

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre la Resolución N°285-2015-TC-S4 emitida por la
Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Dora Angélica Ferreyra Babarczy

ASESORA:

Dra. Janeyri Elizabeth Boyer Carrera


Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, JANEYRI ELIZABETH BOYER CARRERA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe Jurídico sobre la Resolución N° 285-2015-TC-S4 emitida por la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado**”, de la autora DORA ANGÉLICA FERREYRA BABARCZY, dejo constancia de lo siguiente:

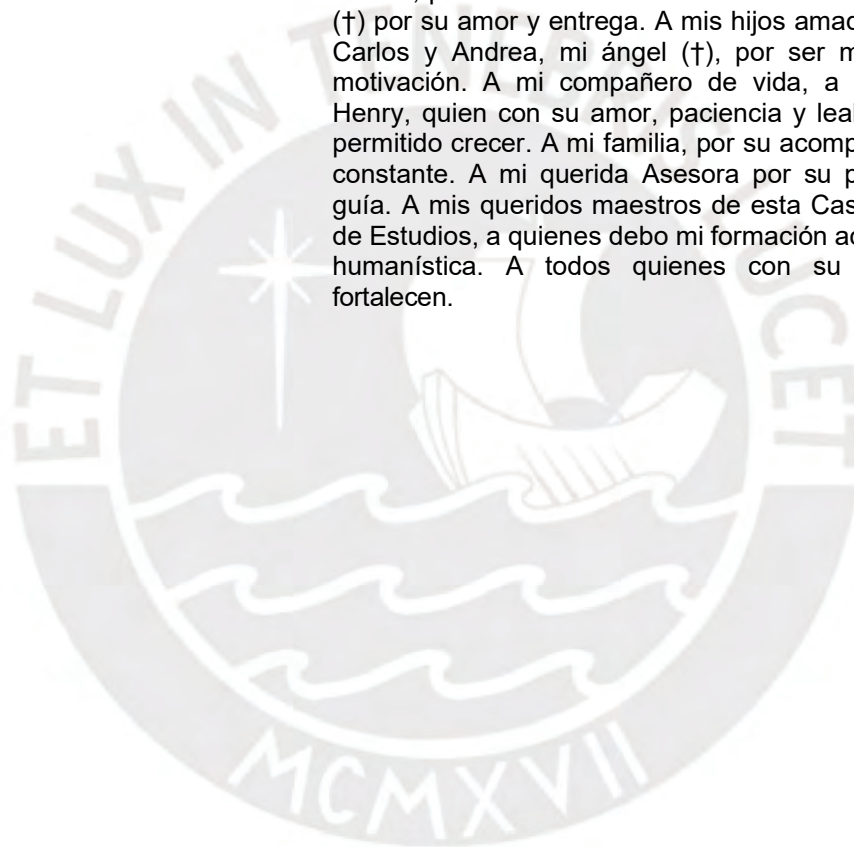
- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 04/04/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 04 de abril del 2024

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> BOYER CARRERA, JANEYRI ELIZABETH	
DNI: 09915266	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-0603-3172	

Dedicatoria y agradecimiento

A Dios, por brindarme el don de la vida. A mis padres (†) por su amor y entrega. A mis hijos amados, Henry, Carlos y Andrea, mi ángel (†), por ser mi fuerza y motivación. A mi compañero de vida, a mi esposo Henry, quien con su amor, paciencia y lealtad me ha permitido crecer. A mi familia, por su acompañamiento constante. A mi querida Asesora por su paciencia y guía. A mis queridos maestros de esta Casa Superior de Estudios, a quienes debo mi formación académica y humanística. A todos quienes con su amor me fortalecen.



RESUMEN

Determinar la responsabilidad administrativa y la competencia del órgano que tiene la facultad de sancionar, con arreglo al ordenamiento jurídico, son problemas jurídicos de permanente análisis. En el presente informe se ha planteado dichos problemas, sobre los cuales se ha realizado reflexiones en torno a la importancia de una cuidadosa actividad probatoria de quien ostenta la potestad de declarar dicha responsabilidad, debiendo ser su finalidad, sancionar a quien realizó la conducta atribuida. Sin embargo, también ha sido una oportunidad para revisar las disposiciones contenidas en el contrato –cuya resolución fue imputada al consorcio- y cuestionar tanto el instrumento como la potestad que tiene la entidad de disolver el vínculo contractual.

En relación a los instrumentos normativos empleados, nuestras fuentes son la constitución política, la Ley N°27444¹, en adelante, LPAG y sus modificatorias, recopiladas en su texto único ordenado –en adelante, TUO LPAG-. En relación a las fuentes normativas en contrataciones públicas, está la Ley de Contrataciones del Estado –en adelante, LCE- y su reglamento, incluyendo sus modificatorias, en lo concerniente al procedimiento para sancionar –en adelante, PAS-, consorcios y la prescripción. Asimismo, se ha complementado el análisis en relación a sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional –en adelante, TC- y resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado –en adelante, TCE, entre otras fuentes como Opiniones emitidas por la Dirección Técnico Normativa del OSCE -en adelante, DTN-.

Las conclusiones podemos resumirlas en la importancia de establecer la responsabilidad en quien haya realizado la conducta infractora, con adhesión a una actividad probatoria pulcra y al ordenamiento jurídico, privilegiando nuestra carta magna. Asimismo, respecto de la prescripción administrativa, esta debe actuarse siempre de oficio y no necesariamente a petición del administrado como medio de defensa, ya que, lo que se analiza es la competencia del órgano administrativo para conocer y resolver la materia. Respecto de la actuación de la

¹ Ley del procedimiento administrativo general.

entidad contratante, ésta debe vincularse al respeto del ordenamiento jurídico, por lo que, las obligaciones que establezca en los instrumentos de la contratación no pueden contravenir dicho ordenamiento.

Palabras clave

- Contratación Pública
- Resolución contractual
- Procedimiento Administrativo Sancionador
- Prescripción administrativa
- Competencia del órgano administrativo



ABSTRACT

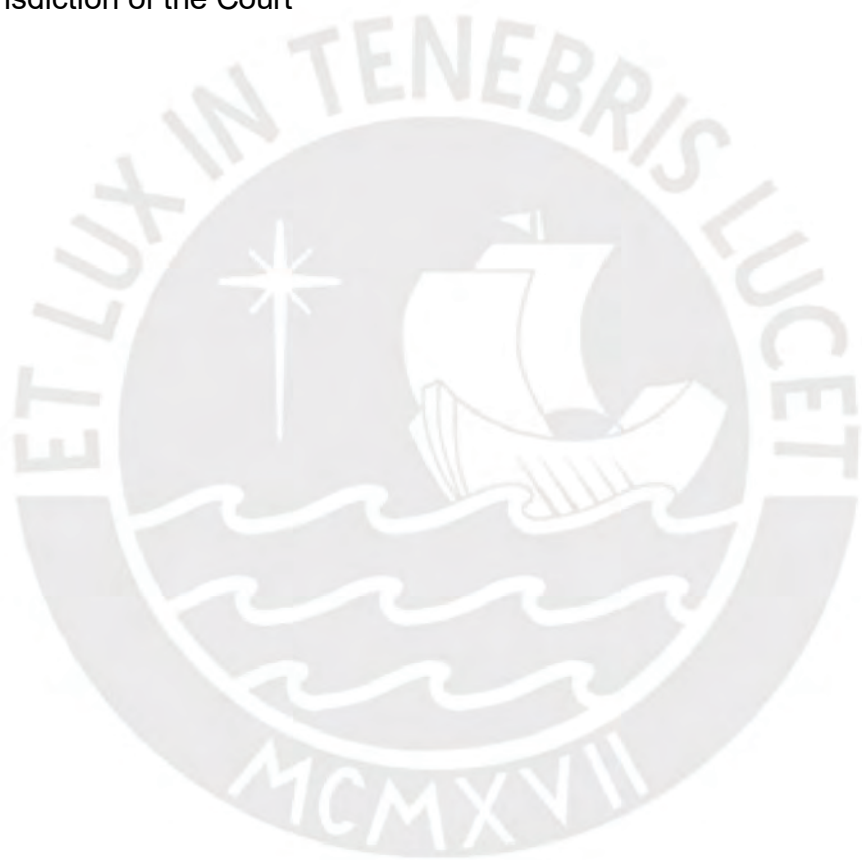
Determining administrative responsibility and the competence of the body empowered to sanction, in accordance with the legal system, are legal issues subject to ongoing analysis. This report has raised these issues, reflecting on the importance of careful evidentiary activity by those who hold the power to declare such responsibility, with the aim of penalizing the individual who engaged in the attributed conduct. However, it has also provided an opportunity to review the provisions contained in the contract –whose resolution was attributed to the consortium– and question both the instrument and the authority of the entity to dissolve the contractual relationship.

In relation to the normative instruments used, our sources are the Political Constitution, Law No. 27444, hereinafter referred to as the LPAG and its amendments, compiled in its Single Consolidated Text – hereinafter referred to as the TUO LPAG. Regarding normative sources in public procurement, there is the State Contracting Law – hereinafter referred to as the LCE – and its regulations, including amendments, concerning the procedure for sanctions – hereinafter referred to as PAS – consortiums, and prescription. Likewise, the analysis has been complemented by rulings issued by the Constitutional Court – hereinafter referred to as the TC – and the State Contracting Tribunal – hereinafter referred to as the TCE – among other sources.

The conclusions can be summarized as establishing responsibility on the part of whoever has engaged in the infringing conduct, adhering to careful evidentiary activity and the legal framework, starting with our Constitution. Likewise, concerning administrative prescription, this must always be acted upon *ex officio* and not necessarily at the request of the administrator as a means of defense, as what is analyzed is the competence of the administrative body to hear and resolve the matter. Regarding the actions of the contracting entity, these must be linked to respect for the legal framework.

Keywords

- Public Procurement
- Contractual resolution
- Sanctioning Administrative Procedure
- Administrative prescription
- Jurisdiction of the Court



ÍNDICE ANALÍTICO

1.	INTRODUCCION	8
2.	JUSTIFICACION DE LA ELECCION DE LA RESOLUCION.	9
3.	IDENTIFICACION DE LOS HECHOS RELEVANTES	10
3.1	Antecedentes.....	10
3.2	Hechos relevantes del caso	11
4.	IDENTIFICACION DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURIDICOS	14
5.	POSICION DE LA CANDIDATA	14
5.1	Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	14
5.2	Posición individual de la candidata sobre el fallo	16
6.	ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS IDENTIFICADOS	16
6.1	Problema principal	16
6.1.1.	¿Es conforme al ordenamiento jurídico la imputación de la falta administrativa en el contexto del incumplimiento del contrato suscrito por el Consorcio, que dio lugar a resolver dicho contrato, siendo posible la individualización de dicha falta?	16
6.2	Problemas secundarios	30
6.2.1.	¿Se admitiría considerar el análisis de culpabilidad en el consorcio, a fin de establecer qué integrante es el responsable, como correlato de una actividad de subsunción acorde con la constitución?.....	30
6.2.2.	¿Se vulneró la presunción de inocencia por sancionar a un integrante del consorcio, que no cometió la falta imputada?	33
6.2.3.	¿La entidad resolvió de manera razonable y proporcional el contrato, según la conducta atribuida al consorcio y las estipulaciones previstas en el instrumento contractual?	35
6.2.4.	¿Es correcto afirmar que el análisis de la prescripción tiene incidencia directa en la competencia del TCE?.....	39
7.	CONCLUSIONES	46
8.	RECOMENDACIONES	47
9.	BIBLIOGRAFÍA	48

1. INTRODUCCIÓN

Estamos frente a un PAS iniciado contra el CONSORCIO² integrado por ESDACOM E.I.R.L., CEDAQUI S.A.C., NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. y ESTEPHANIE PROVEDORES de ADAUTO QUISPE CESAR, a quienes se les imputó, haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 004-2010-INPE/23 de fecha 2 de marzo de 2010³.

En el PAS se emitió la Resolución N° 064-2015-TC-S4 de fecha 09 de enero de 2015, en donde se sanciona a las empresas ESDACOM EIRL y NEGOCIACIONES HARL'S EIRL con inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, así como se declara prescrito el procedimiento para el señor CESAR ADAUTO QUISPE y la empresa CEDAQUI S.A.C. Se atribuyó incumplir el deber de integridad, por encontrar a un trabajador asignado al servicio, introduciendo sustancias prohibidas al Establecimiento Penitenciario de Huánuco, lo que motivó la decisión de la entidad (INPE) para resolver el vínculo contractual.

Del caso propuesto, se ha considerado como problema principal determinar si, la responsabilidad señalada por el TCE fue acorde con el ordenamiento jurídico. Complementariamente, se plantean problemas secundarios referidos al análisis de los principios con los que se relaciona la atribución efectuada por el TCE y cómo se determina la responsabilidad del consorcio, la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión del INPE de resolver el vínculo contractual y la cómo la prescripción afecta la competencia del órgano que ostenta la facultad de perseguir y sancionar la infracción administrativa y no sólo como un mero instrumento de defensa técnica en el PAS.

² Expediente N°2175/2014.TC

³ El objeto del contrato es la "Contratación del servicio de alimentación para el personal de Seguridad y Salud (24x48) e internos del Establecimiento Penitenciario de Huánuco de la Oficina Regional Oriente – Pucallpa".

En lo que respecta a mi posición frente a los problemas planteados, en lo referido a la responsabilidad del consorcio, si bien en el caso, no se individualizó la responsabilidad de los integrantes, debió analizarse la misma en cuanto a la conducta atribuida para imponer una sanción, aun cuando la resolución haya sido discutida en un arbitraje. Es así que, la responsabilidad administrativa debe atribuirse siempre en atención a la conducta efectivamente realizada por el administrado y que se inserte en el tipo infractor de modo irrefutable, a través de una actividad probatoria minuciosa.

Ahora bien, en relación a la figura de la prescripción administrativa, mi posición frente al caso –situado con anterioridad a la modificatoria de la LPAG- es aplicar la prescripción siempre de oficio y no como un mero mecanismo de defensa técnica. Esto es, porque se afecta directamente la competencia del órgano administrativo, pudiendo generarse actos inválidos⁴.

