menor costo. Al respecto, debemos recordar que cuando la Administración contrata para satisfacer necesidades, distribuye bienes a los que todos tenemos derecho a optar, lo que justamente exige la presencia de un procedimiento administrativo, por el que se asegure la elección de la mejor oferta. (Baca, 2014, p. 274).

Lograr que la empresa privada pueda satisfacer de manera eficiente los requerimientos de la Administración Pública y asumir las obligaciones que esta le asigna, no siempre resulta una tarea sencilla. Esta situación motiva, la decisión de las personas naturales o jurídicas que desean contratar con el Estado, en unir esfuerzos, experiencia y recursos mediante la conformación de consorcios.

El consorcio, es definido en la Ley General de Sociedades, Ley 26887 como el contrato por el que dos o más personas se unen para participar en un negocio de manera directa y activa para obtener un beneficio económico, pero sin perder cada una su propia autonomía. Este concepto resulta equiparable al término inglés *joint venture* contractual por cuanto, se dirige a la ejecución de un proyecto emprendido por

dos o más empresas con duración determinada y con la finalidad de obtener un beneficio económico (Echaiz Moreno, 2010, pp. 336-339).

En esa línea, Ferrero (1999, pp. 57-62), señala que el término *joint venture*, etimológicamente significa unión en una aventura y que ello implica la asunción de un riesgo que finalmente conllevará al beneficio o éxito, existiendo en doctrina la distinción entre *joint venture* operativos, utilizados en el emprendimiento de un negocio común y *joint venture* instrumentales, por los cuales las partes se proyectan participar en un negocio futuro como es el caso de las licitaciones públicas. Participar en un consorcio supone para sus integrantes penetrar un ámbito desconocido, no obstante, la decisión de ser parte de un consorcio que va a contratar con el Estado debe ser analizada.

Ahora bien, licitar en consorcio implica la asunción de un riesgo relevante, pues exige a sus integrantes, asumir la responsabilidad solidaria, en caso el consorcio cometa alguna infracción en el curso del procedimiento de selección o en etapa de ejecución de contrato; sin embargo, la norma de contrataciones con el Estado establece causales bajo las cuales puede individualizarse la responsabilidad, en dichas situaciones únicamente se sancionaría al consorciado que cometió la infracción; el procedimiento de individualización dependerá del tipo de infracción, del contenido de la promesa formal, del contenido del contrato de consorcio o cualquier documento de origen y fecha ciertos.

No obstante ello, por lo general las empresas se unen en consorcio con otras, basándose únicamente en criterios de eficiencia económica y descuidando conocer los antecedentes de la empresa con la cual desean conformar un consorcio, esto genera que muchas veces por un principio de confianza o a fin de agilizar la presentación oportuna de la documentación (oferta y documentos para suscripción de contrato), se delegue en una de las empresas el acopio de información a presentarse sin tomar la debida diligencia de formalizar dicha obligación en documentos como la promesa formal de consorcio y en el contrato de consorcio.

En efecto, las entidades, al cumplir con su obligación legal de fiscalización posterior, cuando verifican la información presentada por el consorcio que obtuvo la buena pro, evidencian que muchas veces constan de documentación falsa o adulterada consistente en certificados o constancias de estudio o trabajo, cartas de línea de crédito, etc. Cuando ello sucede, corresponde hacer de conocimiento al Tribunal de Contrataciones del Estado la comisión de dicha infracción, para el inicio del procedimiento administrativo sancionador, contra el consorcio infractor; es decir, la

acción se dirige contra todas las empresas que conforman el consorcio por ser la regla de la responsabilidad solidaria.

Por tal motivo, se debe considerar que ser participante, postor o contratista en consorcio, además de los riesgos empresariales que acarrea el desarrollo de la actividad económica asumida, implica un riesgo legal aún mayor que consiste en la sanción administrativa de inhabilitación, suspensión o multa; según el Tribunal de Contrataciones del Estado determine alguna de las causales de infracción a la Ley de Contrataciones del Estado, siendo para ello preciso que las empresas cumplan con implementar mecanismos que permitan identificar las condiciones bajo las cuales resulta favorable consorciarse y que a su vez posibiliten la identificación de responsabilidades individuales.

Si una empresa tiene conocimiento de los antecedentes de la(s) empresa(s) con la(s) cual(es) desea unirse en consorcio le resultará más sencillo decidir la cuota de obligaciones y utilidades que corresponde a cada uno de los miembros; además, si de manera preventiva maneja un esquema claro de identificación de obligaciones y, suscribe pactos destinados a la administración de los riesgos legales de carácter administrativo que podrían surgir de la participación en una licitación pública se encontrará en mejor posibilidad de afrontar cualquier procedimiento administrativo sancionador iniciado en su contra.

Por tal motivo veremos que la empresa, en el marco de una contratación pública, debe identificar de manera adecuada las condiciones bajo las cuales unirse en consorcio con otras empresas y definir con claridad las obligaciones que corresponderán a cada una con la finalidad de mitigar el riesgo de incurrir en responsabilidad solidaria por actos en los cuales no tuvo participación.

De ahí que resulte importante para las empresas identificar la mejor forma de aprovechamiento de la conformación de un consorcio, conocer la responsabilidad administrativa en que podrían incurrir al participar en una contratación pública y cómo prevenir una eventual sanción mediante la idónea configuración de obligaciones plasmada en la promesa formal de consorcio y en el contrato de consorcio.

El principal problema radica en que a pesar que existen medios a través de los cuales resulta posible individualizar la responsabilidad de los consorciados ante la presentación de documentación falsa, resulta difícil para las empresas en el ámbito probatorio, contar con elementos suficientes que les permitan efectuar el deslinde de responsabilidades ante la imputación de la comisión de infracción administrativa por la

presentación de documentación falsa. Porque, como se verá más adelante, las empresas no están tomando el cuidado debido al decidir conformar un consorcio con otra empresa o con otra persona natural; exponiéndose al riesgo de ser sancionada, viendo restringido su derecho a contratar con el Estado por no haber considerado establecer de manera literal, las obligaciones que corresponde asumir a cada uno de los miembros del consorcio.

Actualmente, ¿delimitan los proveedores del Estado de manera idónea las obligaciones que corresponden a cada miembro del consorcio de manera que facilite su individualización ante una eventual responsabilidad administrativa por presentación de documentación falsa?

1.2 Hipótesis

En el presente trabajo de investigación veremos que las empresas no delimitan las obligaciones de aporte documental en la promesa formal de consorcio, en el contrato de consorcio ni en otro documento de fecha y origen cierto; motivo por el cual se exponen al riesgo de ser sancionadas en forma solidaria ante la presentación de documentación falsa, siendo inhabilitadas para contratar con el Estado.

Los beneficios que implica la conformación de consorcios para participar en licitaciones públicas se ven opacados cuando las empresas no delimitan en la promesa de consorcio ni en el contrato de consorcio, los deberes que competen a cada una de ellas; de ahí que si alguna incumple el deber de veracidad, afectará a todas las empresas integrantes del consorcio.

La conformación de consorcios puede resultar beneficiosa para las empresas, de este modo se incrementa la oferta de las empresas, los gastos y costos al ser distribuidos facilitan tanto la obtención de utilidades como su repartición, permite el aprovechamiento de las mejores cualidades de nivel financiero, administrativo, técnico y de infraestructura que posee cada integrante, asimismo, el consorcio es libre de llevar de manera independiente la contabilidad de sus operaciones y no implica la creación de una nueva persona jurídica.

Así las cosas, contratar con el Estado mediante unión en consorcio permitirá que las empresas optimicen sus recursos, siempre que sus integrantes hayan definido sus obligaciones; sin embargo, la mayoría de empresas, no realizan actos previos de identificación de riesgos que puedan surgir en las contrataciones públicas en las que han de participar ni efectúan adecuadamente un acuerdo de distribución de éstos; asimismo, resulta frecuente que el contenido de los contratos de consorcio no difiera

de las obligaciones plasmadas en la promesa formal de consorcio que se redactan de manera sucinta a efecto de cumplir un requisito de admisibilidad.

En ese entender, si bien la unión en consorcio a partir de cuestiones de confianza o buena fe es un aspecto importante, las empresas que desean adquirir un récord de cumplimiento contractual óptimo, deberían cumplir con la verificación de la información de carácter legal, económica, registral, de la empresa con quien se unirán en consorcio para así tomar decisiones adecuadas de distribución de obligaciones; no hacerlo podría hacer incurrir a una empresa que sí se preocupa por su sostenibilidad, en alguna de las infracciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, máxime cuando los consorcios asumen responsabilidad solidaria y recae en cada integrante la carga de la prueba que le libere de cualquier responsabilidad.

Podría inferirse que el principal obstáculo de esta estrategia, es el costo de la información; no obstante, debemos considerar que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, en adelante OSCE, ha procurado herramientas tecnológicas en su página web que, al ser de acceso público, permiten obtener información relacionada al cumplimiento oportuno de obligaciones contractuales, a la aplicación de penalidades o a las razones de una resolución contractual.

Además, se cuenta con el Registro Nacional de Proveedores que proporciona información respecto a la capacidad de contratación de una empresa, su habilitación y rubro; por otro lado, en el portal web de OSCE se encuentra publicada la relación de proveedores sancionados.

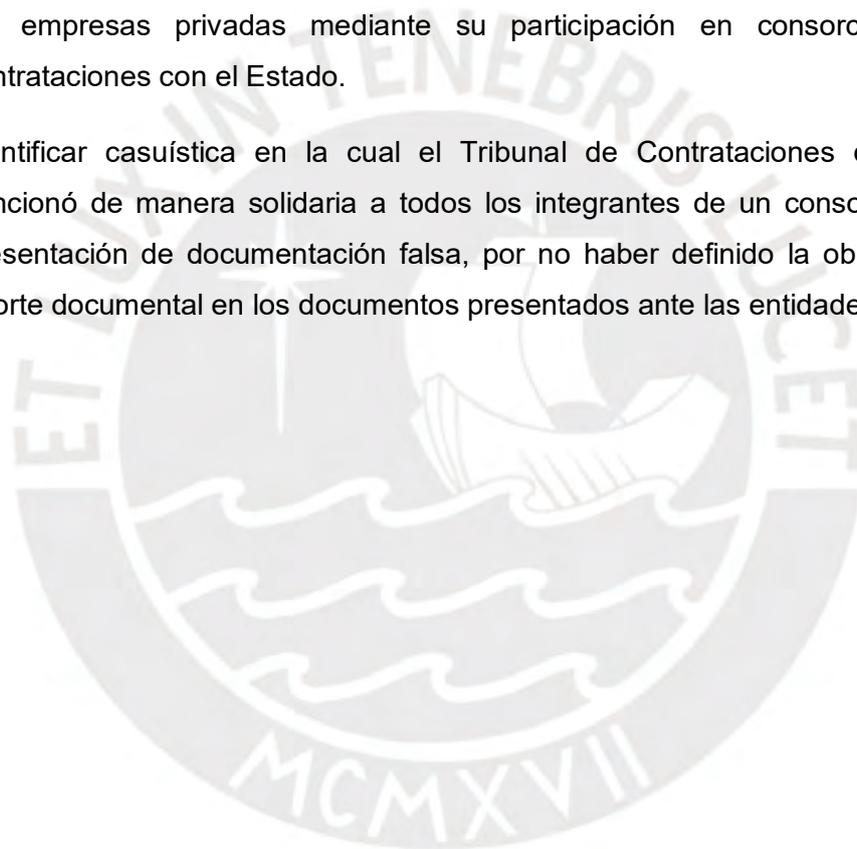
El acceso a dicha información y su manejo, constituye un actuar diligente mínimo por parte de la empresa privada, este actuar le es exigido por el Tribunal de Contrataciones del Estado en las resoluciones que determinan la individualización de responsabilidad en consorcios.

Existen otros canales de información como la obtención de la constitución de una empresa y el otorgamiento de poderes que puede solicitarse ante SUNARP, aspectos como el domicilio, que puede ser obtenido a través de la consulta R.U.C., por su parte la obtención de información económica de otra empresa resulta de difícil acceso pues los aspectos contables son manejados de manera interna, a menos que se trate de una empresa de gran envergadura y que tenga publicados sus estados financieros. Como vemos, la herramienta de más fácil acceso se encuentra disponible en internet, siendo bajo el costo de obtener información relevante como el rubro de una empresa, las contrataciones públicas en su haber, sanciones, penalidades, etc.

Contar con información fidedigna le permitirá a una empresa tomar decisiones racionales al unirse en consorcio, delimitando las obligaciones que corresponden a cada parte para evitar responder por una infracción que no le es imputable.

1.3 Objetivos

1. Determinar la importancia de la conformación de consorcios en las contrataciones públicas.
2. Analizar la responsabilidad administrativa solidaria en materia de contrataciones con el Estado.
3. Analizar en el ámbito normativo, la responsabilidad administrativa solidaria de las empresas privadas mediante su participación en consorcio en las contrataciones con el Estado.
4. Identificar casuística en la cual el Tribunal de Contrataciones del Estado sancionó de manera solidaria a todos los integrantes de un consorcio por la presentación de documentación falsa, por no haber definido la obligación de aporte documental en los documentos presentados ante las entidades públicas.



CAPÍTULO II: ESTADO DEL ARTE

2.1 A nivel internacional

2.1.1 Contratos asociativos

Los contratos asociativos nacen ante la necesidad de emprender negocios cuyo desarrollo sería imposible para una sola empresa. De acuerdo a (Torres, 1992, pp. 1-3) el reconocimiento y estudio de los contratos de colaboración empresarial y asociativos surge en la década de los 60', en países como Alemania, España y Francia como expresión de un escenario empresarial motivado por la búsqueda de reducción de costos de producción mediante el aprovechamiento de escala, con la finalidad de diversificar riesgos, ampliar mercados, lograr el aprovechamiento de recursos y tecnología, así como incrementar el acceso a créditos, para la obtención de ventajas tributarias y; principalmente, con la finalidad de lograr el desarrollo de proyectos de envergadura.

Son notas características de estos contratos que suponen una forma de vinculación libre, de acuerdo al objeto del proyecto a ser desarrollado, sin existir relaciones de dominación de una de las partes sobre la otra, esta libertad imprime relevancia al principio de buena fe, siendo esencial el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a cada parte pues ello coadyuva a la ejecución de las prestaciones objeto de la unión de empresas. Por otro lado, la gestación de estos contratos supone la existencia de una fase previa de naturaleza contractual o precontractual, en la cual sus partes realizan un análisis de las finalidades, objeto, beneficios, estudios de factibilidad, duración, montos de aportes, régimen fiscal y tributario, así como la definición de las responsabilidades ante terceros.

2.1.2 Consorcio

Uno de los contratos asociativos de mayor utilización por las empresas es el contrato de consorcio, (Chavarro, 2004, pp. 6-7) afirma que el consorcio responde a exigencias tecnológicas, legales y comerciales de ahí que su importancia radique en la suma de esfuerzos, tecnología, experiencia y capital que beneficia tanto a los consorciados como al contratante que desea el cumplimiento de calidad de las obligaciones del consorcio.

El objetivo de dicha investigación radica en el desarrollo de un marco jurídico histórico de la figura del consorcio. Se realiza un estudio de Derecho comparado, y análisis de la función económica del consorcio para arribar a una conceptualización de consorcio,

definición de sus características y descripción de las partes del contrato de consorcio, sus aspectos procedimentales, tributarios y terminación del contrato.

La conformación de un consorcio no genera una nueva persona jurídica; no obstante, según Freire (2011, pp. 14-15), el consorcio, pese a no generar una persona jurídica nueva y distinta a sus miembros, es una unidad económica que se conforma por personas naturales o jurídicas que se encuentran vinculadas por intereses en común derivados de las actividades económicas que realizan, la razón de esta unión radica en el mejor desempeño de las empresas que lo conforman, su objeto se constituye en la cooperación según las especialidades, recursos y *know how* que posee cada miembro; en esta unión prima el *animus cooperandi*, por el que dos o más empresarios que ya se dedican a realizar una actividad económica desean optimizarla a través de la conformación de un consorcio.

El consorcio no debe confundirse con una simple asociación ni una sociedad mercantil, constituye una nueva categoría jurídica; en efecto, el contrato de consorcio constituye un contrato de colaboración empresarial que se origina en la unión voluntaria de dos o más personas jurídicas que desean alcanzar un fin común.

En el consorcio sus integrantes conservan su personalidad jurídica de ahí que se dice que son una especie del *joint venture contractual*.

Para llevar a cabo sus compromisos contractuales, el consorcio requiere de la delegación de un representante común con facultades de decisión que vinculan a los integrantes de la totalidad del consorcio. Los miembros del consorcio definen cuál será la contribución que corresponda a cada quien así como la cuota de obligaciones que les corresponderá asumir para hacer frente a las responsabilidades derivadas del fin realizado por el consorcio. Del mismo modo, el contrato de consorcio debe establecer el objeto y duración del consorcio y las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que a través de él se asuman.

Elementos de naturaleza subjetiva que definen al consorcio son la buena fe y lealtad entre sus miembros; por otro lado, la duración del consorcio es limitada al cumplimiento de su fin, el cual debe encontrarse debidamente determinado en el contrato.