También merece revisarse, lo concerniente a si la resolución del vínculo contractual fue razonable y proporcional en atención al objeto contractual y a la finalidad pública que persigue toda contratación con el estado.

2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN

La Resolución N°285-2015-TC-S4 a pesar de su antigüedad, reviste especial interés por cuanto, dentro del PAS en el cual se enmarca y tratándose de un consorcio, se presentan problemas jurídicos de actualidad.

⁴ Con la modificatoria de la LPAG –TUO LPAG-, el Tribunal de Contrataciones ha incorporado la revisión previa de la prescripción (“cuestión previa”).

Por un lado, considero importante esta resolución por la atribución de responsabilidad que realiza la sala del TCE, respecto de los integrantes del consorcio y como se aplica aquellos principios relevantes para el PAS y si en efecto, se presume la inocencia. Es decir, si el PAS se desarrolló acorde con el ordenamiento jurídico.

Es así que, me pareció interesante analizar cómo se realizó dicha atribución por supuesto incumplimiento al deber de integridad, pese a que la controversia fue sometida a arbitraje y cómo la medida adoptada por la entidad fue razonable o no.

De otra parte, me interesó revisar cómo la Cuarta Sala⁵ aplicó la figura de la prescripción y la relación existente con la competencia de dicho órgano. La Sala, aprobó por unanimidad que, la prescripción es un medio de defensa, lo que me parece controversial y jurídicamente relevante.

Esta posición me permitió analizar la naturaleza jurídica y la importancia de la prescripción administrativa, la misma que se aferra en la Constitución como garantía de seguridad jurídica y de debido procedimiento, lo que también determina la competencia del órgano administrativo que otorga validez a su actuación.

3. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

3.1. Antecedentes

Estamos en el marco de un PAS, conforme el Expediente N°02175-2014-TC a cargo de la Cuarta Sala del TCE, donde encontramos que el eje principal del análisis es cómo se establece la responsabilidad imputada a un

⁵ Resolución N°285-2015-TC-S4

consorcio, aun cuando, la resolución contractual fue materia de procedimiento arbitral.

Asimismo, la aplicación de la prescripción administrativa al procedimiento que, a criterio de la sala, es a petición de parte y no de oficio, es de especial interés, ya que consideramos afecta también la competencia de la sala para ejercer la potestad sancionadora.

3.2 Hechos relevantes del caso

Con la Resolución N°064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, la Cuarta Sala del TCE impuso sanciones a dos empresas, conformantes de un consorcio, a saber, ESDACOM E.I.R.L., recibió una inhabilitación temporal de trece meses para participar en procesos de selección y contratar con el Estado, mientras que NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. recibió una inhabilitación temporal de doce meses. Estas sanciones fueron impuestas por la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado -en adelante LCE-, aprobada por Decreto Legislativo N°1017, esto es, dar lugar a la resolución del Contrato N°004-2010-INPE/23⁶. Cabe anotar que, en el caso de las empresas CEDAQUI S.A.C. y ESTEPHANIE PROVEEDORES de ADAUTO QUISPE CESAR, se les declaró prescrito el PAS.

Para ubicarnos en el contexto, el Instituto Nacional Penitenciario resolvió el contrato, por incumplimiento del principio de Integridad contenido en algunas de las obligaciones señaladas en dicho instrumento. La causal atribuida, se

⁶ “Contratación del servicio de alimentación para el personal de Seguridad y Salud (24x48) e internos del Establecimiento Penitenciario de Huánuco de la Oficina Regional Oriente – Pucallpa”, como partes del CONSORCIO, conformado por las empresas ESDACOM E.I.R.L., CEDAQUI S.A.C., NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L., ESTEPHANIE PROVEEDORES de ADAUTO QUISPE CESAR. Sin embargo, respecto de la empresa CEDAQUI S.A.C. y el señor ADAUTO QUISPE CESAR, se determinó que no procedía imponer una sanción administrativa, ya que se había producido la prescripción de la infracción.

sustentó en el hecho de haberse sorprendido a un trabajador asignado por dicho CONSORCIO, ingresando marihuana al Establecimiento Penitenciario de Huánuco.

Posteriormente, la Resolución N°064-2015-TC-S4 fue impugnada por las empresas ESDACOM E.I.R.L y NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L., quienes recibieron sanciones, a diferencia de las empresas CEDAQUI S.A.C. y ADAUTO QUISPE CESAR, a quienes se les declaró prescrito el procedimiento sancionador.

Luego de diversas actuaciones administrativas, la cuarta sala del TCE emite la Resolución N°285-2015-TC-S4 de fecha 06 de febrero de 2015, declarando fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L.⁷ y respecto de ESDACOM E.I.R.L., se infundado su recurso.

De acuerdo a lo señalado por el TCE, las sanciones a las empresas ESDACOM E.I.R.L. y NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. se sustentaron en haber ocasionado que el INPE resuelva de manera total el contrato celebrado, debido al incumplimiento injustificado de obligaciones.

Este incumplimiento, sostiene la sala, fue determinado en un proceso arbitral, donde se concluyó que la entidad contratante había seguido los procedimientos adecuados para resolver el contrato y, por ende, no cabe discutir sobre este extremo.

NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. argumentó que el supuesto incumplimiento no radicaba en una obligación que fuera esencial y que el

⁷ De lo cual, deja sin efecto la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, en el extremo que sanciona a la referida empresa por el periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, reformando el periodo de sanción a siete (7) meses.

objeto de la contratación se cumplió, a través de la prestación del servicio de alimentación el cual, en ningún momento se interrumpió.

En resumen, la resolución del TCE sancionó a dos empresas por incumplimiento contractual, mientras que las otras partes involucradas no recibieron sanciones debido a la prescripción del caso o a argumentos relacionados con la naturaleza del incumplimiento.

Como parte de los argumentos de defensa contra la decisión del TCE, NEGOCIACIONES HAROL´S EIRL, consideró que la resolución del contrato no había seguido adecuadamente el procedimiento establecido en el Reglamento de la LCE (artículo 169). Se argumentó que lo señalado en la Carta Notarial N° 23691 no se enmarcaba en alguna de las causales de incumplimiento previstas en el reglamento, siendo irregular, especialmente porque el caso legal del chef Juan Manuel Martel Álvarez⁸ aún estaba siendo tratado en el Poder Judicial.

El TCE señaló que los argumentos presentados por la empresa ya habían sido discutidos durante el proceso arbitral, el cual culminó con el Laudo de fecha 12 de junio de 2013, declarándose infundadas las pretensiones del contratista. Además, en cuanto a la individualización del infractor, se indicó que la normativa establece que las infracciones realizadas durante la ejecución del contrato se imputan a todos los integrantes del consorcio, sin necesidad de individualizar al infractor. En base a estos fundamentos, se atribuyó responsabilidad administrativa a las empresas ESDACOM E.I.R.L. y NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L., integrantes del consorcio, por haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 004-2010-INPE/23.

⁸ Personal del CONSORCIO que ingresó marihuana.

4. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. Problema principal

¿Es conforme al ordenamiento jurídico la imputación de la falta administrativa en el contexto del incumplimiento del contrato suscrito por el Consorcio, que dio lugar a resolver dicho contrato, siendo posible la individualización de dicha falta?

4.2. Problemas secundarios

Problema secundario 1:

¿Se admitiría considerar el análisis de culpabilidad en el consorcio, a fin de establecer qué integrante es el responsable?

Problema secundario 2:

¿se vulneró la presunción de inocencia por sancionar a un integrante del consorcio, que no cometió la falta imputada?

Problema secundario 3:

¿la entidad resolvió de manera razonable y proporcional el contrato, según la conducta atribuida al consorcio y las estipulaciones previstas en el instrumento contractual?

Problema secundario 4:

¿es correcto afirmar que el análisis de la prescripción tiene incidencia directa en la competencia del TCE?

5. POSICION DE LA CANDIDATA

5.1. Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

En el presente informe sostengo que la decisión del TCE no se ajusta al ordenamiento jurídico por cuanto, dicho órgano realizó un análisis superficial de

la imputación y la conducta de los integrantes del CONSORCIO, sin evaluar quién fue el responsable.

El ejercicio de la potestad sancionadora no puede asumirse a la ligera. Implica una tarea minuciosa del órgano que la detenta, desde una adecuada actividad probatoria hasta el apego de la decisión a las normas ancladas en nuestra constitución. En relación a lo primero, significa que las pruebas deben actuarse a instancia de parte o a instancia del órgano, revisándose con detenimiento los documentos insertos en el PAS. Respecto de lo segundo, el órgano debe privilegiar los principios aferrados en nuestra carta magna, como garantía de una decisión justa, razonable, proporcional frente al administrado.

En la decisión, no basta con enumerar los hechos, citar las normas aplicables y adherirse a fallos anteriores emitidos por el TCE. Se exige una labor de análisis profundo. Es importante la seguridad jurídica, en tanto las decisiones son predecibles, no obstante, deben ser también conformes con el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, debe existir una adecuada fundamentación y motivación de la decisión adoptada.

Ahora bien, en cuanto a la prescripción, el TCE aplicó la norma vigente al momento de decidir el PAS. Es decir, evaluó la prescripción desde la óptica de un mecanismo o medio de defensa técnica en el procedimiento, por lo que, si no es alegada por la parte, resultaría irrelevante su análisis.

Sin embargo, considero que la prescripción debe ser evaluada de oficio por el órgano que detenta la potestad sancionadora, ello como un mecanismo de “control competencial”, de lo cual, el órgano debe revisar si resulta ser competente –en razón al tiempo- para ejercer dicha potestad.

Así, la revisión de los alcances de la prescripción en el PAS va más allá de una revisión de ésta en plano meramente formal o de “cuestión previa”. La prescripción tiene implicancias directas respecto del ejercicio de facultad de perseguir y sancionar las infracciones administrativas, lo que podría afectar la validez de los actos emitidos en el PAS.

5.2. Posición individual sobre el fallo del TCE

Mi posición es contraria a lo resuelto por la cuarta sala del TCE, puesto que, debió declararse fundado el recurso de reconsideración, reformulando la decisión primigenia y declarar de oficio la prescripción por pérdida de la competencia de la sala.

Empero, de no ser aplicada la prescripción de oficio, el TCE no debió sancionar a las empresas ESDACOM EIRL y NEGOCIACIONES HARL´S EIRL, ya que, de los actuados en el expediente, se encuentra acreditado que el personal de la empresa CEDAQUI, fue quien comete la conducta de haber dado lugar a resolver el vínculo contractual, sancionable de acuerdo a la normativa de contrataciones. Por lo que, en atención a la causalidad y culpabilidad y a la razonabilidad en que deben basarse las decisiones del TCE, éste debió resolver en atención a la responsabilidad individual en el consorcio.

6. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

6.1 Problema principal

¿Es conforme al ordenamiento jurídico la imputación de la falta administrativa en el contexto del incumplimiento del contrato suscrito por el Consorcio, que dio lugar a resolver dicho contrato, siendo posible la individualización de dicha falta?

En el PAS, el TCE atribuyó al CONSORCIO, haber dado lugar a la disolución del vínculo contractual, lo que fue declarado en la Resolución Directoral N°137-2010-INPE/23⁹ de fecha 15 de junio de 2010 por incumplir sin justificación los compromisos asumidos¹⁰.

⁹ Se tuvo acceso al Expediente N°2175/2014.TC.

¹⁰ Fue notificado al CONSORCIO con Carta Notarial N°23691 de fecha 17 de junio de 2010. Posteriormente, se sometió a controversia arbitral, emitiéndose el laudo de fecha 12 de junio de

Ahora bien, para comprender los alcances del incumplimiento atribuido, es necesario indicar la naturaleza de los contratos suscritos con el estado. Podemos señalar que aquellos son instrumentos donde se establecen obligaciones entre las partes, donde una de ellas es la administración pública. Es por ello que, dicha contratación tendrá un carácter público, no solo por una de las partes celebrantes, sino, por perseguir una finalidad pública con empleo de recursos públicos, independiente de la fuente de financiamiento del que se trate.

Así, atendiendo a la naturaleza de ser público, el contrato celebrado por la administración pública se desarrolla bajo condiciones a la contratación entre particulares (contrato de carácter civil), ya que, el Estado como tal, goza de prerrogativas por la finalidad pública que persigue los contratos que celebra y por ser gestor de los recursos públicos. (Baca, 2009, p.69)

En esa línea, podemos señalar a los contratos celebrados con la administración pública, como un «*contrato administrativo*», en tanto es una subcategoría reservada para aquellos contratos celebrados con el Estado y que cuentan con un tratamiento jurídico distinto a los celebrados entre particulares. En este tipo de contratos se persigue una finalidad pública. (Aguilera y Morón Urbina, 2017, p. 21)

Es el estado, a través de sus órganos, quien ejerce dicha facultad para gestionar y celebrar contratos para cubrir los requerimientos de la propia administración pública y cerrar brechas en la población, alcanzando el fin público que debe perseguir la contratación.

2013, confirmando la validez de la resolución del contrato efectuado por el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y, respecto al requerimiento previo que debía efectuar la Entidad, resuelve el laudo que no era necesario.

Por su parte, en el ámbito de las contrataciones estatales, de acuerdo con el artículo 35° de la LCE, el contrato se celebra por escrito y conforme el modelo incluido en las Bases integradas del procedimiento o proceso de selección. Asimismo, el Reglamento de la LCE (artículo 42), sostiene que el instrumento contractual se formaliza por escrito y acorde con el modelo incluido en las bases del procedimiento de contratación, precisando el Anexo denominado “Definiciones” que, el contrato de carácter administrativo, es similar a los contratos civiles, pero con la salvedad que, la relación jurídica creada se desarrolla dentro de la normativa de contrataciones.

Siendo así, el contrato administrativo puede definirse como aquel instrumento donde se definen las potestades y los compromisos de las partes celebrantes, donde una de ellas será la administración pública, regulándose dentro de las normas de derecho público.