A través de la conformación de consorcios las medianas y pequeñas empresas mejoran su competitividad en el mercado y adquieren capacidades que les permiten participar con mayor eficiencia en las contrataciones que asumen en este sentido, Orellana (2016, pp. 11-12), aborda posturas relacionadas a la naturaleza jurídica del

consorcio, además, señala que el consorcio es una forma de asociación empresarial empleada frecuentemente por las pequeñas y medianas sociedades con la finalidad de mejorar su competitividad en el mercado. No obstante, en el ámbito de la contratación pública y privada, el desarrollo legislativo del marco jurídico en Ecuador es deficiente, en lo que respecta a esta forma de unión empresarial, la hipótesis que propone este autor es que el consorcio empresarial es una especie del contrato de sociedad, para tal efecto desarrolla de manera comparativa el contrato de consorcio según las legislaciones de Argentina, Perú y Francia, analiza la naturaleza del consorcio en Ecuador.

Las conclusiones a que se arriba son a) que el consorcio empresarial permite a las empresas involucrarse en importantes proyectos públicos y privados aumentando su productividad, b) que el consorcio es una herramienta de gran utilidad para el desarrollo en común de determinada actividad consistente en la realización de una obra o la prestación de servicios, c) la tesis mayoritaria propugna que el consorcio no implica la creación de una nueva persona jurídica y la tesis minoritaria afirma que el consorcio es en esencia un contrato de sociedad, d) en Argentina, Perú y Francia existe un marco normativo relacionado a formas de asociación empresarial sin embargo niegan la existencia personalidad jurídica de dichas formas en tanto que en Ecuador, no existe una definición legal de consorcio y la poca información que se maneja en la contratación pública es incoherente, e) por lo general en Ecuador, algunos consorcios se forman para participar en procesos de contratación pública, f) según jurisprudencia de la Sala Civil y Mercantil de Ecuador, el consorcio cumple con elementos esenciales del contrato de sociedad, g) el consorcio sí es una persona jurídica y de ello deriva un aspecto fundamental consistente en que tiene legitimación procesal pudiendo ser demandado directamente.

2.1.3 Participación en consorcio en las contrataciones del Estado

En Colombia se diferenció el consorcio de la unión temporal, mediante la sentencia C-949-2001, en dicho documento se dejó establecido que por el consorcio dos o más personas de manera conjunta presentan la misma propuesta, por tal motivo responden en forma solidaria de todas las obligaciones que se deriven tanto de la propuesta que fue presentada como del contrato suscrito. Es decir, todas aquellas actividades, hechos u omisiones que se realicen serán de responsabilidad de todos y cada uno de los miembros de un consorcio; a diferencia de lo que sucede con las uniones temporales, mediante las cuales las personas que presentan una misma propuesta para el otorgamiento de la buena pro y para la suscripción de contrato, responden de manera solidaria por cumplir de manera integral el objeto de contrato existiendo la

distinción en la aplicación de sanciones que deriven de la infracción de obligaciones propias de la propuesta como del contrato, esta distinción en las sanciones es proporcional a la participación que cada miembro tenga en la ejecución del objeto.

Para tal efecto quienes participen en las contrataciones con el Estado deberán precisar si lo hacen en calidad de consorcio o en calidad de unión temporal, debiendo indicar con claridad la participación en la ejecución de cada uno de los integrantes, esta participación una vez que es de conocimiento de la entidad contratante es inmodificable, a menos que exista el consentimiento de esta.

Para ambos casos, consorcio o unión temporal corresponde que los miembros designen una persona que los representará para todos los efectos asimismo, deberán indicar una serie de reglas mínimas que regirán las relaciones entre los miembros.

De acuerdo a Otárola (2015, pp. 5-7), las uniones temporales y consorcios no están provistas de estabilidad o permanencia, porque el propósito de sus integrantes radica en presentar las ofertas, obtener la buena pro, ejecutar las obligaciones que deriven del contrato suscrito con la Administración y obtener un beneficio económico, estas figuras se hallan relacionadas al *joint venture* el cual tiene como propósito la ejecución de una actividad concreta para la obtención de beneficios, mediante la asunción de riesgos inherentes.

Si bien los interesados en participar en licitaciones públicas pueden decidir si lo harán a través de consorcios o de uniones temporales, resulta de gran importancia que el pliego de condiciones se encuentre definido. Que los pliegos de condiciones de las entidades públicas estén bien configurados es relevante por cuanto pueden orientar a las empresas a optar por formar una unión temporal o consorcio, por ello la especificación del objeto del contrato debe ser precisa, completa y clara, responder a la pregunta: ¿qué quiere la entidad pública y cómo lo quiere?. Que el objeto contractual esté determinado permite la selección objetiva y pone un límite a la discrecionalidad de la Administración Pública al momento de evaluar las propuestas.

Las prestaciones que son objeto de contrato tienen distinta naturaleza, algunas de ellas exigen la obtención de una licencia especial o título habilitante, de ahí que resulte fundamental que en los documentos del procedimiento de selección y en la elaboración de estudios previos se consideren dichas atenciones que podrían limitar el ejercicio de la libertad de empresa.

Así se indica que, al delimitar las obligaciones del contrato debe preverse si estas cuentan con alguna regulación que influya sólo en una actividad o en la totalidad del

objeto del contrato, de exigirse una habilitación para el desarrollo de toda la actividad objeto del contrato, dicha exigencia alcanzará a todos los integrantes.

Tanto doctrina como jurisprudencia brasilera aseguraban que la posibilidad de la participación de consorcios en procedimientos de licitación dependería de una deliberación discrecional de la Administración. Con el transcurso de los años se comenzó a relativizar esta discrecionalidad que antiguamente poseía características discrecionales casi absolutas.

Considerando el reconocimiento de la eficiencia normativa de los principios jurídicos, se viene desarrollando la teoría de los grados de vinculación a la juridicidad y definiendo el instituto de la discrecionalidad justificable, en consonancia con la necesidad de motivación de las decisiones administrativas.

A partir de dichas consideraciones se hace posible asegurar que el principio de competitividad resulta indispensable para que se admita la participación de empresas consorciadas en licitaciones públicas, acompañada de una sustancial y específica motivación, dicha decisión debe, justamente, apuntar a la ampliación del universo de competidores potenciales, buscando estimular la competitividad del procedimiento licitatorio y, por lo tanto, asegurar la contratación más ventajosa para la Administración.

No obstante la realidad es que por un lado, se observa un vicio formal, consistente en la ausencia de motivación de la decisión que permite o excluye la participación de los consorcios empresariales en las adjudicaciones. Del otro, existe una ilegalidad material pues, de acuerdo al caso concreto la admisión de los consorcios puede configurar práctica restrictiva a la competencia en la licitación.

Considerando las dimensiones y la complejidad crecientes de las actividades estatales y, por ello, de los objetos de las licitaciones públicas, se puede asegurar que la asociación consorcial en el marco de las contrataciones administrativas consiste en un fenómeno de gran actualidad y relevancia. Su manejo adecuado, en consonancia con los parámetros indicados, puede ampliar mucho la competitividad de algunas convocatorias, generando considerables ganancias a la economía nacional. Por otro lado, si se emplea de manera inadecuada, la intervención de consorcios en las contrataciones públicas, puede viabilizar el doloso direccionamiento de importantes procedimientos licitatorios o la culposa contracción de la competitividad que debe ser inherente a cualquier licitación, que implica incalculables perjuicios a la Administración,

así como a las empresas eventualmente alejadas del derecho de concurrir e indirectamente a la sociedad.

Ecuador se caracteriza por tener una regulación dispersa relacionada a los consorcios. Así, en el ámbito de la contratación pública, a decir de (Friend & Torres, 2017, pp. 34-46), aún está en desarrollo. El Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP, ente regulador en dicho país, contiene disposiciones que rigen la conformación de consorcios y se realizan esfuerzos por regular esta figura, en consonancia con la regulación existente en materia societaria. En efecto, en la contratación pública el consorcio se disuelve una vez ejecutada la obra, prestado el servicio, o entregado el bien requerido por la entidad pública contratante. Corresponde señalar que, dada la falta de regulación del consorcio en materia de contratación pública se vulnera la ley societaria, dado, que luego de otorgada la buena pro a una oferta de un consorcio, no resulta requisito a efecto de formalizar el contrato que el consorcio tenga el deber de inscribirse en la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, que imposibilita que dicha entidad realice el control necesario en la conformación de estos consorcios.

En Ecuador, al igual que en nuestro país, no es necesario que, para la presentación de propuestas se presenten consorcios legalmente constituidos, sólo resulta necesario, a efectos de calificar la propuesta, la presentación de un formulario al que se accede a través de SERCOP, por el cual se deje constancia del compromiso de consorciarse en caso la oferta presentada sea adjudicada con la buena pro. Con la presentación de este formulario, las empresas asumen el compromiso de constituir un consorcio en caso su oferta sea seleccionada y adquieran derechos de adjudicación.

2.2 A nivel nacional

2.2.1 La contratación administrativa

A decir de Martin (213, p. 308), la contratación administrativa es una categoría jurídica mediante la cual se crean, regulan, transforman o extinguen relaciones jurídicas de tipo patrimonial, presentando respecto a los contratos privados peculiaridades al hallarse sometida principalmente a normas de derecho público.

Asimismo, como apunta Baca (2014, p. 274), la Administración Pública encuentra legitimidad en su actuación al contratar cuando respeta el marco jurídico, el interés público así como los principios propios de la contratación pública; por lo que a diferencia de lo que sucede en las relaciones contractuales privadas, la Administración Pública actúa con discrecionalidad mas no con libertad.

En nuestro país la distinción existente entre la contratación privada y la contratación pública no necesariamente se basa en las prerrogativas exorbitantes que posee el Estado, sino más bien en el hecho que la administración pública ejerce una función administrativa, por ello en las contrataciones públicas subyace siempre una finalidad pública (Salazar, 2001, p. 235).

La finalidad pública que el Estado debe salvaguardar hace que las entidades de la Administración Pública procuren contratar bienes, servicios u obras en tiempos reducidos, a un precio adecuado y con altos estándares de calidad; condiciones que no necesariamente pueden ser satisfechas por las empresas al actuar de manera individual, hecho que las motiva a unirse en consorcio a efecto de mejorar sus cualidades técnicas, administrativas, económicas, etc.

2.2.2 Contratos asociativos

En nuestro país, los contratos de colaboración empresarial son de uso frecuente, a decir de Northcote (2013, pp. 1-4), los contratos de colaboración empresarial o asociativos se han convertido en uno de los mecanismos más utilizados debido a su flexibilidad. Estos se encuentran regulados en los artículos 438 al 448 de la Ley General de Sociedades y les alcanzan las disposiciones generales reguladas en los libros VI y VII del Código Civil en lo concerniente a obligaciones y contratos.

Para este autor, las características de los contratos de colaboración empresarial son las siguientes:

- a) No es necesario para la validez de los mismos que sean suscritos por personas jurídicas.
- b) Su objeto es la creación y regulación de relaciones empresariales entre sus partícipes quienes desarrollarán una actividad (negocio o empresa) para la obtención de un beneficio conjunto.
- c) A través de estos contratos no se genera una persona jurídica, ello se traduce en la independencia jurídica y patrimonial que mantienen las partes que los suscriben.
- d) En cuanto a su formalidad, estos contratos se celebran por escrito, no siendo necesaria su inscripción en registros públicos.

Dentro de las modalidades de contratos asociativos que se regula en la Ley General de Sociedades, se encuentran el contrato de asociación en participación y el contrato de consorcio. En el contrato de asociación en participación el asociante es el encargado de la gestión del negocio y actúa en nombre propio, de ahí que los

asociantes se limiten a realizar una contribución que procure el desarrollo del negocio a cambio de utilidades, no siendo responsables ante terceros. Los asociados tienen la facultad de solicitar la rendición de cuentas al asociante. Los asociados participan en las pérdidas en proporción a su participación en las utilidades, estas pérdidas no pueden afectarlos más allá del monto del aporte.

Para (Araoz & Ramírez-Gastón, 2007, pp. 244-254), en el contrato de consorcio, dos o más personas se unen para participar en forma directa y activa en un negocio o empresa con la finalidad de adquirir un beneficio lucrativo sin pérdida de su autonomía, a diferencia del contrato de asociación en participación, en el consorcio todos los integrantes participan en el objeto del negocio de forma directa, pero, a efectos de una adecuada organización se designa a un administrador del consorcio a quien se le delegan facultades de representación.

Los elementos del contrato de consorcio son el negocio o actividad objeto de celebración del contrato, la distribución de obligaciones y afectación de bienes para el cumplimiento del objeto del consorcio y las reglas de distribución de participación.

El maestro español García- Pita (2008, pp. 17-57), al hacer un análisis respecto a la naturaleza en el Derecho peruano del contrato asociativo; advierte que, partiendo por la ubicación de su regulación en la ley general de sociedades, en un apartado distinto a las disposiciones generales aplicables a las sociedades, se puede concluir que se trata de un fenómeno diferente a éstas, cuya nota distintiva no se agota en la falta de personalidad jurídica sino en la distinta estructura de las relaciones jurídicas pues; mientras en las sociedades existen relaciones plurilaterales y radiales, al no existir contra- aportaciones sino aportes para el ejercicio común de determinada actividad, en los contratos asociativos las relaciones son bilaterales y directas a pesar que la figura el consorcio aparente tener una estructura con relaciones radiales, el contrato de consorcio es plurilateral mas no propiamente uno de colaboración.

2.2.3 Consorcio

El contrato de consorcio supone la participación directa de las partes, en el desarrollo de un negocio con la finalidad de obtener un beneficio económico. Esta figura debido a su flexibilidad es utilizada por las empresas que desean participar en contrataciones públicas cuyas bases exigen determinadas especialidades, capacidad económica e infraestructura a la que difícilmente podrían tener acceso, de participar de manera individual. Por tal motivo, para Jurado (2013, pp. 3-5), el consorcio nace ante la necesidad de satisfacción de un requerimiento por parte de la Administración Pública que implica un grado de dificultad alto que difícilmente puede ser satisfecho por una

sola empresa; aunque exista la posibilidad de ejecutar subcontrataciones de algunos aspectos del contrato, existen limitaciones legales respecto al porcentaje máximo que puede ser subcontratado. Asimismo, con la subcontratación no se aprovecha la experiencia de la empresa subcontratada, lo que sí ocurre cuando se evalúan ofertas en consorcio; es decir, existen más probabilidades de ser beneficiados con la buena pro al suplir las debilidades de algunos miembros del consorcio con las fortalezas de otros.

En los contratos asociativos se crea una relación cooperativa de tipo económico en la cual sus partes cuentan con intereses en común a la vez que asumen determinados riesgos. Esta relación promueve que las partes participen de manera activa e inviertan sus activos y recursos para cumplir las finalidades del negocio.

La figura del *joint venture* se caracteriza por estar enfocada en un proyecto, el cual no requiere una fusión por parte de sus integrantes que deba significar una prolongación en el tiempo del plazo estrictamente necesario para la consecución de sus fines. En este contrato existe una unión de intereses que se ve reflejada en el aporte realizado por quienes lo suscriben, el cual consiste en capital, experiencia, habilidades; requisitos necesarios para afrontar los riesgos que significa este emprendimiento, el mismo que es asumido de forma conjunta.

Con la finalidad de poder conseguir el objetivo en común las partes están premunidas de ciertos derechos como son: la obtención de utilidades, la intervención en la administración, la elección de un representante, mantener el derecho de propiedad sobre los bienes aportados que hayan sido utilizados para la consecución de los objetivos del *joint venture*, toma de decisiones en la administración que resulten necesarias.

De la mano con los derechos que poseen las partes, se encuentran las obligaciones consistentes en: la realización de los aportes necesarios, la participación en las pérdidas, el aseguramiento de los bienes, equipos y personal, la asunción de riesgos y responsabilidades.

Para Talledo (1998, p. 30), son notas particulares del consorcio:

El desarrollo conjunto de un negocio o empresa. - A diferencia de lo que sucede en una sociedad, la empresa o negocio que dan lugar a la conformación de un consorcio son específicos, la finalidad del consorcio es temporal y se agota en la ejecución de un servicio u obra.

Participación activa y directa. - Implica la ejecución de actividades propias del consorcio y otras distintas a que se hayan comprometido los consorciados; consistiendo las primeras en la entrega del uso de bienes, recursos o servicios y las segundas en actividades de tipo administrativo y de representación.

Obtención de un beneficio económico. - La finalidad de unión empresarial mediante la conformación de un consorcio se agota en la obtención de ganancias, a diferencia de lo que sucede en una sociedad donde la obtención de utilidades se utiliza para incrementar el capital y realizar nuevos negocios.

Mantenimiento de la autonomía. - Las empresas que conforman un consorcio no se encuentran impedidas de realizar paralelamente otras actividades económicas.

Vinculación individual y en conjunto respecto a terceros. - Deriva de la ausencia de personalidad jurídica, así la vinculación individual con terceros es producto del desarrollo de actividades que realice cada miembro del consorcio; no obstante, dado el interés del tercero como la Administración Pública que contrata con un interés en el resultado final, se encuentra establecida legalmente, la responsabilidad solidaria.

Inexistencia de un patrimonio común. - En razón a la directa participación de los miembros del consorcio, no es necesario el aporte de un fondo patrimonial común en explotación, de ahí que las utilidades se dividan en tanto sean obtenidas, ello explica también, que los bienes adquiridos en común se rijan bajo las reglas de copropiedad.

Administración centralizada y control de las partes. - Por lo general, en el consorcio existe una empresa que se encarga de la administración del consorcio, pero ello no obsta la existencia de control de dicha administración mediante la conformación de comités de gerencia para la atención de asuntos de interés del consorcio y toma de decisiones.

2.2.4 Participación de consorcios en las contrataciones del Estado

El Estado impulsa la participación y desarrollo de las pequeñas y medianas empresas y les otorga beneficios en el ámbito de las contrataciones públicas que les permite participar en igualdad de condiciones con grandes empresas; dentro de las investigaciones nacionales tenemos a Luján (2015, p. 9), esta autora considerando que la estructura empresarial peruana se encuentra conformada en su mayoría por MYPES que presentan dificultades para lograr crecer y desarrollarse, plantea como objetivo general demostrar que la participación de los consorcios en las contrataciones públicas representa una estrategia que fomenta el crecimiento de las MYPES y como

objetivos específicos: a) demostrar que la participación en consorcios reduce costos, promueve la competitividad de las MYPES y les permite acceder en igualdad de condiciones en las contrataciones con el Estado, b) demostrar que la experiencia que se adquiere mediante la participación en consorcio en contrataciones públicas posibilita la posterior participación en futuros procedimientos, c) demostrar que mediante la conformación de consorcios se logra crear una imagen corporativa positiva basada en el cumplimiento de obligaciones que se asumen por el contrato.

El trabajo de investigación utilizó el método descriptivo y la técnica aplicada fue la investigación bibliográfica, el diseño e investigación es el de una casilla pues se toma el caso de la empresa Rodríguez Avalos S.A.C. siendo la hipótesis de investigación que la participación de MYPES a través de conformación de consorcios representa una estrategia que les posibilita su crecimiento y desarrollo. Dentro de las conclusiones a las que se arriba en este trabajo se encuentran: a) la participación de MYPES en consorcio es una estrategia que minimiza los problemas latentes en el desenvolvimiento de estas empresas, b) con la complementariedad, las MYPES reducen el costo de su inexperiencia, costos, fluctuaciones de ventas y adquieren poder contractual, c) participando en consorcio las MYPES reducen costos generales, ello repercute en la reducción de precio de bienes y servicios que se oferta incrementando la posibilidad de ser adjudicadas con la buena pro, d) con la participación en consorcio se adquiere experiencia para participar en nuevos procedimientos de selección, e) la unión en consorcio facilita el cumplimiento de las obligaciones contractuales lo que genera una imagen positiva de las MYPES.

2.2.5 Responsabilidad de los integrantes de consorcios en las contrataciones públicas

Partiendo por entender la responsabilidad como el deber de asumir las consecuencias de los actos propios con efectos dañinos en terceros, para Atehortúa (2010) el principio de responsabilidad apunta a la actuación en el marco de la legalidad de los sujetos intervinientes en la contratación pública, permitiendo que las obligaciones que correspondan a cada quien se cumplan sin intención de provocar algún daño y con la diligencia debida que se exige y fundamenta en el interés general. Las funciones de este principio apuntan a garantizar un adecuado ejercicio del poder que recae en las autoridades, a la protección tanto del patrimonio público como privado, a garantizar la indemnización ante la generación de algún daño, a dotar a las entidades estatales de instrumentos requeridos para fijar responsabilidades y sanciones a contratistas que no cumplan con sus obligaciones, así como para determinar conductas que generan

responsabilidad patrimonial, disciplinaria, fiscal y penal en servidores públicos, contratistas, entre otros. (citado en Guerrero, 2016, pp. 11-12).

Es sabido que la Administración Pública cuenta con la potestad de realizar el control posterior, de toda la documentación que los administrados presentan en el desarrollo del procedimiento administrativo pues, se parte de la presunción de veracidad de la información que se presenta a las entidades públicas.

A decir de Navas (2013, pp. 134-136), la fiscalización posterior es la materialización del principio de controles posteriores, así como la obligación de las entidades públicas consistente en la revisión de la autenticidad de la documentación presentada en el transcurso del procedimiento administrativo relacionado a una contratación pública. Como resultado de esta verificación posterior, las entidades públicas detectan la comisión de infracciones a la normativa de contrataciones del Estado, momento a partir del cual se encuentran obligadas a poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, la comisión de la infracción, mediante el envío de un Informe Legal con la documentación que sustente la comisión de la infracción.

La configuración legal de infracciones en que pueden incurrir los postores y contratistas refleja un límite a su actuación, en garantía de los intereses públicos que subyacen en estas contrataciones. En efecto, en estos contratos el contratista se obliga a ejecutar determinadas prestaciones a favor de las entidades a cambio de un beneficio económico, la situación ideal es el cumplimiento de las contraprestaciones establecidas; sin embargo, existen ocasiones en que las expectativas que tienen las entidades respecto del actuar de los contratistas no se condicen con la actuación de estos; provocando daños a las entidades. Al configurarse infracciones, los contratistas que participan de manera individual así como en consorcio, son sujetos de responsabilidad administrativa. No obstante la potestad sancionadora de la administración debe realizarse bajo el respeto de principios que garanticen a su vez la vigencia de los derechos que poseen los administrados. En el caso de las empresas que forman parte de un consorcio, han existido diversos criterios de aplicación de la normatividad al momento de decidir la individualización de responsabilidades.

En ese sentido, Huaman (2015, pp. 8-10) analiza las implicancias de las facultades de los órganos de OSCE de sancionar individualizando la empresa integrante de un consorcio que cometió una falta por la presentación de documentación falsa e inexacta, en su investigación, la población de esta tesis está compuesta por 170 resoluciones sobre el tema así como 50 trabajadores del área de logística en la Municipalidad Distrital de Pillcomarca, aplicando un muestro no probabilístico por el

que se eligió 34 resoluciones y 20 trabajadores. El objetivo general de esta investigación fue determinar deficiencias en las sanciones que impone el Tribunal de Contrataciones del Estado a los consorcios por la presentación de documentación falsa e inexacta; como objetivos específicos busca: a) determinar la posibilidad de conocer la intencionalidad de un consorcio de presentar documentación falsa o inexacta en el marco de un proceso de selección, b) establecer a los responsables y determinar su actuación bajo el principio de legalidad en la información presentada y c) determinar la individualización del infractor que presenta documentos falsos o inexactos.

La hipótesis general de esta investigación es que al corregirse las deficiencias en las sanciones que impone el Tribunal de Contrataciones se logrará la proporcionalidad en las sanciones, las hipótesis específicas señalan que, de identificarse la intención de un consorcio al presentar documentos falsos o inexactos permitirá evitar la imposición de una sanción, si los responsables de un consorcio actúan con legalidad y veracidad en la presentación de documentos evitarán ser pasibles de una sanción administrativa y si se individualiza al infractor la sanción debe aplicarse de manera gradual a los responsables.

Las conclusiones a las que se arriba en esta investigación son las siguientes: a) el Tribunal de Contrataciones del Estado al sancionar a un consorcio por la presentación de documentación falsa e inexacta pone en riesgo la transparencia de las contrataciones, al no existir un procedimiento que regule la aplicación de sanciones, ante ello las entidades adecuan procedimientos propios de acuerdo a sus necesidades, b) el órgano de control institucional no cuenta con un procedimiento a aplicar a efecto de supervisar la legalidad en la presentación de información por un consorcio en un procedimiento de selección, c) al individualizar al infractor, las entidades no cuentan con normativa que regule el procedimiento sancionador. En esta investigación se recomienda que el Tribunal de Contrataciones del Estado elabore una directiva general sobre las contrataciones directas y sanciones a un consorcio por presentar documentación falsa e inexacta a fin de uniformizar criterios. Asimismo, se recomienda que OCI supervise las adquisiciones directas, y evalúe los riesgos que puedan surgir en estas contrataciones a efecto que las entidades adquieran de manera eficiente bienes y servicios.

Por otro lado, la imposición de sanciones a miembros de un consorcio; por el simple hecho de pertenecer a este y sin mayor sustento probatorio constituye el ejercicio abusivo del *ius puniendi* administrativo, en ese sentido, Mendez (2014, pp. 9-13),

efectúa un análisis de la ley peruana actualmente derogada en materia de contrataciones del Estado; de esta manera, la hipótesis de investigación es que el D.L. N° 1017 y su reglamento, vulneran los principios de igualdad ante la ley, autonomía de voluntad, libertad contractual, legalidad, debido procedimiento, causalidad y licitud.

Las conclusiones a las que se arriba en dicha investigación son que el contrato de consorcio se caracteriza por su autonomía funcional y la responsabilidad limitada de sus miembros caracteres que se relativizan en la contratación pública, asimismo, que el RLCE a través de los artículos 145 y 139, al imponer sanciones a todos los consorciados sin debido sustento probatorio de su responsabilidad, vulneran el principio de presunción de inocencia así como el principio de causalidad, personalidad por el ejercicio del *ius puniendi* administrativo por la sola existencia de un vínculo contractual, configurando un supuesto de responsabilidad objetiva, la vulneración al principio de culpabilidad por la imposición de una sanción sin análisis de la conducta del sujeto, la violación al principio de igualdad ante la ley por la imposición de una misma sanción a situaciones que la ley reconoce como distintas y posibles de individualizarse, dichas normas significan un ejercicio abusivo del *ius puniendi* del Estado y la vulneración de principios de la autonomía de la voluntad y libertad contractual por imposición de sanciones, de manera desproporcionada y excediendo el acuerdo de voluntades plasmado en el contrato de consorcio.

Dicha investigación, no obstante realizar el análisis de una norma de contrataciones ya derogada, da cuenta de la constante inquietud que existía en la definición de la tendencia del Procedimiento Administrativo Sancionador y, la cabida de responsabilidad objetiva en materia administrativa sin vulnerar los principios de culpabilidad, causalidad y la responsabilidad subjetiva.

En esa misma línea se pronuncia (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, págs. 27-29) al señalar que, actualmente, el principio de culpabilidad, con el Decreto Legislativo 1272 que modificó la Ley del Procedimiento Administrativo General, cobra importancia en el procedimiento administrativo sancionador que anteriormente optó por una responsabilidad eminentemente objetiva que únicamente establecía que era necesaria la causalidad para imponer una sanción ante una conducta infractora. Por lo tanto, de acuerdo al principio de culpabilidad, la responsabilidad administrativa adquiere un cariz subjetivo, que obliga a las entidades públicas a acreditar el dolo o culpa como elementos necesarios para imputar una infracción administrativa.

Asimismo, el (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017, págs. 25-26), señala que, de conformidad al principio de causalidad, que guía el procedimiento

administrativo sancionador, quien debe asumir la responsabilidad y ser sancionado, es la persona que ejecutó la conducta que se encuentra prohibida por ley y; por ende constituye infracción administrativa; además debe existir una relación causa-efecto entre el hecho infractor y la lesión producida.

En efecto, el Procedimiento Administrativo Sancionador antes de la modificación de la Ley 27444 e introducción del principio de culpabilidad, tipificado en el artículo 246, en el ámbito de contrataciones públicas, se encontraba regido principalmente bajo el enfoque de responsabilidad objetiva que implicaba que únicamente correspondía realizar un análisis de causalidad de la infracción administrativa, es decir probar que el administrado realizó la infracción, independientemente de realizar un análisis del dolo o culpa con el que obró el infractor. Ahora, con la incorporación realizada mediante Decreto Legislativo 1272, se implanta el criterio de responsabilidad subjetiva, que supone que toda sanción impuesta por la Administración Pública, deberá tener en cuenta el principio de culpabilidad.

No obstante subsiste la responsabilidad objetiva en tanto así sea establecida legalmente, y es precisamente lo que ocurre en materia de contrataciones del Estado en cuya gama de infracciones distingue ciertos supuestos en cuyo caso la responsabilidad es objetiva, como es el caso de la presentación de documentación falsa. Así, cuando la documentación falsa es presentada por un consorcio además de tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva, los miembros responden en forma solidaria, lo que no enerva la posibilidad de individualizar la responsabilidad en tanto se cumplan los criterios establecidos legalmente; por tal motivo, el principio de culpabilidad es aplicado pero con ciertos matices.

Concordamos con (Baca, 2019, págs. 319-331), quien sostiene que existe identidad del *ius puniendi* estatal en la aplicación de penas y sanciones; en el Derecho Penal y Derecho Administrativo; a pesar de la existencia de particularidades que derivan de los bienes jurídicos protegidos, de ahí que resulte necesaria la aplicación de principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora, que en materia administrativa se hallan reflejados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante el Decreto Supremo 006-2017-JUS. Dentro de dichos principios uno de vital importancia es el principio de culpabilidad cuyo contenido está definido por:

- El principio de personalidad de las penas: Supone que sólo puede ser sancionado el que hubiera realizado la conducta infractora, resultando imposible separar autoría y responsabilidad. Sin embargo, el artículo 249.2 de la LPAG, permite la imposición de sanciones en las que se responde de

manera solidaria, siempre que el cumplimiento de las obligaciones legales correspondan a varias personas en conjunto, en ese sentido resultando razonable que sean responsables del total de la sanción en tanto responden por un incumplimiento propio; asimismo, se hace hincapié en que la regla general es la individualización de responsabilidades en cuanto sea posible.

- El principio de imputación por el hecho: Implica que para la imposición de una sanción debe existir una acción u omisión, este principio en la legislación se expresa a través del principio de causalidad.
- El principio de exigencia de dolo o culpa o de tipicidad subjetiva: En materia administrativa, cuando menos se exige la culpa o negligencia; es decir que se produzca un efecto no deseado por la norma o tenga lugar una conducta generadora de riesgo que el autor pudo evitar mediante el cumplimiento de una norma que imponía un deber de cuidado. No obstante, subsiste la responsabilidad objetiva en tanto así sea establecida a través de una norma con rango de ley.
- El principio de culpa en sentido estricto o de reprochabilidad subjetiva: Implica que sólo podrá ser sancionado una persona que pueda ser imputable; es decir, aquel que se encuentre en condiciones de recibir un castigo, de modo tal que de acreditarse alguna condición subjetiva que coloque al autor como inimputable, no podría ser sancionado.

A partir de lo expuesto, por encontrarse establecido en la normativa de contrataciones del Estado, a los miembros de un consorcio les alcanza la responsabilidad objetiva solidaria, por la acción u omisión de alguno de sus miembros, debiendo responder todos como si se tratase de un incumplimiento propio; sin embargo, al ser la regla general la de individualización de responsabilidades, resulta posible que sólo sea sancionado, aquel co-consorciado, que cometió la acción u omisión a la normativa de contrataciones públicas; siempre y cuando existan elementos que acrediten que únicamente se encontraba en su esfera el deber de cuidado exigido.

En ese sentido, corresponde que el Tribunal de Contrataciones del Estado, al ejercer su potestad sancionadora, ante la comisión de infracción de presentación de documentación falsa que se encuentra calificada legalmente en la normativa de contrataciones como un tipo de responsabilidad objetiva; en aplicación de la individualización de responsabilidades:

- Prevista en el artículo 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, concordante con el artículo 13 de la Ley, la individualización de responsabilidad

tendrá en cuenta el contenido de: a) la promesa formal de consorcio, b) el contrato de consorcio y c) contrato suscrito con la Entidad.

- En función al Acuerdo de Sala Plena Acuerdo 05-2017/TCE, aplicable en la individualización de responsabilidad sobre la base de la promesa formal de consorcio; verificar del contenido literal y específico de la promesa formal de consorcio, que correspondía a determinada empresa la obligación de aporte documental del documento falso, siempre y cuando dicha promesa formal de consorcio sea veraz, no tenga contradicciones en su contenido ni presente incoherencias con otros elementos fácticos y probatorios; asimismo, dicha individualización sólo puede recaer en un miembro del consorcio, mas no en aquel consorciado que únicamente asuma obligaciones administrativas y no obligaciones propias del objeto contractual.

Debemos recordar que el procedimiento administrativo sancionador surgió por la necesidad de regular las conductas de las personas, siendo imprescindible otorgar a la Administración Pública de instrumentos coercitivos para que esta pueda lograr que las normas legales se cumplan, asimismo, con la finalidad de desincentivar que los administrados realicen conductas ilícitas. Para Del Valle (2017, p. 20), la potestad sancionadora del Estado surge con la finalidad de instar a que el contratista honre los compromisos que adquirió con la Administración Pública, siendo un mecanismo idóneo para excluir del mercado a proveedores que infringen la ley siendo independiente de otros tipos de responsabilidad. Asimismo, que esta competencia que posee el Tribunal de Contrataciones del Estado debe ejercerse garantizando el debido proceso, respetando los principios de la potestad sancionadora administrativa que se consideran en la Ley General del Procedimiento Administrativo. Asimismo, señala que, en el caso de consorcio, en el Reglamento se establece qué infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y en etapa de ejecución contractual, se imputan a todos los integrantes del consorcio, correspondiendo aplicar a cada quien la sanción que le corresponda, a menos que dada la naturaleza de la infracción, sea posible individualizar dicha responsabilidad, en cuyo caso, la carga de la prueba requerida para sostener la individualización es de cargo del presunto infractor.