Sobre el incumplimiento del contrato, el principio de integridad alegado y su relación con el tipo infractor

Descrito el contrato administrativo desde parte de la doctrina y desde la LCE, consideramos importante analizar si el hecho generador que dio lugar la resolución del vínculo contractual, se ajusta al ordenamiento jurídico, pero no en términos procedimentales, sino en lo sustantivo, en conocer si en efecto, el Principio de Integridad al que alude la Cláusula Octava del Contrato N°004-2010-INPE, fue vulnerado, su relación directa con el tipo infractor y la responsabilidad de los miembros que conforman el CONSORCIO.

La cláusula citada indica que, se asume el compromiso que los actos del CONSORCIO y el de sus dependientes se ajustarán al *principio de Integridad*, lo que implica que el contratista se compromete a ser moral, recto, honesto y de realizar actos ilícitos de cualquier índole, asumiendo el consorcio la responsabilidad solidaria.

De otra parte, en la Cláusula Décimo Tercera referida a la resolución, se prevé como una causal, cuando se detecte al contratista ingresando artículos o sustancias ilícitas o ilegales no previstas en el servicio y que los dependientes hagan lo propio y vulneren la seguridad del establecimiento penitenciario.

Adicional a ello, en el Anexo A del acápite IV de las Bases administrativas del Concurso Público N°0002-2009-INPE/23, se definen las características técnicas y condiciones básicas de la contratación, así como disposiciones relacionadas a la conducta del contratista y sus dependientes y al ingreso de sustancias prohibidas, de lo cual, ante el incumplimiento de los mismos, acarrea resolver automáticamente la relación contractual.

Ahora bien, en cuanto al Principio de Integridad, como tal, no se encontraba prevista en la LCE vigente al momento de suscitados los hechos. Es a partir de la modificatoria a la LCE, dispuesta por el D.L. N°1341 que se incorpora dicho principio, como referencia y criterio de interpretación. En la parte correspondiente a la motivación de la norma antes citada, se pone énfasis en la veracidad y honestidad en los procedimientos de contratación pública, garantizándose una buena gestión y correcto uso de los fondos públicos¹¹, proscribiéndose las conductas indebidas. Esto significa que, se obliga a los actores en la contratación pública, a actuar honestamente evitando prácticas indebidas de todo tipo y a comunicar cualquier actividad contraria a dicho principio. (Chocano 2019, p. 38).

Este principio obligaría también a las autoridades a comunicar dichas prácticas, a través de diversos mecanismos establecidos en la legislación, por ejemplo, a través de las denuncias. En ese sentido, consideramos que dicho principio es orientador para garantizar que las conductas en general, se encuentren con arreglo al ordenamiento jurídico.

¹¹ Exposición de motivos del D.L. N°1341. Recuperado a partir del Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ).

Ahora bien, situándonos en el momento de la suscripción del contrato con el CONSORCIO, en la LCE se encontraba previsto el principio de Moralidad¹², el mismo que sostiene el deber de desarrollar los actos referidos a la contratación pública con honradez, veracidad, intangibilidad, justicia y probidad.

De otra parte, conforme la doctrina consultada para la elaboración del presente informe, la moralidad está más relacionada con aquellas conductas que infringen los deberes de probidad, del correcto actuar, orientada a la prevención de actos corruptos.

En esa línea podemos destacar como ejemplo, la existencia de impedimentos para contratar con el Estado, como salvaguarda de estos principios, para evitar conductas irregulares en la contratación pública. Uno es el impedimento para contratar con el estado del cónyuge, conviviente o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad y quienes hayan sido condenados por los delitos de concusión, etc.

Revisados los documentos del PAS, se evidencia que un trabajador (cocinero) de la empresa CEDAQUI SAC, miembro del CONSORCIO, es quien ingresa una sustancia prohibida¹³ al establecimiento penitenciario de Huánuco, acto registrado en la documentación correspondiente obrante en el expediente. Este hecho habría configurado el supuesto infractor, invocado por la entidad para acreditar el incumplimiento del contrato.

Sin embargo, la mención al Principio de Integridad en el contrato y su supuesto incumplimiento, desbordaría los alcances y el espíritu mismo de dicho principio. En ese sentido, resulta debatible el enfoque dado al Principio de Integridad por parte de la entidad, al extender su alcance no sólo a cualquier ilícito cometido por el contratista, sino que el ilícito que pueda cometer uno de sus dependientes “arrastra” o “afecta” la situación jurídica del CONSORCIO.

¹² Establecido en el literal b) del artículo 4° del Decreto Legislativo N°1017

¹³ Cannabis sativa (marihuana)

Este criterio elimina cualquier evaluación respecto de si, la supuesta obligación incumplida afecta o no el desenvolvimiento del servicio y la finalidad pública que tiene el contrato.

Respecto de esto último, no se pretende validar de manera indirecta la conducta de los dependientes del contratista, pero si es válido reflexionar sobre la potestad de la entidad de aplicar, por ejemplo, otras medidas para dar continuidad al contrato y cumplir con la finalidad pública de aquel. Por ello, consideramos que el análisis debe abarcar la real dimensión del objeto contractual, distinguiendo con suma claridad, la conducta reprochable al CONSORCIO y aquella reprochable a una persona natural que es dependiente.

Si bien se discutió en sede arbitral la ruptura del vínculo contractual, tratándose de una PAS, se debe probar si la conducta imputada le es atribuida al administrado, debiendo realizarse una correcta actividad de subsunción en el tipo infractor y de prueba. En otras palabras, debe probarse que la conducta del CONSORCIO generó las condiciones ideales para incumplir el contrato, a tal punto de haber dado lugar a su resolución.

Empero, ésta actividad de subsunción y de probanza, no ha sido adecuadamente realizada, ya que, debe acreditarse la conducta infractora respecto de cada integrante del CONSORCIO, aun cuando, en la LCE vigente al momento de ocurridos los acontecimientos, señale el carácter solidario de la responsabilidad.

Respecto de la responsabilidad del consorcio

De manera previa, es importante señalar, lo que implica la potestad de imponer sanciones a cargo del Estado. En efecto, el Estado detenta el ese poder, esa facultad de penalizar las infracciones cometidas por los ciudadanos y, restablecer el orden de las cosas, para garantizar la paz social. Es así que, el ejercicio de esa facultad, conocido como “ius puniendi”, se manifiesta en dos ámbitos, en el ámbito penal y administrativo. Cabe señalar que, esta potestad (poder) no es ilimitado y, el Estado encuentra límites a su actuación, esto es, no afectar derechos constitucionales como el debido proceso.

En la sentencia recaída en el Expediente 2050-2002-AA/TC del 16 de abril del 2003, el TC indicó que la potestad de sancionar se manifiesta con la imposición de la sanción. Asimismo, el TC ha señalado que, toda potestad en un Estado de Derecho, se valida cuando se encuentra alineada con nuestra carta magna y con los principios y derechos anclados en él.

Ahora bien, en la LPAG se señalan los principios que rigen el poder sancionatorio, destacándose los de *Legalidad, Tipicidad, Causalidad, Razonabilidad, entre otros*. Dichos principios se encuentran arraigados en la Constitución Política y ha valido sendos pronunciamientos de su máximo intérprete, el TC.

Para el caso de los PAS en materia de contratación pública, la norma especial procedimental –LCE-, no se ha pronunciado respecto de los principios que rigen la actuación del TCE, en cuyo caso, se aplica directamente los principios de la LPAG.

De otra parte, debemos recordar que, el PAS es un correlato de actuaciones procesales donde debe acreditarse la existencia de la infracción cometida y garantizarse un adecuado ejercicio del derecho de defensa, como expresión del derecho al debido proceso de contenido constitucional, que, como dijimos, es freno al poner punitivo del Estado.

Visto ello, repasaré lo concerniente a los principios antes mencionados para relacionarlos con la responsabilidad que se atribuyó al Consorcio.

En relación a la legalidad, tipicidad y causalidad

Respecto del principio de legalidad, es aquel orientador de la actividad sancionatoria, premuniendo de la facultad de sancionar a los órganos de la administración pública, solo por mandato de norma con rango de ley. De esta

manera, nuestro TC ha indicado¹⁴ que, no solo se trata de establecer la facultad sino que se exige también que la conducta infractora esté señalada con suma claridad y que la misma esté determinada por ley.

Ahora bien, como correlato del Principio de Legalidad, el de Tipicidad establece que las conductas a ser sancionada deben estar descritas con precisión en disposiciones con rango legal, tipificándolas en “infracciones”, lo que debe ser comprendido por cualquiera¹⁵. De lo cual, corresponde que las sanciones también deban estar previstas, no admitiéndose en ningún caso, interpretarlas ni por extensión, ni por analogía, ya que ello, los vulneraría.

Siguiendo a Morón Urbina¹⁶, el dispositivo legal debe describir el comportamiento con certeza tal, permitiendo su comprensión no solo respecto de la sanción, sino también la conducta que amerita ser sancionada, estableciendo la relación existente entre ambas, exigiéndose una correcta subsunción, a fin que se actúe de acuerdo a la norma. Por ello, la conducta atribuida como sancionable debe “calzar” en la infracción tipificada, pero ello no es suficiente para determinar la responsabilidad como lo sostenemos en el presente informe.

De otra parte, respecto al Principio de Causalidad que, la LPAG afirma que es responsable quien efectivamente ejecuta el comportamiento infractor, por ende, no puede sancionarse por hechos de terceros (Morón Urbina, 2011, p.30). En ese orden de ideas, la sanción debe recaer en quien comete la infracción, por lo que, la actividad de subsunción va más allá de solo corroborar que la conducta calce con el tipo. Corresponde analizar el contexto de los hechos y evaluar la responsabilidad con mayor celo, estableciendo la causa y el efecto.

Ahora bien, este principio se relaciona con otro principio, el de Culpabilidad, el cual señala que la responsabilidad es subjetiva, es decir a título de dolo o culpa,

¹⁴ Sentencia del TC recaída en el Expediente N°0197-2010-PA/TC

¹⁵ Fundamento 8 de la Sentencia del TC en el expediente N° 05487-2013-AA/TC.

¹⁶MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la Administración Pública en la ley peruana. En: *Advocatus*, número 13, Lima, 2005, p. 8.

cambio introducido en la LPAG con el Decreto Legislativo N°1272¹⁷, siendo desarrollado previamente desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como se verá más adelante.

En el caso concreto, el TCE, al resolver impugnaciones de NEGOCIACIONES HAROL´S EIRL y ESDACOM EIRL¹⁸, se analizan los puntos de controversia respecto de la prescripción y, en el caso de NEGOCIACIONES HAROL´S EIRL, si corresponde disminuir la sanción impuesta¹⁹.

Sin embargo, no apreciamos que se analice si la sanción impuesta se emitió con arreglo al ordenamiento jurídico y, particularmente si las empresas sancionadas, resultaron ser quienes ejecutaron la acción u omisión del tipo infractor.²⁰ Lo que se aprecia es que, el TCE argumenta su posición al señalar la responsabilidad de tipo solidario vigente en su momento a mérito de la normativa, aplicable a todos los integrantes del CONSORCIO²¹ y que la resolución del vínculo contractual fue discutida en sede arbitral, siendo irrelevante pronunciarse al respecto. Es decir, respecto de la responsabilidad, se invoca que la LCE establece una presunción iure et iure, de carácter absoluto, de hecho y de derecho, establecida por mandato de ley y que no admite prueba en contrario, es decir, no permite actividad probatoria.

Así, el TCE da por acredita la responsabilidad por el mérito de la Resolución Directoral N°137-2010-INPE/23 de fecha 15 de junio de 2010 donde se declara la disolución total del vínculo con el Contrato N°004-2010-INPE/23, sin detenerse a evaluar si, el sólo mérito de dicho documento y aquellos mencionados en sus considerandos, era suficiente para determinar la responsabilidad de las empresas impugnantes.

¹⁷ De fecha 21 de diciembre del 2016.

¹⁸ Lo que dio mérito a la Resolución N°285-2015-TC-S4

¹⁹ Fundamento 13 de la Resolución N°285-2015-TC-S4

²⁰ Haber dado lugar a la resolución del Contrato N°004-2010-INPE/23.

²¹ Artículo 36° de la LCE y artículo 145° del D.S. N°184-2008-EF, Reglamento de la LCE.

Con la modificatoria de la LCE²², los consorcios son responsables solidarios, salvo que se individualice dicha responsabilidad conforme a la naturaleza de la infracción, la promesa de consorcio, el consorcio como contrato o el instrumento de contratación con la entidad. En ese sentido, la atribución de responsabilidad al consorcio, admite actividad probatoria, por lo cual, el TCE tendría que acreditar que todos los integrantes cometieron la conducta infractora. De no ser así, existiría el deslinde de responsabilidad de alguno de los integrantes, pudiéndosele eximir de la sanción.

Sin perjuicio de atribuir la responsabilidad como presunción iure et iure, de acuerdo a la LCE y su reglamento vigente al ocurrir los hechos, resulta importante que el órgano que emita sanción pueda analizar la responsabilidad desde el principio de Causalidad, estableciendo la relación existente entre la conducta y la infracción. Para los consorcios, es imperativo este análisis, debiendo individualizarse las conductas –debidamente probadas en el procedimiento- para evitar incurrir en excesos que vulneren el debido proceso, entre otros derechos y principios contemplados en nuestra carta magna.

Recapitulando, la conducta fue ejecutada por un trabajador de la empresa CEDAQUI SAC, integrante del CONSORCIO, ya que fue el representante de CEDAQUI SAC la que comunicó a la Entidad el cambio del personal²³, quien fuera luego sorprendido ingresando marihuana al establecimiento penitenciario de Huánuco.

Pese a que la LCE no permitía la individualizar la responsabilidad de los integrantes del consorcio, insistimos en la existencia de elementos,

²² Artículo 13° de la Ley N°30225, Ley de Contrataciones del Estado.

²³ Hecho que será materia de análisis en los problemas jurídicos secundarios desarrollados a continuación.

circunstancias y hechos que no pueden ser soslayados en el análisis de la responsabilidad, pues, tratándose de procedimientos sancionadores, donde el administrado verá limitado sus derechos ante una eventual sanción²⁴, el ejercicio del *ius puniendi* está sujeto a parámetros de actuación que privilegian el apego a la Constitución y al respeto de las garantías de un debido proceso²⁵.