Las conclusiones a que se arriba en este trabajo de investigación son: a) un sistema de compras públicas que busque ser eficiente, maximizar el valor del dinero aportado por todos los contribuyentes y que posibilite lograr la satisfacción oportuna de necesidades de la población requiere del involucramiento tanto del aparato estatal conformado por funcionarios públicos como de los particulares que participan en el

mercado de compras estatales, b) la nueva ley de contrataciones no busca el implantar nuevos paradigmas en el sistema de contratación estatal de bienes, obras y servicios sin embargo, introduce instituciones nuevas y dota de énfasis a otras ya existentes, c) en la actual ley de contrataciones se ha suprimido infracciones establecidas en la ley derogada no obstante, en cumplimiento del principio de tipicidad, continúa estableciendo infracciones que han de ser aplicables a los proveedores, postores, contratistas; infracciones que buscan proteger bienes jurídicos dignos de tutela en la contratación administrativa a efecto que se puedan cumplir sus fines adecuadamente, d) con anterioridad, la sanción administrativa consistía en la inhabilitación temporal o permanente, la ley actual introdujo la multa como sanción, e) con la finalidad de garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, fomentar la predictibilidad en las resoluciones emitidas por el Tribunal, unificar criterios y proyectar líneas de interpretación sería conveniente que exista alguna fórmula para aplicar multas.

En esa línea (Navas, 2013, pp. 36-43), sostiene que el procedimiento administrativo sancionador en el ámbito de las contrataciones públicas, es el mecanismo de control de la actividad administrativa a través del cual se exige que las personas que intervienen en las contrataciones públicas adopten un comportamiento conforme a ley. El derecho administrativo sancionador se rige por criterios de afectación general de ahí que las sanciones administrativas para su imposición no requieran de la comprobación de existencia de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, se trata más bien de una consecuencia a la desobediencia de reglas administrativas. La finalidad del procedimiento sancionador es verificar si el acto denunciado fue cometido o no por los postores o contratistas por ello, es frecuente que el Tribunal de Contrataciones tenga la facultad de exigir a las entidades públicas la remisión de los resultados de los procedimientos de fiscalización posterior realizados por ellas a fin de fundamentar la emisión de fallos.

Por otro lado, Contreras (2017, pp. 16-21), aborda el tema de las sanciones administrativas en las contrataciones públicas, analizando la normatividad peruana, chilena, colombiana y mexicana. El objetivo general de dicha investigación es: analizar las sanciones administrativas en las contrataciones públicas y el procedimiento administrativo sancionador en Perú, Chile, Colombia y México y como objetivos específicos se plantea analizar la normatividad que regula el régimen administrativo sancionador y las sanciones contempladas en dichos países así como identificar el organismo que se encuentra encargado de la imposición de dichas sanciones y caracteres del procedimiento administrativo sancionador de cada país. La metodología

utilizada es de tipo cualitativo y su diseño de investigación es jurídico – comparativo. Este trabajo de investigación considera como población el estudio de los regímenes de contrataciones públicas en Perú, Chile, Colombia y México.

En este trabajo de investigación el autor llegó a las siguientes conclusiones: a) en Perú, las sanciones administrativas se encuentran reguladas en el artículo 50 de la Ley N° 30225 y su modificatoria Decreto Legislativo N° 1341, en dicha norma se tiene estipulado que las sanciones administrativas existentes son la multa, la inhabilitación temporal e inhabilitación definitiva, en el país de México las sanciones se encuentran reguladas en artículos del 59 al 64 siendo la multa y la inhabilitación temporal, mientras que en los ordenamientos de Chile y Colombia no existe el capítulo de sanción administrativa debido a la implementación del gobierno electrónico b) En el Perú el órgano sancionador es el Tribunal de Contrataciones del Estado, en México es la Secretaria de la Función Pública, en Chile es el Tribunal de Contrataciones Públicas y en Colombia el interventor quien fiscaliza las actividades para que se haga con legalidad las adquisiciones de bienes, servicios y obras.

En la delimitación de responsabilidad en el aspecto tributario, tenemos a Ariñez (2017, pp. 5-7) quien realiza el análisis de la Resolución del Tribunal Fiscal 1279-1-2015-16 y plantea como objetivo efectuar una evaluación del procedimiento de atribución de la responsabilidad solidaria del consorcio con contabilidad independiente a la luz de los artículos 16 al 20 del Código Tributario, con la finalidad de conocer si estos criterios son suficientes para definir el procedimiento de la responsabilidad solidaria de las obligaciones tributarias de un consorcio. La hipótesis de este trabajo de investigación es que los presupuestos normativos en materia tributaria resultan insuficientes a efecto de delimitar el procedimiento de atribución de la responsabilidad solidaria del consorcio con contabilidad independiente, permitiendo que órganos administrativos de manera arbitraria atribuyan “responsabilidad solidaria”, sin la utilización de mecanismos de prelación ni grado de participación de consorciados y sin análisis de la intencionalidad, vulnerando los principios tributarios que son garantes de derechos fundamentales.

Las conclusiones a que se arriba en esta tesis son: 1) que los consorcios al ser contratos asociativos y carecer de personalidad jurídica son incapaces de contraer obligaciones y derechos con terceros por tal razón la responsabilidad sobre las obligaciones asumidas recae en sus miembros según lo estipulado en el contrato de consorcio existiendo responsabilidad solidaria de haberse pactado ello, 2) para la norma tributaria el consorcio, si lleva contabilidad independiente es considerado sujeto

pasivo para efectos impositivos del IGV, 3) el consorcio no tiene capacidad para responder por la obligación tributaria porque no cuenta con patrimonio propio, 4) los sujetos que pueden responder de manera solidaria de acuerdo al código tributario son los administradores o administradores de hecho del consorcio, los miembros del consorcio y lo adquirentes de pasivo o activo, 5) en primer lugar de prelación se encuentra el que administre el consorcio y de no ser posible, le siguen los integrantes del consorcio, 6) para fundamentar la responsabilidad solidaria de un administrador, la Administración Tributaria debe interpretar no sólo normas sino relaciones económicas que existen, 7) la interpretación literal de la ley tributaria no establece presupuestos de atribución de responsabilidad solidaria, dando lugar a la inutilización de presupuestos de causalidad, culpa, dolo y grados de prelación, 8) la responsabilidad solidaria en calidad de adquirente no es aplicable al consorcio con contabilidad independiente por no tratarse de una persona jurídica, siendo aplicable la responsabilidad indirecta establecida en el numeral 3 del artículo 17 de la Ley Tributaria, 9) los órganos administrativos deben definir si hubo beneficio del contrato y en qué grado, si el sujeto a quien se atribuye un hecho tiene capacidad contributiva, entre otros para fundamentar fallos sin vulnerar el sistema normativo.

2.2.6 Responsabilidad administrativa en materia de contrataciones públicas

La Ley de Contrataciones del Estado N° 30225, en su artículo 13, establece la posibilidad de la participación en consorcio de los proveedores en los procedimientos de selección. Según lo indicado en dicha norma, esta permisión tiene por finalidad:

- La complementación de calificaciones, con independencia del porcentaje de participación de los integrantes según sea dispuesto en los documentos del procedimiento de selección.
- La ejecución conjunta del contrato.

Asimismo, se indica que con la formación de un consorcio los integrantes no se obligan a crear una persona jurídica nueva, y son responsables en forma solidaria por las consecuencias que se deriven de su participación en la ejecución del contrato. En este aspecto, si un consorcio incurre en una de las infracciones establecidas por la ley, ya sea en etapa de procedimiento de selección o durante la ejecución del contrato; se entiende que, por la solidaridad, la infracción se imputa a todos los integrantes. No obstante, se deja abierta la posibilidad de individualización de responsabilidad y sanción, considerando:

- La naturaleza de la infracción

- La promesa formal de consorcio
- Contrato de consorcio
- Medio de prueba documental con fecha y origen cierto.

Conforme al artículo 258 del Reglamento, la solidaridad derivada de la conformación de un consorcio causa que la infracción se impute a todos sus integrantes salvo que sea posible individualizar la responsabilidad según los criterios que se exponen a continuación, encontrándose la carga de la prueba en el presunto infractor.

- a) Naturaleza de la infracción: Ante el incumplimiento de una obligación personal por los integrantes del consorcio al haber infringido el artículo 50° de la Ley:
 - a. Por incumplimiento de los impedimentos para contratar con el Estado establecidos en el art. 11 de la Ley.
 - b. Presentación de información inexacta a Entidades, Tribunal, RNP, relacionada al cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que haya significado una ventaja en el procedimiento de selección o etapa contractual.
 - c. Por perfeccionar el contrato luego de notificada en SEACE la suspensión, recomendación de nulidad, nulidad del proceso de contratación que OSCE haya señalado en el marco de sus funciones.
- b) Promesa formal de consorcio: Siempre que el contenido sea veraz y se pueda identificar de su contenido, de manera indubitable al responsable de la infracción.
- c) Contrato de consorcio: Siempre que sea veraz, no modifique el contenido de la promesa formal de consorcio y de acuerdo a su contenido se pueda identificar de manera indubitable la responsabilidad.
- d) Medio de prueba documental de fecha y origen cierto: Aquel documento otorgado por entidad pública en ejercicio de sus funciones, escritura pública y otros documentos otorgados ante notario público. La fecha cierta debe ser anterior a la fecha de comisión de la infracción.

Según lo dispuesto en el artículo 258 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la potestad de imponer las sanciones establecidas en el artículo 50 de la Ley, por la infracción tanto a la Ley como al Reglamento, reside de manera exclusiva en el Tribunal. Para (Reyes, 2016, pp. 20-25), el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado, tiene la finalidad de facultar al Tribunal de Contrataciones del Estado para que, en ejercicio del *ius puniendi* del Estado, determine y aplique una sanción al participante, postor o contratista por la comisión de

una infracción establecida en el artículo 51 inciso 1 de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo la sanción inhabilitar al proveedor por un período o de forma definitiva o la imposición de una sanción económica. Considerando que el poder sancionador que posee la Administración Pública le es inherente con la finalidad de preservar la eficacia del sistema jurídico respecto de los administrados, la facultad de la administración de establecer mandatos debe equipararse con la posibilidad de sancionar su incumplimiento.

Según Rubio (2013, pp. 234-235), la infracción se configura con la acción u omisión del denunciado, en razón de la responsabilidad objetiva que aparece desde la presentación de documentos y declaraciones juradas que forman parte de las ofertas presentadas; en ese sentido, resulta irrelevante realizar un análisis de la intencionalidad de la conducta (citado en Ruiz & Valdiviezo, 2015, pp. 387-388).

Por su parte, Shimabukuro (2013, pp. 140-141) sugiere que la regla de la responsabilidad objetiva administrativa debe establecerse en una norma con rango de ley, en la que se establezca los supuestos en que este tipo de responsabilidad es aplicable, con la finalidad de dotar de constitucionalidad las decisiones que emita la administración, bajo los parámetros de los principios de culpabilidad y reserva de ley. De ahí que sostiene que la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva deba darse en forma razonada, previa justificación de acuerdo al caso en concreto.

Como se ha indicado, con la figura de consorcio, el Estado permite que las empresas sean capaces de competir eficientemente en el mercado y finalmente ejecutar de manera eficiente los contratos de bienes, servicios u obras; por tal razón, de acuerdo a lo señalado en el ACUERDO N° 05-2017/TCE, Acuerdo de Sala Plena 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, es razonable que las infracciones que se cometen en consorcio se imputen de forma solidaria, encontrándose en las empresas la decisión de unirse en consorcio con personas idóneas.

La infracción con mayor incidencia es la referida a la presentación de documentación falsa o inexacta en la oferta, en este criterio, de acuerdo a lo indicado en el Acuerdo N° 05-2017/TCE, es posible individualizar responsabilidades siempre y cuando el contenido de la promesa formal de consorcio sea veraz y de manera expresa fluya que cierta obligación corresponda de manera exclusiva a uno de los miembros del consorcio, no a un tercero.

No obstante, no basta con la sola referencia en la promesa formal de consorcio que la obligación de aporte, el acopio o la verificación de documentos corresponde a uno de los integrantes; sino, debe hacerse mención a la ejecución de una obligación específica que permita identificar el aporte.

Por otro lado, debe evitarse que la promesa formal de consorcio sirva de instrumento para incorporar a personas al consorcio que no asuman obligación alguna en la ejecución propia del contrato, con la única finalidad de hacer que en ellas recaiga la responsabilidad por la comisión de una infracción; por tal motivo se debe realizar su valoración conjunta con otros medios probatorios y elementos fácticos.

De lo expuesto, este criterio relevante al individualizar la responsabilidad de los miembros de un consorcio impone a éstos una adecuada delimitación de obligaciones que sean expresamente plasmadas en la promesa formal de consorcio que se condigan con los pactos realmente establecidos entre ellos, por cuanto la sola indicación de obligaciones establecidas en la promesa formal de consorcio no bastará para individualizar la responsabilidad si es que existen otros elementos probatorios que niegan su contenido máxime cuando se busca evitar que la promesa formal de consorcio sea utilizada a efecto de imputar deliberadamente responsabilidad a alguno de los miembros del consorcio.

Muestra de la importancia de la adecuada configuración del contenido de la promesa formal de consorcio radica en su imposibilidad de modificación al formalizar el contrato de consorcio. En efecto, conforme a lo señalado en el numeral 1) del acápite 7.4.2 de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD “Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado”, la promesa formal de consorcio debe contener de manera obligatoria:

- a) La identificación de los miembros del consorcio.
- b) La designación del representante común del consorcio.
- c) Domicilio consorcial.
- d) Obligaciones que correspondan a cada miembro del consorcio.
- e) El porcentaje de obligaciones que corresponde a cada miembro del consorcio.

Asimismo, de acuerdo al numeral 1) del acápite 7.7 de la Directiva, el contrato de consorcio debe contener:

1. La información obligatoria consignada en la promesa formal de consorcio.

2. La identificación del miembro del consorcio que se encargará de la facturación o; en caso el consorcio lleve contabilidad independiente, la indicación del R.U.C. del consorcio.
3. Firma legalizada ante Notario de los integrantes del consorcio, apoderados, o representantes legales según corresponda.

En ese entender, que en la promesa formal de consorcio se definan con claridad las obligaciones que correspondan a cada miembro del consorcio, así como sus respectivos porcentajes, es importante por cuanto dicha información será consignada en el contrato de consorcio que el consorcio ganador presentará a efecto de suscribir contrato con la Administración Pública. Siendo que dicha información es inmodificable para efectos de la ejecución de contrato.

Se debe reflexionar sobre la importancia del afianzamiento de los pactos que conforman el contrato de consorcio, el cual debería contemplar todos los aspectos básicos que permitan lograr relaciones armoniosas entre las partes una vez se obtenga el otorgamiento de la buena pro. Resulta frecuente que, con la finalidad de cumplir con la presentación de la oferta se presente una promesa formal de consorcio conteniendo una distribución de obligaciones que no se condice con la realidad y; considerando que estas obligaciones más adelante, en caso de obtenerse la buena pro se plasmarán en el contrato de consorcio, ello da lugar a que este documento no refleje de manera adecuada las obligaciones y consecuente asunción de responsabilidades. Por ello, resulta conveniente regular de manera interna, con anticipación a la presentación de la promesa formal de consorcio, el nombramiento de un órgano de gobierno, sus facultades y prohibiciones, un régimen que regule la responsabilidad interna de los integrantes del consorcio que se desea formar y aspectos relacionados al régimen económico como la facturación y distribución de utilidades.

CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Las empresas que contratan con el Estado cuentan con las herramientas necesarias para informarse respecto a los antecedentes de las personas naturales o jurídicas con las cuales pretenden establecer consorcios. No obstante ello, pocas son aquellas que efectivamente de manera preventiva evalúan la toma de decisiones en aspectos relacionados a la conformación de consorcios, a la asignación de obligaciones, y al establecimiento completo de las mismas en los documentos que serán presentados ante la Administración Pública (promesa formal de consorcio y contrato de consorcio), que más tarde servirán de instrumento que les permita individualizar la responsabilidad, que por regla es solidaria, en aquella empresa que cometió la infracción de presentar documentación falsa ya sea para obtener la buena pro, a través de la presentación de la propuesta técnica y económica; o para la suscripción de contrato.

Como veremos en las distintas resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, a efecto de permitir la individualización de responsabilidad por la presentación de documentación falsa, los integrantes de un consorcio con poca frecuencia establecen de manera literal, a quién corresponde la obligación de aporte de los documentos a presentarse durante el proceso de selección y durante la etapa de ejecución contractual; por tal motivo, a pesar que la conducta infractora únicamente hubiese sido cometida por una de las empresas y con desconocimiento de las demás, por la solidaridad, responden todas quedando restringidas de su derecho de participar en contrataciones públicas.