Responsabilidad del consorcio

Siguiendo con la revisión de los aspectos relacionados a la responsabilidad del CONSORCIO, también podemos señalar que un consorcio es una modalidad de asociación contractual celebrado por dos o más personas para complementarse y contratar con el Estado.

Como se ha indicado, la LCE (artículo 36°) ha señalado que los integrantes de un consorcio son responsables en solidario, por su desempeño individual durante el procedimiento de contratación y en conjunto durante la ejecución de la contratación, con lo cual, si atendemos a las disposiciones citadas, no sería posible establecer la individualización de la conducta sancionable. Con la modificación a la LCE efectuada posteriormente en la Ley N°30225 (artículo 13, numeral 13.3), la responsabilidad en principio se considera solidaria para los consorcios, a menos que, pueda establecerse la responsabilidad de los documentos contenidos en el procedimiento de contratación y conforme los criterios establecidos en el reglamento de dicha ley.

Si bien la norma vigente cuando sucedieron los acontecimientos ordenaba la solidaridad del consorcio en cuanto a su responsabilidad durante la realización de los compromisos contractuales, resulta importante analizar la implicancia de

²⁴ En el ámbito de las contrataciones con el Estado, las sanciones son inhabilitación y multa.

²⁵ Según el artículo III del Título Preliminar de la LPAG, se establece el régimen jurídico aplicable para regular la actuación de la administración para proteger el interés general y sea garantía de derechos, sujetándose a la constitución y al ordenamiento jurídico.

ello en el PAS, sobre todo en lo referido a determinar o individualizar la conducta y su subsunción en el tipo infractor alegado en el caso.

Ello nos hace mirar nuevamente el Principio de Causalidad mencionado anteriormente, principio que orienta y exige establecer la responsabilidad sobre quien realizó la conducta reprochable, ello como presupuesto para imponer sanción. Es decir, atendiendo a este principio, la autoridad debe analizar a profundidad quien realizó la conducta en el marco del Consorcio y desarrollar una operación de subsunción acorde con la tipicidad y garantizar así, el Principio de Tipicidad, otro principio de vital aplicación para garantizar el debido proceso como límite al ius puniendi del Estado.

En relación a lo anterior, nuestra carta magna reconoce al debido proceso²⁶, el cual, se aplica al PAS, pues este, debe desarrollarse con apego a aquel, tal como lo ha precisado nuestro TC²⁷, Nuestra Constitución reconoce como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Dicha disposición constitucional es aplicable a todo proceso, por lo que también debe cumplirse al interior de un procedimiento administrativo.

Ahora bien, se imputó al CONSORCIO dar lugar a la resolución del contrato. Es decir, el supuesto de hecho sería que, el CONSORCIO motivó con un acto suyo, con una conducta concreta, que se configure la causal de incumplimiento, lo cual diera lugar a que se resolviera unilateralmente el vínculo contractual.

Empero, atendiendo a los principios de tipicidad y causalidad acotados, el TCE debió realizar una prolija operación de subsunción para determinar quien realizó la conducta, adhiriéndose a la constitución frente a lo indicado por la LCE y su reglamento, que establecían la solidaridad para los consorcios, en la etapa de

²⁶ Inciso 3, artículo 139°.

²⁷ El debido proceso debe aplicarse a todo procedimiento, incluido el administrativo. Fundamento 2 de la Sentencia del TC, recaída en el Expediente 04289-2004-AA/TC y sentencia recaída en el Expediente 0023-2005-AI/TC.

ejecución contractual. En el año 2018, con la modificatoria efectuada al reglamento²⁸ (art. 258.1), dicha responsabilidad es solidaria, pero puede individualizarse al infractor y con ello imponerle la sanción que corresponde.

Recapitulando, la conducta infractora de dar lugar a la resolución del contrato, es el ingreso de sustancias prohibidas al establecimiento penitenciario de Huánuco, por parte de un trabajador asignado al servicio por el Consorcio. Revisado el expediente del PAS encontramos la promesa formal del consorcio²⁹, donde se advierte que el representante común del consorcio es el señor CESAR ADAUTO QUISPE, uno de los integrantes de dicho consorcio (ESTHEPANIE PROVEEDORES), con una participación del 1%.

Ahora bien, en el considerando cinco de la Resolución Directoral N°137-2010-INPE/23, señala que, mediante Carta N°033-2010-CONSORCIO CEDAQUI S.A.C., informa a la Dirección del Establecimiento Penitenciario de Huánuco el cambio del chef del CONSORCIO, que desde entonces sería el señor MARTEL ALVAREZ JUAN MANUEL. Posteriormente, El 10 de junio de 2010, el citado chef -MARTEL ALVAREZ JUAN MANUEL, fue sorprendido ingresando sustancias prohibidas a mencionado establecimiento penitenciario.

De lo indicado, se colige que, CEDAQUI S.A.C. comunicó a la entidad el ingreso de su personal por cambio, presentando al señor MARTEL ALVAREZ JUAN MANUEL como dependiente suyo, ya que, no lo hizo a título del consorcio, pues no contaba con la legitimidad legal para representar al consorcio, por cuanto, quien era representante común del consorcio era CESAR ADAUTO QUISPE, no sólo a mérito de la promesa formal, sino de acuerdo al Contrato N°004-2010-INPE/23³⁰. Este hecho fue validado por la entidad, pese a que, el cambio del personal asignado –chef- fue realizado por persona o integrante distinto al representante común.

²⁸ D.S. N°344-2018-EF.

²⁹ Folio 047 del Expediente N°2175/2015.TC

³⁰ En la parte introductoria del Contrato N°004-2010-INPE/23, se señala como representante común del CONSORCIO al titular de ESTHEPANIE PROVEEDORES, a saber, CESAR ADAUTO QUISPE, no a CEDAQUI S.A.C.

Por ello, la conducta infractora sería atribuible al personal de la empresa CEDAQUI S.A.C., empresa a la que, se le declaró prescrita la infracción imputada³¹.

Así, consideramos que, el TCE en atención al mandato constitucional debió aplicar los principios antes citados, para determinar la responsabilidad individualizada en cada integrante del CONSORCIO, aun cuando, en la normativa de contrataciones aplicable al momento de ocurridos los hechos, no permitía la individualización de las conductas antijurídicas de los miembros de un consorcio. Estos principios contenidos en nuestra Constitución, deben estar reflejados en los procedimientos administrativos, aun cuando la norma aplicable no lo diga o resulte ser incluso contraria, como en el caso de la LCE y su Reglamento, vigentes cuando sucedieron los acontecimientos. Este aspecto muy importante, también será analizado en cuanto a determinar la responsabilidad subjetiva, conforme el Principio de Culpabilidad, bajo el mismo planteamiento, ante todo está nuestra Constitución.

Finalmente, si la sanción administrativa supone tanto una limitación en el ejercicio de derechos, como una afectación a los ámbitos económicos, jurídicos y sociales, la autoridad administrativa debe analizar responsablemente la atribución de responsabilidad, adecuando y ajustando su decisión al ordenamiento jurídico, lo cual implica, que no puede vulnerarse los principios anclados en nuestra carta magna. Por tales consideraciones, el TCE no actuó conforme el ordenamiento jurídico, al privilegiar la normativa de contrataciones.

³¹ La empresa CEDAQUI S.A.C. en respuesta a la imputación de cargos alcanzada por el TCE, adujo su conducta como prescrita -medio de defensa-.

6.2 PROBLEMAS SECUNDARIOS

6.2.1. ¿Se admitiría considerar el análisis de culpabilidad en el consorcio, a fin de establecer qué integrante es el responsable, como correlato de una actividad de subsunción acorde con la constitución?

Podemos señalar que el análisis de la culpabilidad es una expresión del principio de legalidad y, como tal, también se constituiría en un límite o freno al abuso que se pudiera cometer al imponerse una sanción. (Rubio Correa, 2008, pág. 65)

En el ámbito de los procedimientos administrativos, la culpabilidad es introducida en la LPAG con el Decreto Legislativo N°1272³², a cuyo mérito, la responsabilidad es subjetiva, siempre que no se disponga que sea objetiva.

Anterior al cambio normativo citado, la LPAG no contemplaba dicho principio y más bien, nuestro TC se pronunció en relación a los aspectos relevantes vinculados a su existencia y reconocimiento como principio aplicable al PAS, así como a su calidad de garantía y límite ante el ius puniendi³³.

El TC señala que según el Principio de culpabilidad³⁴, solo se impondrá sanción a título de dolo o culpa, proscribiéndose la responsabilidad objetiva. Es decir, la culpabilidad evalúa la efectiva conducta (comisiva u omisiva) y su intención, frente al solo hecho de verificar una situación prevista. De aquí su importancia como parámetro de actuación para evitar sanciones arbitrarias y desproporcionadas.

Ahora bien, el OSCE –a través de su Dirección Técnico Normativa, en adelante DTN³⁵- ha reconocido lo sostenido por el TC, precisando que la sanción solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente

³² Artículo 248° del TUO de la LPAG.

³³ Sentencia recaída en el Expediente N°2050-2002-AA/TC.

³⁴ Sentencia recaída en el Expediente N°01873-2009-PA/TC.

³⁵ Opinión N°088-2013/DTN.

infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.³⁶

Asimismo, ha sostenido la DTN que, en virtud del Principio de Culpabilidad³⁷, es indispensable establecer la responsabilidad subjetiva del supuesto infractor a efectos de imponerle una sanción; sin embargo, el TCE ha señalado que en determinados casos, el principio de Culpabilidad no siempre puede exigirse, ya que si las normas lo indican, se podría aplicar la responsabilidad objetiva³⁸. Con lo cual, el TCE ha venido determinando la responsabilidad con la sola verificación de la infracción al mandato, sin analizar si existió dolo o culpa, es decir, sin atender a una actividad probatoria que revele el comportamiento o actitud del supuesto infractor en cuanto al incumplimiento alegado.

Por otro lado, podemos señalar que el principio de culpabilidad es una garantía que se sostiene en nuestra carta magna, por medio del cual, se otorga la seguridad jurídica que las personas no sean sancionadas de manera arbitraria o injusta, lo que podría ocurrir si nos ceñimos al tamiz de la responsabilidad objetiva sin mayor análisis.

Por ello, la aplicación del principio de culpabilidad no puede ser omitido por la autoridad administrativa que detenta la potestad sancionadora, siendo fundamental su respeto irrestricto en un Estado de derecho. De esta manera se garantiza que las sanciones impuestas sean justas, proporcionadas y se basen en la responsabilidad individual de cada persona.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°01287-2010-PA/TC, de fecha 3 de octubre de 2012.

³⁷ Rige la potestad sancionadora del Estado y se relaciona con la presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia. Ver Resoluciones Nos. 236-2013-TC-S4, N° 255-2013-TC-S1 y N° 374-2013-TC-S1.

³⁸ Ver la Resolución N°2344-2013-TC-S2.

Como venimos sosteniendo en relación a lo resuelto por el TCE, CEDAQUI S.A.C. solicitó a la entidad que uno de los trabajadores asignados al servicio sea cambiado, proponiendo para dicho cambio al señor Juan Manuel Martel Álvarez (chef)³⁹ –trabajador dependiente de CEDAQUI S.A.C.-. Sin embargo, la citada empresa no tenía la condición de representante legal del CONSORCIO, por lo que, cualquier acto motivado e impulsado por aquel, carecía de legitimidad y debió ser observado por la Entidad, desestimando dicho pedido⁴⁰. Por lo que, un análisis de los hechos y una adecuada actividad probatoria desde la mirada del principio de culpabilidad, podría haber señalado al responsable de la conducta infractora (si actuó con dolo o culpa) y evitar sancionar a quien no realizó la conducta (desde la óptica de la causalidad).

De lo antes sustentado, podemos afirmar que, en el presente caso es posible el establecer la responsabilidad del CONSORCIO desde el análisis de la culpabilidad. Si bien, la LCE vigente al momento de sucedidos los hechos no permitan la individualización de las conductas atribuidas a los integrantes de los consorcios (responsabilidad solidaria), debe privilegiarse el cumplimiento de las garantías fundamentadas en nuestra Constitución, para obtener decisiones más justas y con arreglo al ordenamiento jurídico.

En resumen, según los documentos advertidos en los antecedentes del PAS, la conducta infractora la cometió CEDAQUI S.A.C. a título de culpa, por lo que, debió ser sancionado en su oportunidad, siempre que no hubiera operado la prescripción⁴¹.

³⁹ Trabajador a quien se le sorprende ingresando marihuana al Establecimiento Penitenciario de Huánuco.

⁴⁰ Es preciso el deslinde de responsabilidades en la Entidad. Existe incumplimiento en los deberes para con el contrato.

⁴¹ CEDAQUI SAC interpone en el PAS el pedido de prescribir la infracción supuestamente cometida.

6.2.2. ¿Se vulneró la presunción de inocencia por sancionar a un integrante del consorcio, que no cometió la falta imputada?

Como se ha sustentado en el problema secundario anterior, aun cuando la norma especial y la norma procedimental general señalen lo contrario, la autoridad administrativa debe imponer a quien haya ejecutado la infracción, por dolo o culpa, es decir, probar la culpabilidad del administrado.

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde preguntarnos si, en el PAS, se vulneró la Presunción de Inocencia. Dicha presunción tiene fundamento constitucional (artículo 2, numeral 23, literal e), señalando que, se considera inocente a toda persona en tanto no se declare su responsabilidad judicialmente.

En el ámbito administrativo, como hemos señalado anteriormente, el ius puniendi debe manifestarse debe aplicarse teniendo como límite aquellos preceptos constitucionales en los que se fundamenta nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, el procedimiento administrativo no puede ser ajeno al respeto irrestricto del Estado Constitucional de Derecho, más allá de observar las normas generales para dicho procedimiento, siendo que, la presunción de inocencia debe aplicarse siempre. Así, nuestro TC ha señalado que⁴², para aplicar una sanción en dicho ámbito de manera válida, debe actuarse con apego a la carta magna⁴³.