En las siguientes líneas, realizaremos el análisis de las Resoluciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado durante el año 2018, mediante las cuales se sancionó a diferentes empresas, de manera temporal o definitiva, por la causal de presentación de documentación falsa o adulterada a las Entidades, en su participación en consorcio en contrataciones públicas.

3.1 CASO 1

En la **Resolución N° 0235-2018-TCE-S2**, el Consorcio (integrado por BIOASSAY PERÚ S.A.C. y la empresa AT BIOTEC S.A.C.) participó en la Adjudicación Simplificada N° 027-2016-DRS.SJM.VMT- Primera Convocatoria, convocada por la Red de Servicios de Salud de San Juan de Miraflores- Vila María del Triunfo (la Entidad).

La Entidad denunció ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, la presentación de documentación falsa por parte del Consorcio, acompañando el Informe Técnico N° 005-2016-UL-ODA-DRS-SJM-VMT-IGSS en el cual detalló que efectuada la solicitud a la empresa INMUNOCHEM S.A.C. a efecto confirme la veracidad de una Carta de Representación aparentemente suscrita por el representante de dicha empresa a favor de la empresa AT BIOTEC S.A.C., se tuvo conocimiento que dicha carta de era falsa.

La empresa AT BIOTEC S.A.C al apersonarse rechazó los cargos en su contra y la empresa BIOASSAY PERÚ S.A.C. en sus descargos señaló que tenía una participación mínima del 10% que se limitaba al almacenamiento de insumos de laboratorio, indicando que la empresa AT BIOTEC S.A.C. era la beneficiaria del documento falso y que desconocía si dicha empresa tenía o no conocimiento de las deficiencias o irregularidades del documento en mención; posteriormente al ampliar los descargos, manifestó que la empresa que negaba la expedición del documento que se reputa falso, participó en la elaboración de la oferta y que estaría negando la autoría de la carta de representación por motivos comerciales.

El Tribunal de Contrataciones, a resolver verificó que en la promesa formal de consorcio las empresas se comprometieron a presentar de manera conjunta su oferta, “no apreciándose de la literalidad de la promesa formal de consorcio, pactos específicos y expresos que permitan atribuir exclusivamente a uno de éstos la responsabilidad por el aporte de la carta de representación cuya falsedad ha sido determinada”. Por ello, a pesar que la defensa de la empresa BIOASSAY PERÚ S.A.C. manifestó que la carta de representación que se indicaba era falsa, se encontraba dirigida a favor de su co-consorciada AT BIOTEC S.A.C. (la cual posteriormente reconoció que preparó la oferta junto a un tercero), estas afirmaciones no permitieron individualizar la responsabilidad en su co-consorciada por no encontrarse descritas en la promesa formal de consorcio, siendo sancionadas ambas empresas con una inhabilitación temporal de 36 meses en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, .

A través de dicha respuesta del Tribunal de Contrataciones del Estado, se evidencia la relevancia que tiene “la literalidad”, a efectos de individualizar la responsabilidad de uno de los integrantes del consorcio, debiendo precisarse con claridad ya sea en la promesa formal de consorcio, en el contrato de consorcio, o en cualquier documento de origen y fecha cierta que determinada empresa y no otra, tuvo la obligación de aportar la documentación que se imputa falsa.

3.2 CASO 2

En la **Resolución N° 168-2018-TCE-S4**, se expone el caso relacionado al Consorcio San Sebastián de Aucayacu, integrado por las empresas RAMÓN MOSCOSO VARGAS INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN E.I.R.L. e INTERCON CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. quienes participaron en la Licitación Pública N° 1-2016-MDJCC, convocada por la Municipalidad Distrital de José Crespo y Castillo.

Un tercero, el Sr. Elías Sánchez Cotrina denunció que el Consorcio había presentado dos cartas fianzas falsas, la de fiel cumplimiento de contrato y la de adelanto directo, de acuerdo a lo señalado por el Banco Interamericano de Finanzas. Asimismo, la Entidad denunció que el Consorcio había presentado cartas fianza no emitidas por BANBIF apoderándose el 10% del monto total del contrato del procedimiento de selección.

Acumulados los actuados, se inició el procedimiento administrativo sancionador.

Sin presentación de descargos, pese a haber sido notificadas las empresas; el Tribunal pasó a resolver. Al respecto, del contenido de la Promesa de Consorcio de fecha 28 de noviembre de 2016, se precisa que los miembros asumen responsabilidad solidaria por la presentación de la documentación, revisado el Contrato de Consorcio y el Contrato de ejecución de obra suscrito con la Entidad, tampoco existen elementos que permitan identificar qué consorciado aportó las cartas fianzas falsas.

Por consiguiente, considerando el Acuerdo de Sala Plena N° 05/2017.TCE, precedente de observancia obligatoria, se estableció que no basta que en la promesa formal de consorcio se indique de manera expresa que determinado consorciado tiene el deber de preparar la oferta y verificar su veracidad pues ello contradice el concepto mismo de consorcio pero sí resulta necesario a efecto de individualizar responsabilidades, “una asignación explícita en relación al aporte del documento”. En base a ello, al no encontrarse elemento o indicación que permita individualizar la infracción en la promesa de consorcio, en el contrato de consorcio ni en el Contrato de ejecución de obra N° 002-2016-MDJCC/A, no resultaba posible determinar qué empresa había aportado al consorcio las cartas fianza falsas, ello determinó que se imponga a la empresa RAMON MOSCOSO VARGAS INGENIERIA Y CONSTRUCCION E.I.R.L, y a la empresa INTERCON CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. la sanción de cincuenta (50) meses de inhabilitación temporal en su derecho a participar en cualquier procedimiento de selección.

En este contexto resulta importante señalar que este criterio de individualización de responsabilidades no ha sido creado con la finalidad de incentivar a los consorcios a que deliberadamente asignen la obligación de aporte documental a una de las empresas que los conforman, en aras de liberar de la responsabilidad solidaria a otras

empresas a quienes no se designó dicha obligación; pues, dependiendo de las circunstancias fácticas, dada la valoración conjunta de la prueba, de existir elementos probatorios que acrediten que no sólo la empresa que taxativamente tenía la obligación de aporte documental presentó documentos falsos, la responsabilidad no será individualizada, debiendo sancionarse a todos los miembros responsables.

3.3 CASO 3

En la misma línea, según **Resolución N° 0400-2018-TCE-S4**, se resuelve el procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio Apurímac (integrado por la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G &L RAFAEL S.AC. y la señora Alicia Diana Oyola Gaspar) por la presunta responsabilidad al haberse presentado documentación falsa o adulterada e información inexacta en el marco de la Adjudicación Directa Selectiva 31-2015-MPA-CEP, convocada por la Municipalidad Provincial de Abancay.

Es el caso que el Jefe del Órgano de Control Institucional de la Entidad argumentó que el Consorcio presentó documentación falsa consistente en:

- Una Carta Fianza N° 021-2016 emitida por Caja Rural de Ahorro y Crédito Los Libertadores de Ayacucho S.A.

Ante dicha denuncia, el Tribunal de Contrataciones solicitó a la Entidad la emisión de un Informe Legal indicando los resultados de la fiscalización posterior realizada a la documentación presentada por el Consorcio Apurímac. Así, en el Informe Legal N° 016-2016-GAJ-MPA se dejó establecido que el contratista presentó la carta fianza falsa para la suscripción del contrato que le fue adjudicado.

En la presentación de descargos, la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G &L RAFAEL S.AC. negó su participación en el consorcio, solicitando una pericia grafo técnica; solicitando se realice la comparación entre la firma de la representante de su empresa que obra en RENIEC y la que obra en los documentos presentados ante la Entidad. Asimismo advirtió que el notario que presuntamente había legalizado el Contrato de Consorcio había fallecido con anterioridad a la legalización; por lo que solicitó a RENIEC el certificado de defunción.

La señora ALICIA DIANA OYOLA GASPAS no presentó ningún descargo.

Debido a la presunta falsedad del Contrato de Consorcio, se ampliaron los cargos y se corrió traslado a ambas partes. Al apersonarse la señora ALICIA DIANA OYOLA GASPAS asumió todo tipo de responsabilidad, indicando que participó sola en el proceso de selección, con desconocimiento de la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C.

El Tribunal de Contrataciones del Estado requirió a la Entidad informe si la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C. se registró o no como participante en el proceso de selección e indique quién acudió por parte dicha empresa al acto de otorgamiento de buena pro; asimismo se indicó a la citada empresa si se encontraría dispuesta a asumir el costo de las precias grafo técnicas solicitadas.

La Entidad refirió que el registro fue electrónico y fue realizado por la señora Alicia Diana Oyola Gaspar, presentando su propuesta en consorcio con la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C.

Al no haber sido remitida la documentación original para la pericia grafo técnica, ni asumido el costo de su realización por la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C. que además, no remitió documentación adicional para realizar el cotejo de firmas, habiendo advertido según la información obrante en el Registro Nacional de Proveedores de OSCE que, mediante trámite N° 2016-08189170-Ayacucho, la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C. solicitó la Constancia de no estar inhabilitado o suspendido para contratar con el Estado, se infirió por el monto que se encontraba referida al proceso de selección.

Por las razones expuestas, se sancionó a la empresa CONSTRUCTORA E INVERSIONES G&L RAFAEL S.A.C. así como a la señora ALICIA DIANA OYOLA GASPARG, a 38 meses y 40 meses de inhabilitación temporal para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, respectivamente. Por la presentación para la suscripción de contrato, de un contrato de consorcio con firma legalizada falsa, y por la presentación de una carta fianza falsa.

En este caso, no fue posible identificar del contenido del contrato suscrito con la Entidad ni de la promesa formal de consorcio a quién correspondía el aporte de los documentos que se demostró eran falsos, no bastando la declaración efectuada por la Sra. Alicia Diana Oyola Gaspar quien señaló que fue ella la encargada de aportar los documentos, pues se infirió que pretendía obstruir la labor del Tribunal.

3.4 CASO 4

Respecto a los documentos de fecha y origen ciertos que pueden individualizar la responsabilidad, tenemos la **Resolución N° 0432-2018-TCE-S1**, que declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa G & A CONSULTORES Y CONTRATISTAS S.A.C., la señora PILAR SHEILA GINES MILLA y el señor LUIS ENRIQUE ALVARADO SALAZAR, contra la Resolución N° 177-2018-TCE-S1 que les impuso 38 meses, 44 meses, 44 meses de inhabilitación temporal en

sus derechos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, respectivamente.

En este caso se determinó la presentación de documentación falsa consistente en declaraciones juradas supuestamente suscritas por un “arquitecto” e “ingeniero electricista”, personas que ante el órgano de control institucional de la Entidad manifestaron no haber suscrito las mismas. Ahora bien, la peculiaridad del caso radica en que si bien en la promesa formal de consorcio, ni el contrato de consorcio contenían información que permita determinar a qué integrante se debía atribuir el aporte de dichos documentos falsos, de manera previa a la suscripción de la promesa formal de consorcio, los integrantes suscribieron un “*Acta de acuerdo de participación en consorcio*” con firmas legalizadas, en el cual se indicaba que el Sr. Luis Enrique Alvarado Salazar era el encargado de verificar de manera previa a la suscripción del contrato y durante la ejecución del mismo, la veracidad de los documentos.

Sin embargo, la Sala determinó que al contener el “*Acta de acuerdo de participación en consorcio*”, obligaciones distintas a las establecidas en la Promesa Formal de Consorcio; que por cierto sí fue presentada ante la Entidad, se resta mérito probatorio a dicho acuerdo y debería asumirse que, con la presentación posterior de la Promesa Formal de Consorcio el *Acta* fue revocado, estableciéndose las nuevas reglas definitivas. Por tal motivo, a pesar que las partes solicitaron se tenga en consideración el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2017/TCE; considerando que al momento de la comisión de la infracción la determinación de individualización se realizaba únicamente en función a lo plasmado en la promesa formal de consorcio, no resultaba aplicable el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2017/TCE; es más, aun siendo aplicable, al existir las inconsistencias entre el acuerdo de fecha cierta y la promesa formal de consorcio por la diferencia de obligaciones descritas en ambos documentos, se restaba valor probatorio al documento privado de fecha cierta.

Esta decisión nos hace reflexionar respecto a la importancia que deben prestar las empresas a la presentación completa de la promesa formal de consorcio, en la cual se establezcan de manera explícita las obligaciones que corresponden a cada co-consorciado; independientemente de los documentos de fecha cierta que pretenden sean considerados al momento de acreditar la determinación de obligaciones respecto al aporte de documentos. En efecto, a través de esta Resolución, no queda claro si realmente existe un documento de fecha cierta que por sí mismo sea apto para individualizar responsabilidades; pues, una de las razones que expuso el Tribunal, además de la diferencia de obligaciones es que la promesa formal de consorcio y no el Acta, fue el documento presentado ante la Entidad, con ello ¿qué sentido tendría entonces que existan documentos privados destinados a tal fin?, considerando que

finalmente primará lo señalado en la promesa formal de consorcio. A partir de dicha respuesta del Tribunal pareciera que los documentos privados de fecha cierta no deben oponerse a lo establecido en la promesa formal de consorcio o al contrato de consorcio pero sí podrían ampliar lo establecido en dichos documentos.

3.5 CASO 5

Mediante la **Resolución N°0126-2018-TCE-S4**, se declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el señor IVAN GONZALO URIBE HOYOS, contra la Resolución N° 2694-2017-TCE-S4 que le impuso, al igual que a la empresa SURA CONTRATISTAS E.I.R.L., 49 meses de inhabilitación temporal en sus derechos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, por la presentación de declaraciones juradas, certificados de trabajo, constancias y diplomas falsos como parte de su propuesta. El impugnante alegó que debe considerarse que existe un documento denominado: “Acuerdos previos de participación empresarial” con fecha 04 de marzo de 2014, que adquiere fecha cierta desde la presentación como descargo ante el Tribunal; en dicho documento se estableció que era la empresa SURA CONTRATISTAS E.I.R.L., la encargada de la “elaboración, tramitación y presentación de la propuesta técnica y toda la documentación necesaria para la participación en el proceso de selección y suscripción del contrato”, siendo ello reconocido por la empresa SURA CONTRATISTAS E.I.R.L. al señalar que el señor IVAN GONZALO URIBE HOYOS no intervino en la elaboración de la propuesta técnico-económica.

Al respecto el Tribunal señaló que el documento “Acuerdos previos de participación empresarial”, no tiene fecha cierta anterior a la comisión de la infracción; asimismo, la presentación de tal documento en los descargos, no determina que sea susceptible de ser valorado a efecto de individualizar la infracción, pues un documento adquiere fecha cierta en tres casos: a) al ser otorgado por entidad pública en ejercicio de sus funciones, b) por escritura pública, c) al ser otorgado por y ante notario público.

Se advierte en este caso que la finalidad de requerir que los documentos de fecha cierta sean de fecha anterior a la comisión de la infracción radica en evitar que los infractores atribuyan de manera deliberada a uno de los co-consorciados la responsabilidad administrativa que corresponde a todos los integrantes del consorcio.

3.6 CASO 6

Mediante la **Resolución N° 0217-2018-TCE-S1**, se declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa MACROMEDICA S.A. contra la Resolución N° 2779-2017-TCE-S1 que le impuso, al igual que a la empresa ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACIÓN S.A.C., 36 meses de inhabilitación temporal en

sus derechos para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, por la presentación de una Orden de Compra N° 009413 y su correspondiente Constancia de prestación supuestamente emitidos por MEQUIM S.A. a favor del consorciado ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACIÓN S.A.C.

En la promesa formal de consorcio, se indicó que la experiencia la aportaría la empresa MACROMEDICA S.A., no obstante, de los medios probatorios que obran en el expediente administrativo se concluyó que los documentos falsos fueron emitidos, a favor de la empresa CORPORACIÓN BERNAL S.A.C., empresa vinculada a la consorciada ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C., por cuanto la señora Karo Bernal Bravo (socia fundadora, Presidente de Directorio y ex Gerente Administrativa Corporación Bernal S.A.C.) también es la representante legal de ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C. y representante común del Consorcio, por tal razón, en aplicación del Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE, al existir contradicción entre lo indicado en la promesa formal de consorcio y lo actuado, no se individualizó responsabilidad en uno de los consorciados.

Al respecto, la empresa MACROMÉDICA S.A. en su defensa manifestó que en la resolución impugnada se vulneró el principio de predictibilidad y legalidad, y que no debió aplicarse en el caso concreto el Acuerdo de Sala Plena N°05-2017/TCE pues, según la promesa formal de consorcio, la empresa ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C. no era responsable de presentar documentos para la experiencia del postor; sin embargo, dicha empresa presentó documentos falsos con su desconocimiento; asimismo manifestó que con la experiencia que aportó se cumplían los requisitos exigidos en las bases, siendo innecesaria la adición de los documentos falsos.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, determinó que no existió ni se probó vulneración a los principios de predictibilidad y legalidad por cuanto se entendía que los postores y contratistas tenían conocimiento del Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE, de la regla de atribución de responsabilidad a todos los miembros de un consorcio y de la excepción o individualización de la responsabilidad bajo ciertos parámetros. Por lo que, la aplicación del Acuerdo al caso concreto fue para determinar si correspondía sancionar a la empresa ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C. a pesar de no figurar en la promesa formal de consorcio como responsable de aportar la experiencia. Que, de lo actuado en el proceso, se acreditó la contradicción entre la promesa formal de consorcio que únicamente atribuía responsabilidad al impugnante y los medios de prueba que apuntaban a que la empresa ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C. aportó los

documentos falsos. Motivo por el cual se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado por el impugnante.

En conclusión con este criterio se ratifica que a efecto de individualizar la responsabilidad, el contenido de la promesa formal de consorcio debe ser claro, consistente y coherente; asimismo, al ser valorado conjuntamente con otros elementos fácticos o medios probatorios, no debieran existir contradicciones.

3.7 CASO 7

La **Resolución N° 0189-2018-TCE-S2**, versa respecto al recurso de reconsideración interpuesto por la empresa R&S Asociados S.R.L., contra la Resolución N° 2755-2017-TCE-S2, que le impuso al igual que a la empresa Ingeniería y Construcción Nuevo Horizonte S.A.A., 37 meses de inhabilitación en sus derechos a participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la presentación de un compromiso de alquiler de infraestructura de fecha 25 de octubre de 2016 supuestamente suscrito a favor del consorcio por el señor Orlando Chambi Toque y una copia simple de Partida Registral adulterada. Al respecto, corresponde anotar que el Consorcio presentó ante la Administración Pública una promesa formal de consorcio en la cual se indicó las obligaciones de los consorciados y; entre otros aspectos que ambos integrantes eran responsables de la veracidad de la información conformante de su oferta.

Sobre el particular, la empresa R&S Asociados S.R.L. presentó ante el Tribunal, como nuevo elemento probatorio, el documento privado "Precontrato de consorcio" con certificación notarial de fecha 17 de octubre de 2016 en el cual se estableció que la empresa Ingeniería y Construcción Nuevo Horizonte S.A.A. sería la encargada de elaborar y presentar la oferta técnica y económica, estando a su cargo la presentación de los documentos de los cuales se demostró su falsedad.

En este caso, si bien este documento privado de fecha cierta (17/10/2016) y anterior a la presentación de promesa formal de consorcio (31/10/2016), en calidad de "documento preliminar", contiene la individualización de responsabilidad en la empresa Ingeniería y Construcción Nuevo Horizonte S.A.A., el Tribunal sostuvo que la promesa formal de consorcio suscrita con posterioridad, al ser presentada a la Administración Pública revocó el contenido del "precontrato de consorcio"; por otro lado, advirtió que, dentro de las obligaciones indicadas en la promesa formal de consorcio, si bien las partes tuvieron la posibilidad de consignar que la responsabilidad por la presentación de documentos recaía únicamente en una de las empresas conforme fue señalado en el "precontrato de consorcio", fue decisión del consorcio que dicha obligación sea compartida, lo que evidencia que el "precontrato de consorcio" no puede ser considerado un documento complementario a la promesa formal de consorcio.

Por dichos argumentos, el Tribunal De Contrataciones del Estado declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa R&S Asociados S.R.L.

3.8 CASO 8

En la **Resolución N° 0038-2018-TCE-S3**, a través de acciones de fiscalización posterior, la SUNAT determinó que una póliza de seguro de construcción y una póliza de suplemento de construcción supuestamente emitidas por MAPFRE PERÚ, presentadas por el Consorcio A y G, en el marco de la ejecución del Contrato derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 008-2015-SUNAT/800010, serían presuntamente falsas de acuerdo a la comunicación realizada por la empresa MAPFRE PERÚ quien indicó que en su registro no obran tales pólizas a nombre del consorcio.

Los integrantes del consorcio, Rogers Michael Lozano Villegas, la Empresa Constructora Brandon S.R.L., la Empresa Constructora y Consultora Antares E.I.R.L. y la empresa Inversiones A&G Contratistas S.A.C. en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador manifestaron sus descargos del modo siguiente:

- El Sr. Rogers Michael Lozano Villegas manifestó que su participación en el consorcio era como consultor de obra y respecto de un 4.43% de obligaciones únicamente respecto a la elaboración del expediente técnico, según el contrato de consorcio. Sobre la presentación de la Póliza de Suplemento de Construcción indicó que no existía medio probatorio para determinar quién la presentó a la Entidad y; respecto a la presentación de la Póliza de Seguro de Construcción fue presentada temporalmente cuando sus obligaciones habían culminado; por lo que no participó en dicha presentación.
- La empresa Inversiones A&G Contratistas S.A.C. se limitó a mencionar que la Entidad no observó los defectos de la póliza de seguros ni se le comunicó subsanar errores a la misma, considerando que para su ejecución la Entidad podía requerir su subsanación.
- La Empresa Constructora y Consultora Antares E.I.R.L. manifestó en su defensa que las pólizas fueron emitidas a nombre de la empresa Inversiones A&G Contratistas S.A.C., cuyo titular, en calidad de representante legal se encargó de todas las acciones legales administrativas; por lo que no correspondería que se atribuya a su representada el ilícito.
- La Empresa Constructora Brandon S.R.L. suscribió los argumentos expuestos por la empresa Inversiones A&G Contratistas S.A.C.

Respecto a la póliza de suplemento de construcción la Entidad no pudo demostrar el documento a través del cual el Consorcio presentó dicha póliza motivo por el cual no fue evaluada la falsedad o adulteración de dicho documento. Realizada la solicitud de confirmación de veracidad respecto a la póliza de seguro de construcción, la empresa MAPHFRE confirmó su falsedad.

Los únicos argumentos de defensa presentados por los integrantes del consorcio respecto a la individualización de responsabilidad fueron emitidos por el Sr. Rogers Michael Lozano Villegas y la Empresa Constructora y Consultora Antares E.I.R.L. Ahora bien, del contenido de la promesa formal de consorcio se obligaron a presentar la oferta en forma conjunta, responsabilizándose solidariamente por las acciones y omisiones provenientes del proceso, a partir de ello el Tribunal no advirtió elementos que permitan individualizar la responsabilidad en uno de los integrantes del Consorcio, por la presentación a la Entidad de la Póliza de Seguro falsa; teniendo todos los integrantes obligaciones relacionadas a la ejecución de obra, a excepción del Sr. Rogers Michael Lozano Villegas cuya participación porcentual es mínima. Asimismo, en el contrato de consorcio reprodujo las obligaciones y porcentajes de participación establecidos en la promesa formal de consorcio.

Por otro lado, que las pólizas de seguro hayan sido emitidas a nombre de la empresa Inversiones A&G Contratistas S.A.C. no significa criterio suficiente para individualizar la responsabilidad en dicha empresa.

Finalmente, el Tribunal consideró que, en razón a la modalidad de ejecución: "llave en mano", las obligaciones del Sr. Rogers Michael Lozano Villegas se enmarcaban en la consultoría de obra; es decir únicamente a la elaboración del expediente técnico en tanto que los demás consorciados, tenían obligaciones relacionadas a la ejecución de obra; por lo que se sancionó a las empresas con 40 meses de inhabilitación en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado y se declaró no ha lugar la imposición de sanción contra el Sr. Rogers Michael Lozano Villegas.

En este caso se aprecia la importancia de la definición de obligaciones que competen a cada miembro de un consorcio pues tanto en la promesa formal de consorcio como en el contrato de consorcio, hecho que, si bien no sirvió para individualizar la responsabilidad en uno de los integrantes del consorcio fue criterio suficiente para determinar que el Sr. Rogers Michael Lozano Villegas no debía ser sancionado por no haber asumido obligaciones relacionadas a la ejecución contractual en cuyo contexto se presentó el documento falso.

3.9 CASO 9

La sanción impuesta mediante la **Resolución N° 0516-2018-TCE-S1**, nace a raíz de la denuncia de un tercero quien comunicó que los integrantes del CONSORCIO JUANJI presentaron documentación falsa consistente en un la presentación de una Constancia de trabajo, supuestamente emitida por el Director del Hospital II de la Red Asistencial de Tarapoto a favor del señor Luis Enrique Farro Gamboa y un Contrato de Trabajo suscrito supuestamente entre el representante de la empresa I.Q. JOTAVERE S.R.L. y el Nutricionista Luis Enrique Gamboa.

Del contenido de la promesa formal de consorcio no existe asignación de obligaciones que permita efectuar la individualización, lo único que distingue a los consorciados es el porcentaje de participación, asumiendo los miembros del consorcio el compromiso de presentar una oferta conjunta.

Por su parte, el contrato de consorcio, establece, para cada uno de los consorciados, los mismos porcentajes y obligaciones establecidos en la promesa formal de consorcio.

En el desarrollo del procedimiento administrativo, se verificó que la empresa CORPORACIÓN Y NEGOCIACIONES SAVE S.A.C. y la señora ROSA CLOTILDE REÁTEGUI DÍAZ, fueron sancionados en tres oportunidades anteriores por la presentación de documentación falsa según las resoluciones:

Resolución N° 1659-2017-TCE-S1 del 08 de agosto de 2017, con treinta y seis (36) meses de inhabilitación, por la comisión de la infracción tipificada en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

Resolución N° 1730-2017-TCE-53 del 16 de agosto de 2017, con treinta y ocho (38) meses de inhabilitación, por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales h) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley 30225.

Resolución N° 1957-2017-TCE-S1 del 12 de setiembre de 2017, con treinta y ocho (38) meses de inhabilitación, por la comisión de las infracciones tipificadas en los literales h) e 0 del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley 30225.

La defensa de los miembros del consorcio no estuvo dirigida a buscar la individualización de responsabilidad sino en acreditar que los documentos no eran

falsos; sin embargo existía evidencia razonable para determinar la falsedad de los mismos.

Por tal motivo se sancionó con inhabilitación definitiva en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado a la empresa CORPORACIÓN Y NEGOCIACIONES SAVE S.A.C. y a la Sra. ROSA CLOTILDE REÁTEGUI DÍAZ. En tanto que se sancionó con inhabilitación temporal por 38 meses, a la empresa CARNICERÍA ROSITA E.I.R.L., a la Sra. SANDRA LUISA GUTIÉRREZ VALERA, al Sr. ROLANDO ANTONIO NORIEGA VALERA y; por 36 meses de inhabilitación a la Sra. LITA OLIVEIRA DE MACHUCA.

3.10 CASO 10

La **Resolución 9-2018-TCE-S3** versa sobre el procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas Construcción Minería y Transportes Nixon S.A.C. y Maly Contratistas Ingenieros S.A.C. miembros del Consorcio Señor de Cachuy por la presentación de Constancias de Trabajo falsas y con información inexacta en el marco de la A.S. N° 04-2016-MDC/CS-1 convocada por la Municipalidad Distrital de Coaylo- Cañete.

Los integrantes del Consorcio, en los descargos señalaron que mediante un “Contrato marco de consorcio” de fecha 02 de enero de 2012 indicaron sus obligaciones, señalando como responsable de elaborar y presentar la propuesta técnica la empresa Maly Contratistas Ingenieros S.A.C. solicitando la individualización de responsabilidad.

Con fecha 28 de diciembre de 2017 la empresa Construcción, Minería y Transportes Nixon S.A.C. invocó la existencia de una promesa de consorcio en la cual la empresa Maly Contratistas Ingenieros S.A.C. asumió la obligación de elaborar la propuesta técnica y económica sin embargo no la presentó.

Posteriormente, se adjuntó en copia simple el Anexo N° 07- Promesa de Consorcio, de fecha 30 de enero de 2017, señalando que dicho documento individualiza las responsabilidades.

En este caso, considerando el Acuerdo de Sala Plena N° 005-2017/TEC de fecha 25 de agosto de 2017 el Tribunal señaló que de los antecedentes, no obra el “contrato marco de consorcio” que supuestamente individualizaba la responsabilidad de la elaboración y presentación de oferta en la empresa Maly Contratistas Ingenieros S.A.C. Asimismo, aun habiendo sido presentado, no resultaba suficiente a efecto de

individualizar responsabilidades menos sabiendo que no poseía fecha cierta ni su contenido se condecía con la promesa formal de consorcio incluida en la oferta.

El citado documento, presuntamente tenía una fecha de antigüedad de 05 años anteriores a la convocatoria del procedimiento de selección, motivo por el cual la alegación de las empresas fue desestimada.

En la promesa de consorcio presentada ante la Entidad, no se encuentra contemplada la obligación “elaboración de propuesta técnica y económica” que se atribuye a la empresa Construcción, Minería y Transportes Nixon S.A.C. Motivo por el cual se determinó la responsabilidad de ambos miembros del consorcio, sancionando a la empresa CONSTRUCCIÓN, MINERÍA Y TRANSPORTES NIXON S.A.C. y MALY CONTRATISTAS INGENIEROS S.A.C con treinta y nueve meses de inhabilitación.

3.11 CASO 11

En la **Resolución N° 0499-2018-TCE-S1**, se resolvió el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa E.S.M. Contratistas Generales Constructora E.I.R.L. y el señor Alfredo Laura Campomani, miembros del Consorcio Campomani que, en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 001-2017-HRA/CS presentaron documentación falsa (“Certificado N° 05”).

La empresa E.S.M. Contratistas Generales Constructora E.I.R.L. presentó sus descargos indicando que el documento en cuestión fue presentado por el Sr. Alfredo Laura y fue emitido a su nombre; asimismo, que dicho certificado fue obtenido de buena fe siendo emitido por la Empresa de Saneamiento Ambiental y Multiservicios Virgen María Inmaculada E.I.R.L.

Por su parte, el Sr. Alfredo Laura Campomani presentó sus descargos indicando que el documento fue emitido por personas que pertenecerían a la empresa de Saneamiento Ambiental Virgen María Inmaculada E.I.R.L., sin que haya existido ninguna adulteración a su contenido ni modificado aspecto alguno.

Efectuada la revisión de la promesa formal de consorcio se apreció que en dicho documento no se precisó cuál de los integrantes del consorcio tenía como obligación exclusiva la presentación ante la Entidad de la oferta o verificación de veracidad de los documentos.

El Tribunal señaló que la sola identificación del consorciado a favor del cual supuestamente se expidió el documento falso no constituye argumento suficiente para

proceder a efectuar la individualización de responsabilidad. Asimismo, considerando que no existe elemento probatorio que permita realizar la individualización del infractor, corresponde imponer a todos los miembros del consorcio la sanción de inhabilitación en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

3.12 BALANCE

Hasta lo aquí desarrollado, el denominador común de los casos estudiados es la no descripción literal en la promesa formal de consorcio ni en el contrato de consorcio de las obligaciones de aporte documental que corresponden a las empresas que forman un consorcio a efecto de lograr que el Tribunal de Contrataciones del Estado realice la individualización de responsabilidades en casos de presentación de documentación falsa.

Es el caso de lo establecido en la **Resolución N° 0235-2018-TCE-S2**, en la que se decidió sancionar en forma solidaria a todos los integrantes del Consorcio pues en la promesa formal de consorcio se comprometieron a presentar de manera conjunta su oferta, no realizando pactos expresos que permitan atribuir exclusivamente a uno de éstos la responsabilidad por el aporte de la carta de representación cuya falsedad fue determinada en el procedimiento administrativo. En la **Resolución N° 0516-2018-TCE-S1**, se determinó que del contenido de la promesa formal de consorcio no existía asignación de obligaciones que permita efectuar la individualización, siendo lo único que distinguía a los consorciados el porcentaje de participación, asumiendo los miembros del consorcio el compromiso de presentar una oferta conjunta.

Asimismo, en la **Resolución N° 0400-2018-TCE-S4**, se sancionó a los miembros del consorcio, por la presentación para la suscripción de contrato, de un contrato de consorcio con firma legalizada falsa, y por la presentación de una carta fianza falsificada. En este caso, no fue posible identificar del contenido del contrato suscrito con la Entidad ni de la promesa formal de consorcio a quién correspondía el aporte de los documentos que se demostró eran falsos, no bastando la declaración efectuada por uno de los miembros quien señaló que fue ella la encargada de aportar los documentos, pues se infirió que pretendía obstruir la labor del Tribunal.

No obstante, a efecto de precisar los alcances de la individualización de responsabilidades, mediante la **Resolución N° 168-2018-TCE-S4**, considerando el Acuerdo de Sala Plena N° 05/2017.TCE, precedente de observancia obligatoria, se estableció que resulta necesario a efecto de individualizar responsabilidades, “una asignación explícita en relación al aporte del documento”; y no sólo la indicación que

determinada empresa presentará la oferta. Ello tuvo como consecuencia inmediata, la responsabilidad solidaria de todos los miembros del consorcio quienes fueron sancionados con inhabilitación temporal o definitiva en su derecho a participar en las contrataciones del Estado.

Además, existe casuística en la cual si bien existe un documento que individualiza la responsabilidad por el aporte documental, al existir divergencia entre la promesa formal de consorcio, contrato de consorcio o contrato suscrito con la Entidad, el documento privado de fecha cierta carece de valor probatorio. Es el caso de lo desarrollado en la **Resolución N° 0432-2018-TCE-S1**, que declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 177-2018-TCE-S1. En este caso la Sala determinó que al contener el "*Acta de acuerdo de participación en consorcio*", obligaciones distintas a las establecidas en la Promesa Formal de Consorcio; que por cierto sí fue presentada ante la Entidad, se resta mérito probatorio a dicho acuerdo y debería asumirse que, con la presentación posterior de la Promesa Formal de Consorcio el *Acta* fue revocado, estableciéndose las nuevas reglas definitivas.