Siguiendo esa línea, la presunción de inocencia tiene su expresión en el ámbito administrativo en la presunción de Licitud, la misma que se encuentra positivada en la LPAG y señala el deber de las entidades en presumir que los administrados actúan con apego a sus obligaciones en tanto no se acredite lo opuesto. mientras no cuenten con evidencia en contrario⁴⁴. Es una presunción que admite actividad probatoria para desvirtuarla.

⁴² Fundamento jurídico 2.7 – F, de la Sentencia recaída en el Expediente N°1654-2004-AA/TC.

⁴³ Artículo 3°.

⁴⁴ Artículo 230°, numeral de la Ley N°27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.

Siendo así, en lo que respecta a las pruebas aportadas en el PAS, de acuerdo a todo lo actuado en él, deberá acreditarse la conducta del administrado, si infringió una norma administrativa que estaba obligado a cumplir. De lo anterior, podemos identificar que las partes o elementos esenciales de la presunción de licitud como son, la prueba como actividad y el quiebre de la carga de la prueba (Baca Merino, 2020, pág.269). Concordamos en lo señalado, indicando que, el primero supone que se sancionará al administrado siempre que se cuente con el sustento suficiente –de las pruebas ofrecidas en el expediente- que permitan acreditar su culpabilidad, esto es, que se sustente de manera razonable que dicho administrado cometió la infracción. En tanto que, para el segundo elemento, supone que la autoridad debe probar lo contrario a lo que se presume – cumplimiento de la obligación o deber-. Las pruebas pueden ser aportadas también por el administrado, sin que implique trasladar a él dicha tarea, pues atentaría el debido proceso.

Siguiendo esa línea de análisis, consideramos que el órgano competente premunido de la potestad sancionadora, tiene dos deberes asociados al cumplimiento de la presunción de Licitud:

1. Respetar el ejercicio del derecho de defensa y el debido proceso y en ese sentido, considerar que el procesado actuó apegado a sus obligaciones, en tanto no se acredite fehacientemente lo opuesto.
2. Acreditar en el procedimiento que los hechos atribuidos son ilícitos administrativos, por lo tanto, no es otra cosa que, probar de manera razonable que el administrado incumplió con un deber y que dicha conducta es sancionable.

Para desvirtuar la presunción de licitud, la valoración probatoria debe cumplir con las condiciones de ser adecuada y razonable. Nuestro TC ha señalado que⁴⁵, no se puede condenar a alguien cuando exista duda razonable sobre la culpabilidad

⁴⁵ Sentencia recaída en el Expediente N°1172-2003-HC/TC.

pese a las pruebas aportadas. Por ello, la evaluación de la prueba proporcionada no ha de ser a solo criterio de la autoridad administrativa; sino, dicha autoridad deberá cumplir estándares muy altos para evitar tomar decisiones arbitrarias. (Baca Merino, 2020, pág. 272)

Ahora bien, es interesante lo señalado por Stucchi (2023), quien sostiene que la presunción de inocencia se desarrolla en dos dimensiones, una, desde lo abstracto y dirigida a valorar si la conducta está prohibida y, por ende, es sancionable, es decir, si es típica o no. Mientras que la segunda dimensión, es de corte más concreto y se dirige a evaluar la conducta misma, en lo real, si es típica y si ha sido efectivamente realizada.

Siguiendo a la doctrina consultada, es importante valorar las pruebas que puedan actuarse en el PAS, debiéndose contar con la prueba irrefutable que permita individualizar la responsabilidad. Por ello sostengo que, la comunicación de CEDAQUI donde solicita el cambio de un trabajador, es la prueba irrefutable de la responsabilidad de CEDAQUI y la ausencia de responsabilidad en los demás miembros del CONSORCIO. De lo cual, considero que, el TCE debió evaluar los actuados del expediente y atender a las pruebas evidenciadas, las que, revelan quien realmente ejecutó la conducta infractora.

6.2.3 ¿La entidad resolvió de manera razonable y proporcional el contrato, según la conducta atribuida al consorcio y las estipulaciones previstas en el instrumento contractual?

Consideramos que este problema tiene relación directa con la imputación ya que, precisamente la conducta atribuida al CONSORCIO –dar lugar a la resolución del vínculo contractual- es la que motiva la disolución unilateral.

En relación a la razonabilidad, ésta rige las contrataciones públicas respecto al objeto de los contratos celebrados, por lo que aquel, deberá ser adecuado, proporcionado y en función al interés público. Pero, como principio general del derecho administrativo, la razonabilidad alude también a que las decisiones de

la autoridad administrativa, deben adaptarse dentro de su facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.⁴⁶

Ahora bien, los contratos establecen obligaciones que, atendiendo al *objeto del contrato y la finalidad pública que se desea atender*, no todas las obligaciones podrían ser indispensables para el cumplimiento de la contratación, en otras palabras, incumplir alguna de las obligaciones, no acarrearía necesariamente incumplir con objeto contractual.

Ello no significa que nuestra posición sea la de avalar el incumplimiento de las obligaciones, sino la de distinguir, aquellas obligaciones que, de manera ineludible, deben cumplirse ya que, de no ser así, simplemente el bien o el servicio no podrá satisfacer el interés de la entidad contratante. Estas obligaciones son las llamadas como esenciales.

En la LCE (artículo 40°) se señala que si el contratista incumple alguno de sus compromisos contractuales y no subsana en el plazo que se le otorgue, la entidad puede resolver la relación contractual de manera total o parcial. De lo indicado, la entidad tiene la potestad de disolver el vínculo con el contratista, lo que significa que, puede optar por ejercer dicha potestad o no sobre la base de analizar la finalidad pública de la contratación.

Conforme al análisis de las obligaciones contempladas en el contrato celebrado por el CONSORCIO, cabe preguntarse, ¿cuándo estamos ante una obligación esencial? La delimitación de lo que es una *obligación esencial* y a qué parte corresponde dar cumplimiento, lo desarrolló la DTN⁴⁷, señalando que, será esencial aquella obligación o compromiso de indispensable cumplimiento para lograr el fin de la contratación, debiéndose indicarse el carácter de esencial en

⁴⁶ Artículo IV, inciso 1, literal 1.4 del Título Preliminar de la Ley 27444

⁴⁷ Ver Opinión N°027-2014/DTN.

las bases o en el instrumento contractual. A contrario sensu, no será esencial si no tiene incidencia en la finalidad que persigue el contrato.

A partir de dicha distinción, la entidad puede considerar si la obligación incumplida es *esencial o no esencial*, con el propósito de evaluar *si resolver el contrato es la mejor opción para satisfacer el interés y objeto del mismo*, dado que, se trata de una facultad y no de una obligación⁴⁸.

En ese orden de ideas, la entidad tiene la facultad no la obligación de resolver un contrato, de lo cual, es preciso analizar la naturaleza de las prestaciones a la luz del objeto del contrato y su finalidad pública y evaluar si la situación de incumplimiento pueda ser superada con la adopción de medidas correctivas. Es decir, el INPE debió evaluar si lo conveniente a la finalidad pública era resolver el vínculo contractual, por cuanto no considero que las obligaciones alegadas como incumplidas por la entidad sean esenciales y no fueron definidas como tales en las bases ni en el contrato. De lo cual, podemos señalar que resulta

Por otro lado, cuestiono el hecho de dotar al contrato de obligaciones que no resulten razonables con el objeto del contrato. En el caso que nos ocupa, la obligación del contratista o de sus dependientes de no ingresar sustancias prohibidas⁴⁹, no es esencial, pero podría resultar razonable en el contexto de una entidad como el INPE, que administra y gestiona establecimientos penitenciarios.

También es discutible la repercusión de su incumplimiento –la conducta atribuida al CONSORCIO- en tanto, no afectaría las obligaciones esenciales del contrato y la finalidad pública de la contratación. Por ello, es imperativo que las entidades contratantes consideren detenidamente la importancia de las obligaciones establecidas en los contratos, diferenciando entre las esenciales y las no esenciales, para determinar de manera justa y equitativa si corresponde resolver el contrato, en caso de incumplirlos.

⁴⁸ El artículo 168° del Reglamento de la LCE dice "*la entidad podrá resolver el contrato (...)*".

⁴⁹ Numeral 8.4 de la Cláusula Octava y la Cláusula Décimo Tercera.

En ese sentido, debe velarse por la razonabilidad en las contrataciones del Estado, en cuanto a las disposiciones contenidas en el instrumento contractual –si son esenciales o no-⁵⁰, y también por la razonabilidad en las decisiones que asuma la autoridad administrativa, en lo referido a la facultad de resolver la relación contractual. Siendo así, el INPE debió evaluar de manera razonable y proporcionada los hechos para tomar la mejor decisión, la que considero, no debió ser resolver el vínculo con el CONSORCIO.

Otros aspectos referidos a la actuación del INPE

- El rol de la entidad como contraparte en el contrato. Podemos apreciar que, tanto la seguridad y el registro de los trabajadores, visitantes e internos está a cargo de del personal destacado por el INPE, de lo cual, también se exige de la entidad mayor celo y cuidado en sus deberes. Es cierto que, cualquier acción preventiva y correctiva que se adopte en el Establecimiento Penitenciario de Huánuco, minimizará el riesgo, más no lo anulará. No obstante, la entidad debe asumir su cuota de responsabilidad en los hechos, a través de los procesos administrativos disciplinarios para que los servidores comprometidos hagan el deslinde correspondiente.
- La disposición contractual que faculta al INPE a resolver el vínculo con la sola determinación policial del ilícito penal cometido por el contratista o por sus dependientes⁵¹.

La cláusula contractual referida al compromiso de regirse por el principio de integridad, fue analizado anteriormente, habiéndose indicado que, el contrato excedió el alcance de dicho principio en la cláusula Octava y que, conforme los problemas secundarios planteados y analizados, la responsabilidad no fue atribuida conforme al ordenamiento jurídico.

⁵⁰ Garantizando que las obligaciones establecidas sean proporcionales al objeto del contrato y al interés público que se busca satisfacer, evitando imponer cargas excesivas o innecesarias a las partes involucradas.

⁵¹ Cláusula décimo tercera.

Empero, ¿la autoridad policial puede determinar la existencia de un ilícito penal?, ¿la disposición contractual es acorde al ordenamiento jurídico?, considero que no. La PNP puede constatar, presenciar personalmente la comisión del delito o haber sido informada de él mientras ocurría o poco después. En tales situaciones, la PNP tiene la autorización para detener al supuesto responsable y recopilar pruebas para entregarlas al Ministerio Público, quien es el titular de la acción penal. Posteriormente, en el devenir del proceso penal, se determinará la responsabilidad penal.

Este extremo, no fue materia de revisión por el TCE, siendo el contrato un documento que forma parte del expediente. No obstante, me parece relevante reflexionar sobre este punto, porque aquella cláusula es nula de pleno de derecho e inaplicable, por contravenir el ordenamiento jurídico penal.

Asimismo, considero que en el arbitraje debió cuestionarse esta cláusula, pero el laudo no hace mención sobre el particular. Pero, como señalamos, debió ser revisada con minuciosidad como parte de la actividad probatoria del TCE a efectos de dilucidar la responsabilidad del consorcio.

En consecuencia, no solo existen cláusulas no esenciales (octava) que su incumplimiento no necesariamente debería acarrear la resolución del contrato, sino que también existe una cláusula nula e inaplicable (décimo tercera), por contravenir la normativa penal.

6.2.4. ¿Es correcto afirmar que el análisis de la prescripción tiene incidencia directa en la competencia del TCE?

En el ámbito de las contrataciones, el órgano competente para ejercer la potestad de sancionar es el TCE, el mismo que lleva adelante el PAS, conforme el artículo 63° de la LCE, lo cual, reviste de legitimidad a dicha función y lo desarrolla de forma exclusiva. También se constituye en instancia única

resolutoria, ante cuyas decisiones, una vez agotada la instancia administrativa, podrán ser cuestionadas a través de la demanda contenciosa administrativa ante el poder judicial.⁵²

En ese contexto corresponde analizar en principio, el ámbito de competencia que ejerce el Tribunal en el PAS, ya que no sólo tiene la potestad para sancionar a mérito de la normativa de contrataciones, sino que, dicha facultad -para ser ejercida- debe pasar por un tamiz, al momento de conocer sobre la materia, es decir, antes de analizar el expediente y tomar una decisión, debe revisarse si resulta ser competente.

En efecto, la LPAG hace referencia al “control de competencia”⁵³, el cual señala que, para iniciar el procedimiento, la autoridad debe cerciorarse, esto es, de oficio, si es competente o no, a fin de continuar. Para lo cual, deberá atender a los criterios establecidos en la LPAG, entre los cuales se encuentra el tiempo. Asimismo, el mismo cuerpo legal señala que, en función a la revisión antes mencionada, de considerarse no competente, la autoridad puede señalarlo de oficio o a pedido de parte⁵⁴. Con lo cual, podemos decir que, un aspecto tan importante como es la prescripción puede ser sometida de oficio a control de competencia por parte del Tribunal.

Ahora bien, la LCE establece un criterio de especialidad de la Ley frente a otras normas como la LPAG⁵⁵. Sin embargo, podemos aplicar supletoriamente la LPAG, para aquellos casos no regulados o regulados parcialmente por la Ley.

⁵² Artículo 235° del Reglamento de la LCE (D.S. N°184-2008-EF)

⁵³ Artículo 80° de la LPAG, actualmente el artículo 91 de su TUO.

⁵⁴ Artículo 81° de la LPAG.

⁵⁵ Artículo 5° de la LCE.

Por su parte, el Reglamento de la LCE⁵⁶, regula la figura de la prescripción, señalando diferentes plazos de prescripción según las infracciones que se cometan indicando que ésta será declarada a petición de parte. Sin embargo, por error o simple desconocimiento, el administrado puede no solicitar que se declare prescrita la persecución y/o supuesta infracción imputada, con lo cual, el procedimiento sancionador seguiría adelante, aun cuando, por el paso del tiempo, el TCE hubiera perdido la competencia para revisar la imputación e imponer o no la sanción.

Cabe señalar que, la prescripción encuentra su base y fundamento en nuestra Constitución, indicándose la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, asimismo, respecto de la prescripción, produce los efectos de cosa juzgada⁵⁷.

La discusión sobre la naturaleza jurídica de la prescripción ha generado diferentes posturas doctrinarias. Algunos opinan que se trata de un tema procesal, viendo la prescripción como un simple obstáculo para perseguir un delito. Otros, por el contrario, la consideran como un asunto sustantivo, como causa de extinción material del delito. Actualmente, la postura mayoritaria es la sustantiva, que implica la renuncia del Estado al derecho de castigar debido al paso del tiempo, lo que resulta en la extinción de la responsabilidad por la conducta infractora y la sanción correspondiente. (Zegarra Valdivia, 2010, pág. 207).

Conviene subrayar que, frente a las posturas existentes, nos inclinamos por el carácter sustantivo, frente a una postura meramente procedimental. La prescripción supone que el Estado pierde su competencia (a través de la autoridad administrativa) para perseguir e imponer sanciones por el paso del tiempo. Con lo cual, la administración considera extinta la responsabilidad de la conducta infractora y, por consiguiente, la sanción ya no se aplicará.

⁵⁶ Artículo 243° del Reglamento de la LCE.

⁵⁷ Artículo 139.

En ese orden de ideas, atendiendo a que la administración pública, a través del TCE, ejerce la potestad sancionadora en contrataciones, no es irrelevante el análisis de la prescripción como elemento determinante del ejercicio de su competencia.

Es preciso señalar que, la competencia administrativa, es la capacidad legal que tiene un órgano para actuar en determinadas situaciones, como el lugar, materia, grado, cuantía y tiempo. Es el conjunto de atribuciones de los órganos del Estado, establecido por la ley. Sin competencia, los actos administrativos son nulos. Además, la competencia administrativa no solo legitima la actuación de un órgano, sino que también integra las responsabilidades activas y pasivas asignadas a una actividad específica. (Guzmán Napurí, 2008, pág.1).

En ese sentido, consideramos importante el carácter “esencial” de la competencia administrativa, ya que rige la validez de las actuaciones que desarrolle la administración pública. De lo cual, la ausencia de competencia, sea respecto al lugar (o territorio), la materia, el grado, la cuantía o *el tiempo*, acarrearía la nulidad del acto administrativo que se emita, porque ha perdido la capacidad, la aptitud legal para ejercer su facultad de sancionar, por el paso del tiempo⁵⁸. En este caso, es importante analizar si la prescripción afecta o no la competencia del TCE.

Cabe destacar que, con la modificatoria a la LPAG en el año 2016⁵⁹, interesa destacar el artículo 233, el mismo que está referido a la prescripción administrativa y que, a mérito de su TUO, pasar a ser el artículo 252.3, el cual señala que, la autoridad, al percatarse que ha transcurrido el tiempo establecido para determinar la existencia de infracciones, debe declarar de manera automática la prescripción y finalizar el procedimiento. Además, los administrados tienen el derecho de plantear la prescripción como defensa, y la

⁵⁸ Artículo 80° de la LPAG.

⁵⁹ Decreto Legislativo N°1272.

autoridad está obligada a resolverlo sin más procedimientos que verificar los plazos.

Con la modificatoria de la LPAG, la prescripción puede ser planteada como parte de la defensa o ser DECLARADA DE OFICIO por la autoridad, cuando ésta advierta que el paso del tiempo afecta su competencia y con ello, da por concluido el proceso, para no afectar el desarrollo del procedimiento.

Si bien, la declaratoria de oficio, no se encontraba estipulada al momento de iniciar el PAS contra el CONSORCIO⁶⁰ y, en principio, no podría ser aplicada al caso, resulta importante analizar las implicancias del paso del tiempo en la competencia del TCE.

En efecto, el Reglamento de la LCE⁶¹ señala que la prescripción se declarará a petición de parte, es decir, si y solo si, lo solicita la parte que lo alega, ello como expresión del ejercicio de su derecho de defensa.

En ese sentido, la Cuarta Sala del TCE ha señalado en el fundamento 15 de la Resolución N° 285-2015-TCE-S4⁶² que, ninguna autoridad administrativa puede plantear por iniciativa propia la prescripción. Asimismo, según lo indicado por la sala mencionada, el interesado debe alegar la prescripción adquirida, y es responsabilidad de la Administración resolverla sin realizar pruebas adicionales, incidentes o solicitar otros actos de instrucción más allá de verificar simplemente

⁶⁰ De acuerdo al expediente del PAS, se inicia el 09 de julio de 2014.

⁶¹ Artículo 243°

⁶² El TCE señala que según sentencia del TC (Expediente N° 2627-2004-AA/TC), resolvió que la excepción de prescripción debe ser denunciada de manera oportuna como un medio de defensa, a esta posición se adhiere el TCE, desconociendo que el TC se pronuncia respecto de un medio de defensa técnica en el marco de un proceso judicial, en donde se discute la capacidad de persecución, pero en sede administrativa se discute la validez de los actos que podría emitir un órgano incompetente en razón al tiempo. Véase las Resoluciones N° 707-2010-TC-S3 del 15 de abril de 2010, N° 965-2010-TC-S4 del 19 de mayo de 2010, 472-2012-TCS2 del 3 de mayo de 2012, 681-2012-TC-S2 del 7 de agosto de 2012 y 1239-2014-TC-S3 del 2 de junio de 2014.

los plazos vencidos. Además, la Administración puede concluir un procedimiento sancionador de manera automática al alegar la prescripción del mismo.

Este derecho del administrado de invocar la prescripción como argumento de defensa se fundamenta en la naturaleza particularmente gravosa de las sanciones administrativas. Pero, como se viene señalando hasta aquí, la potestad sancionadora le asiste a mérito de atribución legal, a la capacidad o aptitud legal que ostenta dicho órgano administrativo de actuar –entre otros- en razón al tiempo.

Ahora bien, la LPAG⁶³, establece que son vicios del acto administrativo, que acarrear su nulidad de pleno derecho, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez. En ese orden, de acuerdo con el artículo 3º de la LPAG, la validez de un acto administrativo se encuentra sujeta a que éste haya sido emitido conforme al ordenamiento jurídico, es decir, cumpliendo con los requisitos de validez, entre los cuales se encuentra, la competencia, estableciéndose se presume que dicho acto es válido, en tanto no se declare su nulidad⁶⁴.

Es claro que, el TCE ha privilegiado la norma especial –LCE- frente a la norma general –LPAG-. En el caso concreto, la Sala desconoció el carácter fundamental de su competencia y de la importancia de aplicar correctamente la figura de la prescripción (no solo como un mero medio de defensa), por lo que consideramos, colisiona con el Principio de Seguridad Jurídica, el cual se proyecta en los procedimientos administrativos sancionadores.

En lo que respecta a dicho principio, el TC ha señalado⁶⁵ que, es un principio que transita todo el ordenamiento jurídico y su reconocimiento es implícito en nuestra carta magna. Además, podemos entenderlo como la aptitud que dota de predictibilidad a los fallos que emite la administración pública, basados en la

⁶³ Numeral 2 del artículo 10.

⁶⁴ Artículo 9º de la LAPG.

⁶⁵ En la sentencia recaída en el Expediente N°0016-2002-AI/TC.

normativa aplicable, generando en el administrado la confianza en que dichas decisiones se realizarán con arreglo a Ley. De lo cual, el órgano administrativo debe apegarse al ordenamiento jurídico, buscando que, sus decisiones sean justas y en salvaguarda de los principios anclados en nuestra carta magna, como hemos venido sosteniendo.

Es menester señalar que, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N°1272, se ha cambiado la perspectiva sobre el carácter de la LPAG, declarando ahora que sus reglas son comunes. Se busca que esta norma contenga disposiciones que regulen todas las actuaciones administrativas del Estado, incluidos procedimientos especiales como las contrataciones del Estado y procedimientos sancionadores. Además, se establece que las leyes que regulan procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las establecidas en la Ley N°27444. (Terrones y Castillo, 2020, pp.195-207).

Ello explicaría el cambio de orientación y tratamiento a la figura de la prescripción por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado, ya que pasa de considerar a la prescripción como un “mero medio de defensa” que debe ser alegado por el administrado, a plantearlo de oficio en el procedimiento como una “cuestión previa” a resolver, antes de ingresar al análisis de los hechos y de supuesta comisión de la infracción administrativa. De oficio, el Tribunal analiza si, en razón al paso del tiempo, le corresponde o no imponer sanción a la conducta supuestamente infractora invocada en el procedimiento sancionador⁶⁶.

Sin embargo, consideramos errada la posición del TCE al señalar que la prescripción es un mero medio de defensa de quien lo alega en el procedimiento, desconociendo los efectos medulares que esta institución jurídica tiene en la actuación administrativa, en la aptitud legal que goza el órgano que detenta la potestad sancionadora. El análisis correcto de la prescripción determina la capacidad que tiene la administración para ejercer dicha potestad, sin lo cual,

⁶⁶ Véase la Resolución TCE N°0594-2019-TCE-S4

todo acto devendría en nulo, por ser el órgano administrativo incompetente para imputar cargos, llevar adelante el procedimiento sancionador e imponer sanción.

Por ello, analizar la prescripción para definir si el TCE era competente o no para conducir el PAS, es muy importante, ya que, como hemos sostenido, si tiene incidencia directa en la competencia del TCE.

7. CONCLUSIONES

7.1 El análisis de la responsabilidad del Consorcio debe realizarse de manera minuciosa, garantizando el debido proceso y los principios constitucionales como el de causalidad, tipicidad, legalidad, culpabilidad y la presunción de inocencia (licitud). Imputar la infracción al Consorcio de modo solidario, sin individualizarse las conductas de cada integrante, contraviene el ordenamiento jurídico.

7.2 La autoridad u órgano que detenta la potestad sancionadora, debe evaluar la norma aplicable más allá de solo confrontar norma especial y norma general. Es una gran responsabilidad que debe cumplir para mejor resolver. Por ello, la responsabilidad administrativa debe atribuirse a quien realizó la conducta y que se inserte en el tipo infractor de modo irrefutable, merced a una actuación probatoria cuidadosa.

7.3 La resolución de contratos por incumplimiento de obligaciones debe ser una medida razonable y proporcional, basada en la evaluación de la importancia y relevancia de las obligaciones incumplidas, tomando en consideración el interés público y la finalidad del contrato.

7.4 La prescripción afecta la competencia de la autoridad premunida de la facultad de sancionar infracciones administrativas. Dicha autoridad debe tener en cuenta que, la prescripción no es solo un medio de defensa del administrado, sino que tiene implicancias fundamentales en la validez y legitimidad de sus actuaciones.

7.5 Debe motivarse las resoluciones del TCE, con la debida fundamentación y, evidenciando que, a mérito de la actividad, se establece fehacientemente la responsabilidad de quien ejecutó la conducta infractora. En el caso de los consorcios, debe individualizarse dicha responsabilidad, aun cuando la norma especial señale lo contrario.

8. RECOMENDACIONES

Al TCE:

- Realizar una cuidadosa revisión de la documentación que obra en los expedientes sancionadores, a efecto de detectar aquellos que puedan servir como prueba fehaciente de la culpabilidad del supuesto infractor.
- Realizar una mayor y mejor motivación de los fallos, a fin de no ser una recopilación de decisiones previas, donde se haya dilucidado la comisión de la misma infracción, pues, cada caso reviste sus propias particularidades y éstas no pueden ser soslayadas.
- Si bien debe existir seguridad jurídica, ésta no está referida solo a la predictibilidad de las decisiones del TCE, sino a que las mismas respondan al ordenamiento jurídico y sean justas, lo cual, repercute en la percepción del administrado que verá con mayor confianza su actuación.
- La prescripción afecta la competencia del TCE, por ello, si bien con la modificación a la LPAG, se incorpora la revisión de oficio, incluso esta actividad debe ser lo más cuidadosa posible, debiendo declararse – cuando corresponde- incompetente para conocer y perseguir la infracción, en razón a que, el TCE ha perdido competencia.
- Tratándose de PAS, el TCE debe garantizar que sus actos no vulneren los principios adheridos a la constitución, debiendo ser sus decisiones acordes con el ordenamiento jurídico.