Asimismo, en la **Resolución N° 0189-2018-TCE-S2** si bien un documento privado de fecha cierta anterior a la presentación de promesa formal de consorcio, en calidad de "documento preliminar", contiene la individualización de responsabilidad en uno de los miembros del consorcio, el Tribunal sostuvo que la promesa formal de consorcio suscrita con posterioridad, al ser presentada a la Administración Pública revocó el contenido del "precontrato de consorcio".

Por otro lado, existen situaciones en las cuales de manera simulada, los integrantes de un consorcio señalaron que determinada empresa sería la responsable de aportar los documentos a presentarse ante las entidades públicas; sin embargo, en el análisis probatorio efectuado por el Tribunal de Contrataciones el contenido de la promesa formal de consorcio no coincidía con otros elementos probatorios (contrato de consorcio, documentos privados de origen y fecha cierta, entre otros).

Es el caso de lo sucedido en la **Resolución N°0126-2018-TCE-S4**, en dicho caso, el impugnante alegó que debe considerarse que existe un documento denominado: "Acuerdos previos de participación empresarial" con fecha 04 de marzo de 2014, que adquiere fecha cierta desde la presentación como descargo ante el Tribunal. Al respecto el Tribunal desestimó lo manifestado pues el citado acuerdo no tenía fecha anterior a la comisión de la infracción, no pudiendo alegarse que adquiriría fecha cierta con su presentación ante el Tribunal.

Lo propio sucedió con lo resuelto en la **Resolución N° 0217-2018-TCE-S1**, en dicho caso, si bien en la promesa formal de consorcio, se indicó que la experiencia la aportaría la empresa MACROMEDICA S.A., de los medios probatorios que obran en el expediente administrativo se concluyó que los documentos falsos fueron emitidos, a favor de la empresa CORPORACIÓN BERNAL S.A.C., empresa vinculada a la consorciada ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C., por tal razón, en aplicación del Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE, al existir contradicción entre lo indicado formal de consorcio y lo actuado, no se individualizó responsabilidad en uno de los consorciados.

Es en la **Resolución N° 0038-2018-TCE-S3** donde se aprecia la importancia de la definición de obligaciones que competen a cada miembro de un consorcio pues, tanto en la promesa formal de consorcio como en el contrato de consorcio, debido a la descripción de las obligaciones, se pudo determinar que uno de los miembros del consorcio no debía ser sancionado por no haber asumido obligaciones relacionadas a la ejecución contractual en cuyo contexto se presentó el documento falso.



CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

Independientemente del sector en el cual se desempeñen, las empresas necesitan posicionarse en el mercado y están en constante búsqueda de estrategias que les permitan incrementar sus ganancias. Las decisiones que adoptan las empresas, requieren de estudios previos que les permitan cumplir su misión y visión; pues, los efectos de las decisiones que se adopten tendrán repercusión en la propia empresa y a nivel de mercado.

Conformar una empresa implica un riesgo, cuando las empresas deciden establecer alianzas a través de la conformación de consorcios este riesgo se incrementa, como apunta Ferrero (1999, pp. 57-62), etimológicamente el consorcio significa unión en aventura, de ahí que sus integrantes deban encontrarse sometidos a ciertas reglas fijadas por la Administración Pública a efecto de satisfacer la necesidad contratada.

Como hemos apreciado, la conformación de un consorcio está encaminada a la realización de un negocio que es emprendido por más de una empresa y por un período determinado a fin de obtener un beneficio económico (Echaiz Moreno, 2010, pp. 336-339).

Con la conformación de consorcios las empresas que contratan con el Estado pueden satisfacer con mayor facilidad, las exigencias tecnológicas, legales y comerciales, por ello se dice que la importancia de contratar de manera consorciada radica en la suma de esfuerzos, tecnología, experiencia y capital, beneficiando a los consorciados y al contratante que desea el cumplimiento oportuno, a buen precio y de calidad de las obligaciones propias del consorcio (Chavarro, 2004, pp. 6-7).

Asimismo, si bien la conformación de un consorcio no genera una nueva persona jurídica; no obstante, según Freire (2011, pp. 14-15), el consorcio, es una unidad económica conformada por personas naturales o jurídicas vinculadas por intereses en común que derivan de las actividades económicas que realizan, la razón de esta unión radica en el mejor desempeño de las empresas que lo conforman, el objeto de la creación de consorcios se constituye en la cooperación según las especialidades, recursos y *know how* que posee cada miembro. En este tipo de uniones adquiere relevancia el *animus cooperandi*, por el que dos o más empresarios que ya se dedican a realizar una actividad económica desean optimizarla mediante la conformación de un consorcio.

Así las cosas, el consorcio como unión voluntaria, de dos o más personas, naturales o jurídicas para optimizar sus habilidades a nivel tecnológico, legal y comercial; en la realización de un negocio con alta rentabilidad, cuya ejecución tendrá lugar en un periodo determinado, supone tal grado de confianza entre sus miembros que, desde el momento que deciden participar, bajo las reglas de juego de las contrataciones que realiza la Administración Pública, se someten, como indica Baca (2014, p. 274), a respetar el marco jurídico, el interés público y los principios propios de la contratación pública.

En efecto, la decisión de participar en licitaciones públicas, significa para las empresas el tener la responsabilidad de ejecutar la prestación a su cargo cumpliendo los estándares requeridos por la Administración Pública, prestaciones de buena calidad, a un precio y plazo adecuados; en esta competencia por querer ganar una licitación las empresas también se encuentran vulnerables al riesgo que alguno de los miembros del consorcio de mala fe presente documentación falsa.

Por otra parte, de acuerdo a Otárola (2015, pp. 5-7), el consorcio se asimila al *joint venture* el cual tiene como propósito la ejecución de una actividad concreta para la obtención de beneficios, mediante la asunción de riesgos inherentes a la actividad.

El riesgo asociado a las contrataciones públicas en las que participan consorcios debe ser mitigado por las entidades públicas como por los particulares; en ese sentido opinan (Charris & Llamas, 2016, pp.95-125) al señalar que el concepto de riesgo contractual debe ser ampliado incluyendo o teniendo en consideración las características que son inherentes a los sujetos así, se reconoce que existen proveedores con mayor propensión a ser sancionados por lo que, deberán adoptarse mecanismos de mitigación adecuados.

El principal mecanismo de mitigación que pueden adoptar las empresas es el preventivo, que consiste en analizar previamente los antecedentes de la empresa con la cual se planea participar en una licitación pública, considerando que dicha persona natural o jurídica, será además responsable por el cumplimiento del objeto del contrato. Agotada esta etapa, con la información disponible, de encontrarse antecedentes que apuntan a que la persona natural jurídica, en una oportunidad anterior infringió la normativa de contrataciones no debiera significar ni para los proveedores el veto para consorciarse ni para la Administración Pública un criterio que impida la participación de dicha persona en una contratación pública; sin embargo, aquí el rol de un buen gerente radica en prestar mayor atención a la definición de obligaciones que corresponderá a cada miembro del consorcio, así como la asignación

explícita definiendo a qué integrante del consorcio compete el aporte del acervo documental a ser presentado en el marco de una contratación pública.

Según lo señalado por (Charris & Llamas, 2016,pp.95-125) , la mitigación del riesgo contractual de participar en consorcio en las contrataciones públicas debe ser significativa no sólo para las entidades públicas; sino, además para los propios proveedores a quienes les compete analizar las características intrínsecas de las personas naturales o jurídicas con las cuales desean consorciarse por cuanto existen determinados proveedores con mayor propensión a incurrir en una infracción administrativa.

La contratación pública exige tanto de la Administración Pública como de los proveedores del Estado el cumplimiento de determinados principios, los cuales se dirigen a la eficiencia en el gasto público y a la utilización de la contratación pública para la adecuada asignación de recursos públicos.

Según la Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Contratación Pública, se establecen aspectos que los Estados deben promover; en el presente análisis haremos hincapié en las recomendaciones que exigen conductas deseables que deben adoptar los proveedores del Estado.

El aseguramiento de un adecuado nivel de transparencia en todas las fases de la contratación pública; ello implica:

- a) Que la Administración Pública debe garantizar un trato justo a proveedores del Estado, quienes a su vez deben ser transparentes en los procesos de subcontratación.
- b) El libre acceso de las partes interesadas a un portal de internet con información relevante en materia de contrataciones públicas, la Administración Pública debe difundir normatividad, convocatorias, análisis de cómo marcha el sistema; para que los proveedores del Estado utilicen dicha información en la toma de decisiones, tanto para participar en una licitación pública como para tomar la decisión de conformar un consorcio.
- c) Garantizar que el flujo de fondos públicos sea transparente; se exige a la Administración Pública difundir las necesidades y, los proveedores del Estado deben conocer cuáles son las prioridades de gasto.

Conservar la integridad del sistema de contratación pública, significa:

- a) Exigir que las partes involucradas actúen con integridad, a través de pactos de integridad, códigos de conducta, etc.
- b) Utilizar y adaptar a los riesgos, instrumentos que aseguren la integridad.
- c) Formar a las partes involucradas en materia de integridad.

- d) Establecer requisitos, controles, destinados a proveedores del Estado en lucha contra la corrupción.

Como hemos visto, la transparencia, integridad y eficiencia son los pilares de la contratación pública y las exigencias hacia los proveedores del Estado están encaminadas en función de estos principios.

Por lo tanto, que las contrataciones del Estado satisfagan las finalidades públicas de la población es una tarea que involucra tanto a la Administración Pública como a las empresas que contratan con el Estado.

Si bien existen plazos, requisitos y exigencias de la Administración Pública para elegir la mejor oferta presentada en las licitaciones públicas; al exigirse determinada capacidad económica, profesional, equipamiento estratégico, entre otros, ello no debería significar para las empresas que no cuentan con todas estas exigencias el decidir unirse en consorcio con la única finalidad de alcanzar los estándares exigidos; dejando de lado efectuar un análisis de costo-beneficio al momento de determinar con qué otras empresas consorciarse. Por cuanto podrían verse afectadas por las conductas anticompetitivas de dichas empresas, como la presentación de documentación falsa en el proceso licitatorio o, de ser el caso, para la suscripción del contrato con la Administración Pública.

Se debe considerar que si bien de acuerdo a lo indicado por (Otárola, 2015, pp. 5-7), los consorcios no están destinados a la estabilidad o permanencia, porque el propósito de sus integrantes radica en presentar las ofertas, obtener la buena pro, ejecutar las obligaciones derivadas del contrato suscrito con la Administración para obtener un beneficio económico; la conformación de consorcios implica la asunción de riesgos inherentes a la participación en las contrataciones públicas que pueden tener efectos perjudiciales a futuro, como la inhabilitación para contratar con el Estado, ante la infracción a la norma de contrataciones públicas.

A pesar del valor que (Chavarro, 2004, pp. 6-7) confiere a los consorcios al indicar que es una figura que responde a exigencias tecnológicas, legales y comerciales de ahí que su importancia radique en la suma de esfuerzos, tecnología, experiencia y capital que beneficia tanto a los consorciados como al contratante que desea el cumplimiento de calidad de las obligaciones del consorcio; las empresas están uniéndose en consorcio con otras empresas respecto de las cuales poseen poca información por no haberse detenido a conocer sus antecedentes y el comportamiento que han tenido ante la Administración Pública, a través del cumplimiento de sus obligaciones contractuales y; para el caso de estudio, del cumplimiento de actuar de manera veraz.

Los gerentes y la forma en que toman las decisiones, según (Robbins & Coulter, 2005), puede darse en tres niveles, el de la racionalidad, la racionalidad acotada y la intuición; se entiende que una decisión racional se basa en la definición exacta de un problema así como de una meta clara y concreta; en el caso de las contrataciones públicas, el problema es que no todas las empresas, de manera individual cuentan con los recursos, experiencia, maquinaria, exigidos en los documentos de procedimiento de selección, la meta es que las empresas consigan a otras empresas con las cuales consorciarse, de manera que puedan cumplir los requisitos exigidos por la Administración Pública pero también que dichas empresas sean confiables, que no hayan estado inmersas en incumplimientos o infracciones a la Ley de Contrataciones del Estado con anterioridad.

La racionalidad acotada en la toma de decisiones significa decidirse a pesar de la limitación en el procesamiento y acceso a la información, ello da lugar a soluciones rápidas pero no óptimas, sino únicamente satisfactorias. Por último, la intuición, es el acto de tomar decisiones sobre la base de la experiencia acumulada, en la que el agente interesado actúa sin enfocarse en la evaluación de las alternativas o identificación específica del problema a resolver.

Para que la decisión de unirse en consorcio con otra empresa dé resultados esperados, debe tomarse en el nivel de la racionalidad; es decir el interesado debería informarse de los antecedentes de dicha empresa, conocer si ha sido sancionado o no por la comisión de una infracción a la Ley de Contrataciones, verificar por lo menos superficialmente si efectivamente la información brindada respecto a sus habilidades, plantel profesional, maquinaria, etc. es veraz sin embargo no todas las empresas realizan esta investigación por la rapidez con la cual se tienen que tomar las decisiones, de ahí que por lo menos, debieran definir de manera clara las obligaciones que correspondan a cada miembro en la promesa formal de consorcio, de manera que ante la eventual presentación de documentación falsa pueda existir certeza respecto a la individualización de la responsabilidad sólo en la empresa que cometió la infracción y no sean sancionados por la regla de la solidaridad, las empresas que no tuvieron responsabilidad en la infracción.

Se sabe que no existe toma de decisiones que no esté sujeta a externalidades; sin embargo, existen criterios legales que posibilitan comprobar que una empresa no participó en la comisión de la infracción de presentación de documentación falsa en una contratación pública, pero las empresas no están actuando de manera diligente en la elaboración de la promesa formal de consorcio ni en la elaboración de un contrato

de consorcio documentos que más tarde pueden servir de medio probatorio idóneo a efecto de desvincularlas de la conducta ilícita cometida por un co-consorciado.

Como hemos tenido oportunidad de ver a través de las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado en el año 2018, en la mayoría de procedimientos administrativos sancionadores que se siguieron contra todas las empresas integrantes de consorcios, por la comisión de la infracción por presentación de documentación falsa, no se realiza la individualización de responsabilidad establecida legalmente como una excepción a la responsabilidad solidaria, porque las empresas no delimitaron en la promesa formal de consorcio ni en el contrato de consorcio, de manera literal, específica y completa, a qué empresa correspondía la obligación de aportar documentos destinados a ser presentados ante la Administración Pública. La desidia en estructurar de manera adecuada la promesa formal de consorcio y el contrato de consorcio finalmente perjudica a todos los miembros del consorcio quienes se ven restringidos a través de la inhabilitación en su derecho a participar en licitaciones públicas por determinado plazo.

El que las empresas sean restringidas de su derecho a contratar con el Estado, ante la eventual comisión de infracción por parte de una empresa co-consorciada, denota que no se está haciendo uso de las herramientas tecnológicas que se encuentran disponibles en el portal electrónico de OSCE, que contiene el “Buscador de proveedores del Estado”, link a través del cual se puede tener acceso a todas las contrataciones públicas en que ha participado una empresa, siendo necesario conocer la denominación de la empresa o el R.U.C. de la misma para acceder a la “Ficha del proveedor”, asimismo en dicha ficha se aprecia un indicador denominado “Desempeño” donde aparecen las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado a la empresa bajo búsqueda, indicándose la razón de imposición de sanción, la fecha de inhabilitación así como el número de resolución que la impuso.

Dentro de los casos que resuelve en Tribunal de Contrataciones del Estado, el que tiene mayor incidencia es de infracción por la presentación de documentación falsa o inexacta, por ello con la finalidad de dotar de predictibilidad en los fallos, nació el Acuerdo de Sala Plena 5-2017/TCE respecto a la posibilidad de individualización de responsabilidad en base a la promesa formal de consorcio.

Este acuerdo parte señalando que la regla general que aplica en caso de infracciones cometidas por los consorcios es la solidaridad y que la excepción es la posibilidad de individualización de responsabilidad por la naturaleza de la infracción, por la promesa

formal de consorcio, contrato de consorcio, o por cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, a partir del cual pueda individualizarse la responsabilidad, en cuyo caso la sanción se aplica al consorciado que la cometió.

Si bien el Estado incentiva la conformación de consorcios, a través de la responsabilidad solidaria se protege el cumplimiento de las obligaciones asumidas con la Administración Pública y que exista un análisis de los proveedores del Estado respecto a asociarse con personas aptas para dicho fin.

El Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE se circunscribe a analizar los aspectos bajo los cuales resulta posible individualizar la responsabilidad en uno de los consorciados, en caso de presentación de documentación falsa o adulterada en la oferta presentada por el consorcio:

- La promesa formal de consorcio debe ser un documento veraz.
- En caso la promesa formal de consorcio no exprese cuál de los miembros del consorcio tiene a su cargo la obligación de aporte documental, rige la regla de la solidaridad.
- Mediante la promesa formal de consorcio no puede obligarse a una persona que no es miembro del consorcio, presentar la documentación de la oferta.
- No basta que en la promesa formal de consorcio se establezca que determinado consorciado está a cargo de la presentación de la oferta, para que la individualización proceda debe asignarse de manera explícita la obligación de aporte de documentos o la ejecución de una obligación en específico a partir de la cual se pueda identificar el aporte. No será válida para la individualización de responsabilidad que en la procesa formal de consorcio se haya asignado únicamente a determinado miembro las obligaciones administrativas.

En dicho acuerdo se concluyó que para la factibilidad de individualización de responsabilidades, la asignación de obligaciones plasmadas en la promesa formal de consorcio deben crear certeza, asimismo, cuando se haga alusión a la existencia de obligaciones específicas, éstas no deben contradecirse en su propio contenido y deben ser coherentes con otros medios probatorios y elementos fácticos que puedan resultar relevantes en la evaluación del caso concreto.

El Acuerdo (Tribunal de Contrataciones del Estado, 05-2017/TCE, 2017) si bien fue previsto para individualizar la responsabilidad respecto a la promesa formal de consorcio, es un criterio empleado en diversos casos resueltos por el Tribunal de

Contrataciones del Estado evidenciando en la mayoría de casos que no corresponde efectuar la individualización de responsabilidades; debido a que la defensa legal de los infractores olvida que el contenido de la promesa formal de consorcio a efecto de permitir individualizar la responsabilidad en uno de los consorciados debe ser explícito y que no debe encontrarse contradicción entre lo que se indique en la promesa formal de consorcio con el contrato de consorcio o con otro medio de fecha cierta, según lo manifestado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Es el caso de la Resolución N° 0432-2018-TCE-S1, la Sala determinó que el “*Acta de acuerdo de participación en consorcio*”, suscrito con anterioridad a la promesa formal de consorcio, contenía obligaciones distintas a las establecidas en la Promesa Formal de Consorcio; la misma que, al haber sido presentada a la Entidad, le restó mérito probatorio a dicho acuerdo y debería asumirse que, con la presentación posterior de la Promesa Formal de Consorcio el *Acta* fue revocado.

En esa misma línea en la Resolución N° 0189-2018-TCE-S2, se presentó como nuevo medio probatorio un documento privado “Precontrato de consorcio” con certificación notarial de fecha anterior a la promesa formal de consorcio, en la cual se estableció que una de las empresas sería la encargada de elaborar y presentar la oferta técnica y económica, estando a su cargo la presentación de los documentos de los cuales se demostró su falsedad; pese a que este contiene la individualización de responsabilidad el Tribunal sostuvo que la promesa formal de consorcio suscrita con posterioridad, al ser presentada a la Administración Pública revocó el contenido del “precontrato de consorcio”.

Asimismo, mediante la Resolución N° 0217-2018-TCE-S1, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa MACROMEDICA S.A., empresa que de acuerdo a la promesa formal de consorcio, se obligó a aportar la experiencia; sin embargo, de los medios probatorios actuados en el expediente administrativo se concluyó que los documentos falsos fueron emitidos, a favor de una empresa vinculada a su consorciada ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C., por ello, al existir contradicción entre lo indicado en la promesa formal de consorcio y lo actuado, no se individualizó responsabilidad en uno de los consorciados.

Si bien la conformación de consorcios se promueve por la legislación actual en materia de contrataciones, también se busca que la conformación de consorcios sea una decisión tomada de manera diligente; siendo esa la razón de la regla de la solidaridad; sin embargo, según la Resolución N° 0516-2018-TCE-S1, en el desarrollo del

procedimiento administrativo, se verificó que dos de sus integrantes fueron sancionados en tres oportunidades anteriores por la presentación de documentación falsa, ello evidencia que, en caso los otros miembros no hayan participado en la presentación de la documentación falsa, no habrían evaluado de manera acertada con qué otras personas naturales o jurídicas unirse en consorcio, encontrándose implicadas en una nueva infracción.

En la Resolución N° 0235-2018-TCE-S2, Resolución N° 168-2018-TCE-S4, Resolución N° 0400-2018-TCE-S4 y en la Resolución N° 0516-2018-TCE-S1, se decidió sancionar en forma solidaria a todos los integrantes del Consorcio pues en la promesa formal de consorcio se comprometieron a presentar de manera conjunta su oferta, no realizando pactos expresos que permitan atribuir exclusivamente a uno de éstos la responsabilidad por el aporte de la carta de representación cuya falsedad fue determinada en el procedimiento administrativo.

Además, existe casuística en la cual si bien existe un documento que individualiza la responsabilidad por el aporte documental, al existir divergencia entre la promesa formal de consorcio, contrato de consorcio o contrato suscrito con la Entidad, el documento privado de fecha cierta carece de valor probatorio. Es el caso de lo desarrollado en la Resolución N° 0432-2018-TCE-S1 y Resolución N° 0189-2018-TCE-S2, en las cuales la Sala determinó que al contener el "*Documento privado de fecha cierta*", obligaciones distintas a las establecidas en la Promesa Formal de Consorcio; que por cierto sí fue presentada ante la Entidad, se resta mérito probatorio a dicho acuerdo y debería asumirse que, con la presentación posterior de la Promesa Formal de Consorcio el *Acta* fue revocado, estableciéndose las nuevas reglas definitivas.

Por otro lado, existen jurisprudencia en la cual, de manera simulada, los integrantes de un consorcio señalaron que cierta empresa sería la responsable de aportar los documentos a presentarse ante las entidades públicas; sin embargo, en el análisis probatorio efectuado por el Tribunal de Contrataciones el contenido de la promesa formal de consorcio no coincidía con otros elementos probatorios (contrato de consorcio, documentos privados de origen y fecha cierta, entre otros).

Es el caso de lo sucedido en la Resolución N°0126-2018-TCE-S4, en dicho caso, el impugnante alegó que debe considerarse que existe un documento denominado: "Acuerdos previos de participación empresarial" con fecha 04 de marzo de 2014, que adquiere fecha cierta desde la presentación como descargo ante el Tribunal. Al respecto el Tribunal desestimó lo manifestado pues el citado acuerdo no tenía fecha anterior a la comisión de la infracción, no pudiendo alegarse que adquiriría fecha cierta

con su presentación ante el Tribunal. Lo propio sucedió con lo resuelto en la Resolución N° 0217-2018-TCE-S1, en dicho caso, si bien en la promesa formal de consorcio, se indicó que la experiencia la aportaría la empresa MACROMEDICA S.A., de los medios probatorios que obran en el expediente administrativo se concluyó que los documentos falsos fueron emitidos, a favor de la empresa CORPORACIÓN BERNAL S.A.C., empresa vinculada a la consorciada ORTOPMEDICAL INTERNATIONAL CORPORACION S.A.C., por tal razón, en aplicación del Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE, al existir contradicción entre lo indicado formal de consorcio y lo actuado, no se individualizó responsabilidad en uno de los consorciados.

Como tuvimos oportunidad de ver, en la Resolución N° 0038-2018-TCE-S3 cobra importancia de la definición de obligaciones que competen a cada miembro de un consorcio pues tanto en la promesa formal de consorcio como en el contrato de consorcio, debido a la descripción de las obligaciones que correspondían a cada uno de los miembros, se pudo determinar que uno de ellos no debía ser sancionado por no haber asumido obligaciones relacionadas a la ejecución contractual en cuyo contexto se presentó el documento falso.

De acuerdo al desarrollo del presente trabajo existe evidencia que las empresas en primer lugar no están investigando con qué empresas se unen en consorcio, ello implica conocer si las empresas con las cuales conformarán el consorcio fueron o no sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado por la comisión de la infracción consistente en la presentación de documentación falsa; asimismo, una vez tomada la decisión de consorciarse, las empresas no desarrollan pactos destinados a determinar qué tipo de obligaciones corresponden a cada miembro del consorcio con un detalle tal que permita identificar la responsabilidad por el aporte de un documento falso; en la mayoría de casos, la responsabilidad por la presentación de documentación fue compartida por hallarse así descrita en la promesa formal de consorcio.

Por otro lado, las empresas deben considerar que no basta con la suscripción de un documento privado de fecha cierta que delimite las obligaciones de aporte documental si es que el contenido del mismo no se condice con el contenido de la promesa formal de consorcio o del contrato de consorcio.

Así, la secuencia lógica que debieran considerar las empresas es determinar con claridad las obligaciones en la promesa formal de consorcio, dado que dichas obligaciones no pueden diferir de las consignadas en el contrato de consorcio. Si bien

es posible ampliar con mayor detalle las obligaciones, mediante la suscripción de un documento privado de fecha cierta, no debe perderse de vista que estos documentos deben guardar relación entre sí para no desvirtuar la posibilidad de individualizar la responsabilidad que por regla es solidaria.



CONCLUSIONES

- 1) El contrato de consorcio permite el desarrollo conjunto de un negocio o empresa cuya finalidad es temporal, en él se evidencia la participación activa y directa de sus miembros con la finalidad de obtener de un beneficio económico, manteniendo cada miembro su autonomía. En las contrataciones públicas su conformación permite el cumplimiento de los estándares de calidad y eficiencia exigidos por la Administración Pública. La conformación de consorcios puede resultar beneficiosa para las empresas, pues los gastos y costos al ser distribuidos facilitan la obtención de utilidades y su repartición, se permite el aprovechamiento de las mejores cualidades de nivel financiero, administrativo, técnico y de infraestructura que posee cada integrante, y no implica la creación de una nueva persona jurídica.
- 2) La Administración Pública cuenta con la potestad de control posterior de toda la documentación que los administrados presentan en el desarrollo del procedimiento administrativo pues, se parte de la presunción de veracidad de la información que se presenta a las entidades públicas. En el ámbito de las contrataciones públicas, la configuración legal de infracciones en que pueden incurrir los contratistas refleja un límite a su actuación, en garantía de los intereses públicos que subyacen en estas contrataciones. Al configurarse la infracción consistente en la presentación de documentación falsa, los contratistas que participan de manera individual así como en consorcio, son sujetos de responsabilidad administrativa.
- 3) La responsabilidad administrativa de los consorcios que regula la Ley de Contrataciones del Estado se atribuye de forma solidaria, siendo responsabilidad de los consorciados definir sus obligaciones y responsabilidades en la promesa formal de consorcio y el contrato de consorcio, por cuanto opera la inversión de la carga de la prueba.
- 4) Del análisis de las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado en el año 2018, en la mayoría de procedimientos administrativos sancionadores que se siguieron contra consorcios, por la comisión de la infracción a la Ley de Contrataciones del Estado debido a la presentación de documentación falsa, no se realiza la individualización de responsabilidad establecida legalmente como una excepción a la responsabilidad solidaria, porque las empresas no delimitaron en la promesa formal de consorcio ni en el contrato de consorcio, de manera literal, específica y completa, a qué empresa correspondía la obligación de aportar documentos destinados a ser presentados ante la

Administración Pública, perjudicando a todos los integrantes del consorcio quienes se vieron restringidos a través de la sanción de inhabilitación impuesta, en su derecho a participar en licitaciones públicas por determinado plazo. En ese sentido, al encontrarnos ante un supuesto legal de responsabilidad objetiva y; siendo una obligación solidaria, únicamente recae en el Tribunal de Contrataciones del Estado, en virtud del principio de verdad material, el deber de agotar todos los medios para determinar si resulta posible la individualización de responsabilidades; no obstante, esta posibilidad en muchas situaciones desaparece y corresponde la imposición de sanciones a todos los miembros, por la errónea indicación de responsabilidades, e incongruencias en los medios probatorios que servirían de prueba para individualizar la responsabilidad.

- 5) La conformación de consorcios puede resultar beneficiosa para las empresas en tanto y en cuanto cumplan con determinar con qué otra(s) empresas unirse en consorcio y formalicen documentos precontractuales y contractuales (promesa de contrato de consorcio, contrato de consorcio) de manera que indubitablemente puedan a través de dichos documentos encontrarse delimitadas las obligaciones que corresponden a cada miembro del consorcio, ello les permitirá cumplir con el objeto contractual que los vincule a la Administración Pública de manera idónea así como evitar incurrir en responsabilidad administrativa solidaria por actos en los que no intervino.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Araoz, L., & Ramírez-Gastón, A. (2007). Los Contratos de Colaboración Empresarial y de Asociación en Participación Celebrados entre Partes Domiciliadas en el País: su Tratamiento Tributario en la Ley del Impuesto a la Renta y en la Ley del Impuesto General a las Ventas. *Derecho & Sociedad*, 244 - 254.
- Ariel, B. (2016). Contratos públicos y mercado global: un abordaje desde el derecho administrativo del siglo XXI. *Revista brasileira de políticas públicas*, 31.
- Ariñez, M. (2017). *Delimitación de la responsabilidad solidaria tributaria del consorcio con contabilidad independiente*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Baca, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano. *Ius et veritas*, 270-297.
- Baca, V. (2019). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 313-344.
- Charris, J. P., & Llamas, A. (2016). El riesgo inherente al proveedor como criterio preventivo en la contratación pública. *Revista Derecho del Estado*, 95-125.
- Chavarro, P. (2004). *Los consorcios en Colombia*. Bogotá D.C.: Pontificia Universidad Javeriana.
- Contreras, Y. (2017). *Las sanciones administrativas en las contrataciones públicas: un estudio comparativo de Perú, Chile, Colombia y México*. Puno: Universidad Nacional del Altiplano.
- Del Valle, L. (2017). *La multa en el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Echaiz Moreno, D. (2010). *INSTITUCIONES DE DERECHO EMPRESARIAL*. Lima: Asociación peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación.
- Ferrero, A. (1999). Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades Peruana. *Ius et veritas*, 56-66.
- Freire, Á. (2011). Los alcances y limitaciones del consorcio empresarial en la legislación ecuatoriana. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Friend, R., & Torres, R. (2017). El consorcio o asociación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, propuestas para su regulación. *Yachana*, 34-46.
- García-Pita, J. (2008). El Derecho de Sociedades en el Perú: Un análisis comparativo. *Ita ius esto*, 17-57.
- Guerrero, M. (2016). Responsabilidad de las partes intervinientes dentro de la contratación estatal. *Universidad Militar Nueva Granada*, 13.

- Huaman, M. (2015). *Deficiencia en las sanciones del Tribunal de Contrataciones del Estado a un consorcio por documentación falsa e inexacta*. Huánuco, Perú: Universidad de Huánuco.
- Jurado, J. (2013). Los Consorcios en materia de Contrataciones Administrativas. *Derecho en Sociedad- Revista Electrónica de la Facultad de Derecho ULACIT*, 4-5.
- Luján, S. (2015). *Conorcios en las contrataciones con el Estado, como estrategia para contribuir al desarrollo y crecimiento de las mypes de la provincia de Trujillo- período 2013*. Trujillo: Universidad Nacional de Trujillo.
- Martin, R. (2013). El Laberinto Estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Círculo de Derecho Administrativo*, 305-353.
- Mendez, R. (2014). *La responsabilidad de los miembros del consorcio en la ejecución de los contratos suscritos con el Estado*. Trujillo: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2017). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. Actualizada con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Segunda edición*. Lima: Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico.
- Morón, J. C. (2016). *La contratación estatal- Análisis de las diversas formas y técnicas*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Navas, C. (2013). *Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado Responsabilidades y sanciones*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Northcote, C. (2013). Contratos asociativos o de colaboración empresarial. *Actualidad Empresarial N° 288*, VIII 1-4.
- Orellana, L. (2016). *Personalidad jurídica de los consorcios*. Quito, Ecuador: Universidad San Francisco de Quito.
- Otárola, J. (2015). La unión temporal y el consorcio en el pliego de condiciones y documento de constitución. *Revista de Derecho Privado*, 5-7.
- Paredes, L. (2018). *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta jurídica S.A.
- Reyes, A. (2016). *EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU REPLIEGUE ANTE UN PROCESO ARBITRAL O JUDICIAL*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rezzoagli, B. A. (2016). Contratación Pública para Objetivos y Resultados: Aproximación y Discusión Teórica. *Revista de Derecho Público*, 6-7.
- Robbis, S., & Coulter, M. (2005). *Introducción a la administración y las organizaciones*. México D.F.: Pearson Educación.

- Ruiz, A., & Valdiviezo, M. (2015). Consideraciones en torno a la responsabilidad de los participantes, postores y contratistas en contrataciones con el Estado. *Derecho & Sociedad*, 387-388.
- Salazar, R. (2001). La Contratación Administrativa. *Derecho & Sociedad*, 235-241.
- Shimabukuro, R. (2013). Reflexiones sobre el principio de culpabilidad y la responsabilidad administrativa objetiva. En *Derecho Administrativo en el siglo XXI*. ADRUS & L EDITORIALES S.A.C. Perú.
- Talledo, C. (1998). La asociación en participación, el consorcio y el joint venture: Aspectos contractuales y tributarios. *Revista del IPDT N° 22*, 30.
- Torres, O. (1992). Consideraciones generales sobre contratos de colaboración empresaria y asociativos. *Revista Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*, 1-3.