A la Entidad (INPE)

- En las bases, el contrato y demás documentos que la conforman, no se establezcan obligaciones que sean abiertamente contrarias con el ordenamiento jurídico y que resulten incongruentes con el objeto contractual y la finalidad pública que persigue la contratación.
- Se establezca con claridad cuáles son las obligaciones esenciales cuyo incumplimiento acarrea el incumplimiento de la finalidad contractual, las cuales deben ser razonables y congruentes con el objeto de la contratación.
- Respecto de las otras obligaciones que fueran consideradas como “no esenciales”, ante el incumplimiento de éstas, evaluar imponer “otras penalidades” que resulten aplicables, a fin de evitar resolver los contratos sin considerar otra solución legal, atendiendo a la razonabilidad y proporcionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución Política del Perú (1993)
2. Ley N°27444 -Ley de Procedimiento Administrativo General (2001)
3. Texto Único Ordenado de la Ley N°27444 -Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N°004-2019-JUS. (2019)
4. Ley de Contrataciones del Estado, aprobado con el Decreto Legislativo N°1017 (2008)
5. Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado con el Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF (2008)
6. Directiva N° 008-2012/OSCE/CD, aprobada mediante Resolución N° 283-2012-OSCE/PRE del 18 de setiembre de 2012, publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 19 de setiembre de 2012. (2012)

7. Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado
<https://www.gob.pe/institucion/osce/colecciones/716-resoluciones-del-tribunal-de-contrataciones-del-estado>
8. Precedentes de observancia obligatoria – Acuerdos de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones del Estado.
https://www.gob.pe/busquedas?contenido%5B%5D=normas&institucion%5B%5D=osce&reason=sheet&sheet=1&tipo_norma%5B%5D=73-acuerdo-de-sala-plena.
9. BACA ONETO, Víctor. ¿Responsabilidad Subjetiva u Objetiva en Materia Sancionadora? Una respuesta a partir del ordenamiento peruano. Actualidad Jurídica. Tomo 204. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
10. BACA ONETO, V. (2014). El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el derecho peruano. *IUS ET VERITAS*, 24(48), 270-297. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11922>
11. BACA MERINO, R. (2020). Alcances de la presunción de licitud en el procedimiento administrativo sancionador. *Derecho & Sociedad*, 1(54), 267-276. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22419>
12. BUSTAMANTE RÚA, M. (2010). La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de más allá de toda duda razonable. *Revista De La Maestría En Derecho Procesal*, 4(1). Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2396>
13. CHOCANO DAVIS, C. (2019). Herramientas para la integridad en la contratación pública peruana. *Revista De Derecho Administrativo*, (18), 35-65. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22856>

14. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "Evolución del régimen administrativo sancionador en el Perú. En: La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudio por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP". Lima: Palestra, 2019.
15. DE LA PUENTE, Manuel. "El Contrato en General". Primera Parte, Tomo I. Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1991.
16. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, Tomo II. Lima: Palestra Editores, 2011.
17. GUZMAN NAPURI, Christian. (2008) La Competencia. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/christianguzmannapuri/2008/02/20/la-competencia/>
18. MARTÍN TIRADO, Richard. "El Ejercicio de la Potestad Sancionadora de CONSUCODE y los Límites Formales para la Aplicación del Recurso de Reconsideración". Derecho & Sociedad N°23 (2004): 16-23.
19. MARTIN TIRADO Richard James (2013), Procedimiento administrativo sancionador en materia de contratación pública. Derecho al debido proceso en sede administrativa y protección constitucional para el ejercicio de la función arbitral, Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho, En [http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius et Praxis/article/viewFile/78/61](http://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/viewFile/78/61)
20. MORAGA KLENNER, Claudio. Contratación Administrativa. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
21. MORÓN URBINA, Juan Carlos (2008). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica
22. MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica S.A., Novena Edición, 2011; páginas 723 y 724.
23. MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS), 14 edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

24. MORÓN, Juan Carlos y AGUILERA, Zita. "Aspectos jurídicos de la contratación estatal". Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2017.
-
25. MUNIVE PARIONA, Eloy. "El Sistema de Integridad Pública en el Perú: una propuesta para fortalecer la gobernanza con integridad". Revista IUS ET VERITAS N°65 (2022): 57-69, recuperado de <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.004>.
26. NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cataluña: TECNOS, 2005.
27. PEDRESCHI, Willy. "Notas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen general actualmente vigente". Ius et Veritas N° 41 (2010): 198-219.
28. RUBIO CORREA, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008.
29. STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino. 2023. Presunción de Inocencia e imparcialidad objetiva en el procedimiento administrativo sancionador. Lima: Palestra Editores.
30. TERRONES JANCCO, J. y CASTILLO ANDÍA, G. (2020) "El régimen sancionador en las contrataciones con el Estado en contraposición a las garantías mínimas previstas en el régimen sancionador contemplado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General". Revista Derecho y Sociedad". Derecho y Sociedad N°54 (2020): 195-207.
31. ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley N°27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General". Revista de Derecho Administrativo N°9 (2010): 207-214.

Resolución N° 285-2015-TC-S4

Sumilla: **"(...) este Colegiado considera que en el presente caso no se han aportado nuevos elementos de juicio que ameriten dejar sin efecto la sanción impuesta (...)"**

Lima, 06 de febrero de 2015

Visto, en sesión del 6 de febrero de 2015 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 2175/2014.TC sobre los recursos de reconsideración interpuestos por **las empresas ESDACOM E.I.R.L. y NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L., integrantes del CONSORCIO**, contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, dispuso sancionar a la empresa ESDACOM E.I.R.L., por un periodo de trece (13) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de **selección y contratar con el Estado; y a la empresa NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L., por un periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado; por la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017.**

Asimismo, respecto de la empresa CEDAQUI S.A.C. y el señor ADAUTO QUISPE CESAR se declaró no ha lugar a la imposición de sanción administrativa por haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, en razón a la prescripción operada.

Los principales fundamentos de la Resolución N° 064-2015-TC-S4 son los siguientes:

i. Se imputó a las empresas ESDACOM E.I.R.L., CEDAQUI S.A.C., NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. y al señor ADAUTO QUISPE CESAR, integrantes del CONSORCIO, el haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 004-2010-INPE/23 de fecha 2 de marzo de 2010, por causal atribuible a su parte, en el marco del Concurso Público N° 0002-2009-INPE/23 - Primera Convocatoria, para la **"Contratación del servicio de alimentación para el personal de Seguridad y Salud (24x48) e internos del Establecimiento Penitenciario de Huánuco de la Oficina Regional Oriente – Pucallpa"**.

ii. Atendiendo, a que el señor CESAR ADAUTO QUISPE y la empresa CEDAQUI S.A.C., integrantes del CONSORCIO, plantearon la prescripción de en su oportunidad y el Tribunal constató los plazos respectivos, se tiene que respecto de ellos se ha configurado la prescripción para la infracción referida a la resolución del contrato por causal atribuible a la contratista, dicha situación fue declarada con la sola constatación de los plazos, en aplicación del numeral 233.31^[1] del artículo 233 de la Ley N° 27444;

^[1] Artículo 233.- Prescripción

(...) 233.3 Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa."

por tanto, este Colegiado fue de la opinión que corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción respecto del señor CESAR ADAUTO QUISPE y de la empresa CEDAQUI S.A.C., integrantes del CONSORCIO.

iii. De otro lado, la sanción a las empresas ESDACOM E.I.R.L. y NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. se sustentó en lo siguiente:

- a) Con Resolución Directoral N° 137-2010-INPE/23 de fecha 15 de junio de 2010, se declaró la resolución total del Contrato N° 004-2010-INPE/23, por incumplimiento injustificado de sus obligaciones de conformidad con los artículos 167 y 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; la cual fue comunicada al Contratista con Carta Notarial N° 23691 de fecha 17 de junio de 2010.

Cabe precisar que, respecto al requerimiento previo que debía efectuar la Entidad, de acuerdo a lo señalado en el Laudo de Derecho de fecha 12 de junio de 2013, aquel no era necesario.

- b) Asimismo, de la documentación remitida por la Entidad, se advirtió que la resolución del contrato antes mencionado fue materia de un proceso arbitral iniciado por el Contratista, el cual fue resuelto mediante Laudo Arbitral de fecha 12 de junio de 2013, habiéndose señalado como posición del Árbitro Único, respecto del primer punto controvertido²[2], lo siguiente: "Por tanto, del análisis realizado tanto del Contrato como de la Ley y Reglamento concluimos que LA ENTIDAD cumplió con el procedimiento de resolución y, por tanto, el acto administrativo mediante el cual se decidió resolver el contrato es válido" (sic), y en consecuencia, laudó "Declarar INFUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la Demanda". (El resaltado es agregado)

Además, respecto del segundo punto controvertido³[3], se señaló lo siguiente: "Tomando en cuenta la línea de análisis del Punto Controvertido anterior, el Árbitro Único concluye que el acto de resolución del Contrato es válido pues cumplió con los requisitos contractuales y legales de resolución contractual, y por tanto concluye que no corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 23691 mediante la cual se comunicó la decisión. Siendo el motivo de la resolución la comisión de un ilícito penal por parte de un trabajador de EL CONTRATISTA, LA ENTIDAD no estaba obligada a cumplir con el requisito de enviar un requerimiento de cumplimiento previo a la resolución (...)" (sic); en consecuencia, laudó "Declarar INFUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL de la Demanda". (El resaltado es agregado).

- c) **La empresa NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L., integrante del Consorcio, en sus descargos señaló que la resolución del mencionado contrato por parte de la Entidad se encuentra fundamentada en el contenido de la Carta Notarial N° 23691, la cual no tiene como fundamento el incumplimiento esencial de las obligaciones del Consorcio, pues el objeto y la finalidad del contrato fue la contratación del servicio de alimentación, el cual en ningún momento fue incumplido o interrumpido total o parcialmente por parte del Consorcio, pues de haberlo hecho si hubiesen recaído en una situación de incumplimiento que no pueda ser revertida, donde la Entidad le hubiese bastado comunicar mediante carta notarial la decisión de resolver el**

²[2] Primer Punto Controvertido: "Determinar si corresponde declarar la nulidad del acto administrativo de resolución del Contrato N° 004-2010-INPE/23 por no haberse seguido el debido proceso dispuesto en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

³[3] Segundo Punto Controvertido: "Determinar si corresponde dejar sin efecto la Carta Notarial N° 23691 de fecha 16 de junio de 2010, diligenciada por conducto notarial el 17 de junio de 2010, al no haberse seguido el debido proceso del artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

contrato, sin que anteceda una carta de apercibimiento; sin embargo, el contenido de la Carta Notarial N° 23691 no se enmarcó en una de las causales de incumplimiento previsto en el artículo 168 del Reglamento, habiendo resuelto la Entidad de manera irregular, máxime si la situación legal de chef Juan Manuel Martel Álvarez, seguía ventilándose en el Poder Judicial.

Al respecto, este Tribunal señaló que lo alegado por la citada empresa constituye aspectos que ya fueron ventilados en el proceso arbitral instalado el 9 de octubre de 2012, que culminó con la emisión del Laudo de fecha 12 de junio de 2013, en el cual el Árbitro Único declaró infundadas las pretensiones del Contratista.

- d) Finalmente, respecto a la individualización del infractor, se indicó que el artículo 239 del Reglamento dispone que las infracciones cometidas por los postores que presentaron promesa de consorcio durante su participación en el proceso de selección, se imputarán exclusivamente a la parte que las haya cometido, aplicándose sólo a ésta la sanción a que hubiera lugar, siempre que pueda individualizarse al infractor. Asimismo, establece que las infracciones cometidas por un consorcio durante la ejecución del contrato, se imputarán a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda.

En ese sentido, estando a que la infracción imputada se ha configurado durante la ejecución contractual, no resultaba procedente la individualización del infractor, conforme lo dispone la normativa de contrataciones del Estado.

- iv. Atendiendo a los fundamentos expuestos, se atribuyó responsabilidad administrativa a las empresas ESDACOM E.I.R.L. y NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L., integrantes del CONSORCIO, por haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 004-2010-INPE/23 de fecha 2 de marzo de 2010, por causal atribuible a su parte, en el marco del Concurso Público N° 0002-2009-INPE/23 - Primera Convocatoria.

Dicha Resolución fue notificada a las empresas ESDACOM E.I.R.L., CEDAQUI S.A.C., **NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L. y el señor ADAUTO QUISPE CESAR, integrantes del CONSORCIO**, el 9 de enero de 2015, a través del Toma Razón Electrónico del OSCE, conforme a la Directiva N° 008-2012/OSCE/CD, aprobada mediante Resolución N° 283-2012-OSCE/PRE del 18 de setiembre de 2012, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 19 de setiembre de 2012.

2. Con escrito N° 1 presentado el 16 de enero de 2015 ante el Tribunal, el Gerente de la empresa NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L. interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, solicitando que se deje sin efecto la sanción impuesta, argumentando, entre otros aspectos, lo siguiente:

i. La Entidad en la resolución del contrato no cumplió con el procedimiento previo establecido en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que previamente a la resolución no les requirió el cumplimiento de obligaciones.

ii. La prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual el transcurso del tiempo genera ciertos efectos respecto de los derechos o facultades de las personas o en cuanto al ejercicio de ciertas facultades de parte de la administración pública, como el ejercicio de su facultad punitiva que tiene efectos respecto de los particulares; es así, que en el presente caso, dicha prescripción fue alegada el 29 de setiembre de 2014 por sus consorciados, quienes invocaron que la infracción había prescrito el 20 de febrero de 2014.

Debe tenerse presente que la prescripción, cuando deroga una norma o extingue efectos jurídicos, tiene implicancia erga omnes (para todos), por lo que habiendo sido alegada por uno de los consorciados debió aplicarse extensivamente a todos los integrantes del Consorcio, más aún cuando se trata de una norma que favorece al administrado.

En tal sentido, a través del presente recurso solicita que la Sala reconsidere la decisión tomada en la resolución impugnada y modifique la sanción impuesta, debiéndose declarar fundado el recurso por haber prescrito la infracción; asimismo, deberá considerarse que de conformidad con el artículo 239 del Reglamento, la responsabilidad del Consorcio durante la ejecución del contrato es solidaria; contrario sensu, la interpretación sobre la presunta responsabilidad debe ser en el mismo sentido; es decir, con el mismo efecto para todos los integrantes del Consorcio ya que todos son solidarios.

iii. Es inaceptable que el incumplimiento de la Entidad de comunicar oportunamente la comisión de la infracción, no tenga efectos prescriptorios como lo deja entrever la resolución impugnada; debe tenerse en cuenta que la prescripción en un procedimiento administrativo sancionador incide en la competencia de la autoridad administrativa para determinar la existencia de una conducta infractora, por lo que una vez transcurrido el plazo legal de la prescripción, la autoridad administrativa pierde competencia para sancionar al administrado por la infracción cometida, considerándose extinta la responsabilidad del presunto infractor.

Conforme lo establece el artículo 80 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, la Administración se encuentra obligada a verificar de oficio si cuenta con competencia para iniciar o proseguir un procedimiento administrativo; por tanto, si advierte que ha perdido competencia sancionadora por el transcurso del tiempo, necesariamente debe declarar de oficio la prescripción de la infracción, no obstante que el numeral 233.3 del artículo 233 de la Ley N° 27444 señala que el administrativo tiene el derecho de alegar la prescripción como vía de defensa.

iv. La razón que llevó a la Entidad a resolver el contrato, establecida en la Carta Notarial N° 23691, no constituye razón de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues el objeto y la finalidad del contrato fue la contratación del servicio de alimentación, el cual en ningún momento fue incumplido o interrumpido total o parcialmente por parte del Consorcio, lo que verifica que ninguna obligación que haya estado a su cargo se haya incumplido; por tanto, la nueva forma de resolución contractual formulada por la Entidad contra su representada, si bien es una forma de resolver el contrato, no es una forma establecida o tipificada que genera sanción administrativa contra su representada, por lo que debe tenerse presente lo señalado en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley N° 27444.

v. Solicita que se le imponga la sanción mínima permitida por la Ley, señalando que en el supuesto que el Tribunal considere que debe imponérsele sanción a su representada se aplique en la sanción a imponer el Principio de Irretroactividad, según el cual son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables; esto es, si la norma posterior resulta más favorable al administrativo, ésta podrá aplicarse de forma retroactiva.

Finalmente, indica que han cumplido con todas las obligaciones contractuales, verificándose que la resolución del contrato se basó en causas no contempladas en

la normativa de contrataciones del Estado, referidas a la actitud reprochable de un trabajador de la empresa CEDAQUI SAC; no existió intencionalidad en cometer la infracción, más aún cuando en todo momento cumplieron con las obligaciones contractuales; el daño económico lo ha sufrido su representada ya que llevan muchos meses sin poder trabajar y contratar con el Estado; no existe reiterancia por parte de su representada; la infracción fue cometida hace muchos años, incluso la infracción ya se encuentra prescrita; durante el procedimiento administrativo sancionador fue la única empresa que se apersonó y cumplió con presentar sus descargos.

3. Por decreto del 16 de enero de 2015 se admitió a trámite el recurso de reconsideración interpuesto, y se remitió el presente expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para el pronunciamiento correspondiente.
4. Con escrito s/n presentado el 16 de enero de 2015, ante el Tribunal, el Titular Gerente de la empresa ESDACOM E.I.R.L., interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, solicitando que se deje sin efecto la sanción impuesta, argumentando, entre otros, lo siguiente:
 - i. Solicita la prescripción de la infracción imputada al amparo de lo establecido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, normativa que no solo tiene una dimensión jurisdiccional sino además se extiende a sede administrativa.
 - ii. No pudieron ejercer su derecho de defensa; esto es, no presentaron sus descargos, toda vez que no fueron notificados del presente procedimiento administrativo sancionador, conforme lo establece el artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - iii. El numeral 161.1 del artículo 161 de la Ley N° 27444, establece que los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad a resolver; en ese sentido, al no haberse agotado la vía administrativa, presenta como medio impugnatorio que se declare la prescripción de la sanción administrativa, al no haber concluido el proceso administrativo, de conformidad con el artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - iv. Finalmente, señala que la prescripción debe operar para todos los integrantes del Consorcio.
5. Por decreto del 16 de enero de 2015 se admitió a trámite el recurso de reconsideración interpuesto, y se remitió el presente expediente a la Cuarta Sala del Tribunal para el pronunciamiento correspondiente.
6. Con escrito N° 02 presentado el 20 de enero de 2015, la empresa NEGOCIACIONES HAROL´S EIRL solicitó el uso de la palabra en audiencia pública.
7. Por decreto del 28 de enero de 2015, la Cuarta Sala programó audiencia pública para el 3 de febrero de 2015, la cual se llevó a cabo con la participación del representante de la empresa NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L. [4\[4\]](#)

FUNDAMENTACIÓN:

[4\[4\]](#) El abogado Carlos Augusto Albarracín Rodríguez.

8. El presente procedimiento administrativo, se encuentra referido a los recursos de reconsideración interpuestos por las empresas **NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L.** y **ESDACOM E.I.R.L.** contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, mediante la cual se declaró que incurrieron en responsabilidad administrativa en la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873, y, dispuso sancionarlas por un periodo de doce (12) y trece (13) meses, respectivamente, de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

Análisis sobre la procedencia de los recursos de reconsideración

9. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal, ha sido regulado en el artículo 249 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, en adelante el Reglamento, aplicable en materia procedimental al caso de autos. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de notificada la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.
10. En relación a lo expuesto, corresponde a esta Sala determinar si el recurso materia de análisis fue interpuesto oportunamente, es decir, dentro del plazo otorgado expresamente por la normativa para dicho fin.
11. Atendiendo a la norma antes glosada, así como de la revisión de la documentación obrante en autos, esta Sala **aprecia que las empresas NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. y ESDACOM E.I.R.L.**, fueron informadas de la Resolución N° 064-2015-TC-S4 mediante notificación en el Toma Razón Electrónico, el 9 de enero de 2015.
12. Estando a lo expuesto, se advierte que los recurrentes podían interponer válidamente el recurso impugnativo correspondiente, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, en virtud a lo establecido en el artículo 249 del Reglamento. Por lo tanto, dado que ambas empresas presentaron el recurso de reconsideración el 16 de enero de 2015, éstos resultan procedentes, correspondiendo al Tribunal evaluar los argumentos planteados.

Respecto a los argumentos de la reconsideración

13. En el presente caso, ambos Impugnantes solicitan, fundamentalmente, que se declare no ha lugar la sanción impuesta mediante la resolución impugnada, por haber operado la prescripción, y en el caso de la empresa **NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L.**, de ser el caso, se disminuya el período de sanción impuesto. En tal medida, resulta conveniente emitir pronunciamiento respecto de los cuestionamientos planteados en los recursos que nos ocupan y verificar si se ha aportado elementos de juicio que permitan al Tribunal modificar la decisión que adoptó en la resolución recurrida.
14. Los Impugnantes en sus recursos de reconsideración señalan, entre otros argumentos, que la prescripción debe operar para todos los integrantes del Consorcio; que, de conformidad con el numeral 161.1 del artículo 161 de la Ley N° 27444, los administrados pueden, en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad a resolver; en ese sentido, al no haberse agotado la vía administrativa, como medio impugnatorio solicitan que se declare la prescripción de la sanción administrativa, al no haber concluido el proceso administrativo de conformidad

con el artículo 243 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Asimismo, alegan que la prescripción es una institución jurídica en virtud de la cual el transcurso del tiempo genera ciertos efectos respecto de los derechos o facultades de las personas o en cuanto al ejercicio de ciertas facultades de parte de la administración pública, como el ejercicio de su facultad punitiva que tiene efectos respecto de los particulares; es así, que en el presente caso, dicha prescripción fue alegada el 29 de septiembre de 2014 por sus consorciados, quienes invocaron que la infracción había prescrito el 20 de febrero de 2014; por lo que, debe tenerse presente que la prescripción cuando deroga una norma o extingue efectos jurídicos tiene implicancia erga omnes (para todos), por lo que habiendo sido alegada por uno de los consorciados debió aplicarse extensivamente a todos los integrantes del Consorcio, más aún cuando se trata de una norma que favorece al administrado.

Finalmente, señalan que de conformidad con el artículo 80 de la Ley N° 27444, la Administración se encuentra obligada a verificar de oficio si cuenta con competencia para iniciar o proseguir un procedimiento administrativo, por tanto si advierte que ha perdido competencia sancionadora por el transcurso del tiempo, necesariamente debe declarar de oficio la prescripción de la infracción, no obstante que el numeral 233.3 del artículo 233 de la Ley N° 27444 señala que el administrativo tiene el derecho de alegar la prescripción como vía de defensa.

15. Al respecto, cabe señalar que en el numeral 13 de la resolución recurrida se precisó que el plazo de prescripción de la causal de resolución de contrato por causal atribuible al Contratista operó en vista que el inicio del procedimiento administrativo sancionador por dicha causal fue notificado el 18 de septiembre de 2014, con posterioridad a su prescripción; no obstante ello, se precisó que los administrados inmersos en un procedimiento administrativo sancionador pueden hacer uso de la prescripción como un medio de defensa, de modo tal que la administración no los mantenga de una manera indefinida en una situación de indeterminación en cuanto a la calificación de sus conductas cuestionadas; por ello, la existencia de un término prescriptorio obliga a la Administración a actuar de manera eficiente, a fin de evitar que dicho plazo transcurra sin haber ejercido su facultad punitiva.

Asimismo, cabe indicar que, expresamente, en el segundo párrafo del artículo 243 del Reglamento, se indica que la prescripción se declarará a pedido de parte. En ese sentido, ninguna autoridad administrativa puede plantear de oficio la prescripción. Por ello,“(…) la prescripción ganada se alega por el interesado y corresponde a la Administración resolverla sin abrir prueba, sin formar incidente o pedir otro acto de instrucción que la mera constatación de los plazos vencidos”^{5[5]}.

Por tanto, la Entidad no puede concluir de oficio un procedimiento sancionador alegando la prescripción del mismo, siendo éste “(…) un derecho del administrado, dada la naturaleza eminentemente gravosa de la sanción administrativa, el invocar la prescripción como argumento de defensa”^{6[6]}.

De esta forma, el Colegiado resolvió el procedimiento administrativo sancionador, declarando la prescripción respecto de aquellos administrados que la alegaron en sus respectivos descargos.

16. En ese orden de ideas, además, cabe señalar que el diseño de la prescripción referido en el íntegro del numeral 3) del artículo 233 de la LPAG, supone que, para que opere la prescripción, no basta el mero transcurso del tiempo, sino que, además, debe ser alegado como medio de

^{5[5]} Morón Urbina, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Novena Edición, 2011. Página 741.

^{6[6]} Guzmán Napuri Christian, El Procedimiento Administrativo, 2007, Lima. Página. 348

defensa por la parte y la Administración debe encontrarlo fundado. Dicho medio de defensa debe ser alegado por la parte en tanto la administración no agote la potestad sancionadora que le asiste, la cual se produce cuando se emite la resolución que le genera un perjuicio, ya sea imponiéndole una carga o restringiendo un derecho. Luego de la fase declarativa del procedimiento, en la cual se emitió la referida sanción, la administración ostenta la facultad revisora de sus fallos, mediante los recursos impugnativos que se puedan presentar —que en el presente caso sería el recurso de reconsideración—, limitándose sólo a evaluar si el órgano jerárquico inferior, o en este caso, la misma instancia, actuó o no con arreglo a derecho, sin poder trasladar el plazo prescriptorio a la fase del recurso impugnativo.

Debe tenerse en cuenta, que lo manifestado por este Colegiado ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de fecha 26 de agosto de 2004, recaída en el Expediente N° 2627-2004-AA/TC, en el cual resolvió que la excepción de prescripción debe ser denunciada de manera oportuna como un medio de defensa, es decir antes que sea expedida la Resolución que restringe o limita algún derecho^{7[7]}.

Del mismo modo, este Tribunal en anteriores ocasiones, y en la misma línea argumentativa establecida por el Tribunal Constitucional, ya se ha pronunciado respecto a dicha circunstancia, señalando que la solicitud de prescripción debía ser planteada e invocada antes que emita su pronunciamiento, caso contrario, la misma no opera, al no ser planteada de manera oportuna^{8[8]}.

17. En tal sentido, al no haber sido alegada la prescripción por el administrado durante el procedimiento administrativo sancionador previo a la emisión de la resolución que concluye el mismo, subsiste la obligación de analizar y pronunciarse respecto de la imposición de la infracción administrativa; actuación que en el presente caso realizó este Colegiado, al no haber alegado la prescripción durante la tramitación del procedimiento las empresas **NEGOCIACIONES HAROL'S E.I.R.L. y ESDACOM E.I.R.L., sino hasta el momento en que** plantearon sus recursos de reconsideración, es decir, con posterioridad a la expedición del acto que los sanciona.
18. Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso indicar que desde la prescripción del hecho denunciado hasta la imposición de la sanción, los recurrentes tuvieron el tiempo suficiente para alegar el devenir del tiempo como medio de defensa, estando debidamente notificados de todos los actos procedimentales que en el transcurso del procedimiento se llevaron a cabo; no obstante lo señalado, este hecho no se produjo, habilitando de esta manera al Colegiado a imponer la sanción materia de impugnación.
19. En consecuencia, la administración ha emitido un juicio acorde a derecho, previa evaluación de los hechos planteados por la Entidad, así como de los argumentos de defensa interpuestos en su oportunidad, razón por la cual el fallo emitido es válido, no existiendo elementos jurídicos que sustenten la modificación de tal decisión, vía recurso de impugnación, cuya finalidad es modificar o revocar el acto administrativo cuestionado por razones de legitimidad.
20. De otro lado, respecto a lo señalado por la empresa ESDACOM E.I.R.L., en el sentido que no pudieron ejercer su derecho de defensa, esto es, no presentaron sus descargos, toda vez que

^{7[7]} Dicho criterio ha sido adoptado, por otros ordenamientos jurídicos, a modo de ejemplo se cita lo indicado por el Tribunal Supremo Español descrito en la STS (Sala 3, Sección 6) del 27 de mayo de 1992, de la siguiente manera: "(...) solamente cuando en el seno de dicho procedimiento se produzca inactividad administrativa por plazo superior al señalado como de prescripción podrá decirse que la potestad sancionadora se ha extinguido o decaído, pero lo que no cabe en modo alguno es trasladar el plazo prescriptorio a la vía administrativa de recursos frente a una resolución sancionadora impuesta en expediente en cuyo recurso no existió tal inactividad (...)"

^{8[8]} Véase las Resoluciones N° 707-2010-TC-S3 del 15 de abril de 2010, N° 965-2010-TC-S4 del 19 de mayo de 2010, 472-2012-TC-S2 del 3 de mayo de 2012, 681-2012-TC-S2 del 7 de agosto de 2012 y 1239-2014-TC-S3 del 2 de junio de 2014.

no fueron notificados del procedimiento administrativo sancionador, conforme lo establece el artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; cabe señalar que, obra en el folio 210 del presente expediente la Cédula de Notificación N° 41565/2014.TC diligenciada en la dirección ubicada en el Jirón Túpac Amaru N° 431, PPJJ 9 de Abril, San Martín - Tarapoto^{9[9]}, la cual fue recibida el 7 de agosto de 2014 por la encargada de la empresa, por lo cual carece de asidero el argumento referido a que no tomaron conocimiento del procedimiento administrativo sancionador.

21. Por otro lado, la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L. sostiene que la razón que llevó a la Entidad a resolver el contrato, establecida en la Carta Notarial N° 23691, no constituye razón de incumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues el objeto y la finalidad del contrato fue la contratación del servicio de alimentación, el cual en ningún momento fue incumplido o interrumpido total o parcialmente por parte del Consorcio, lo que verifica que ninguna obligación que haya estado a su cargo se haya incumplido, por tanto la nueva forma de resolución contractual formulada por la Entidad contra su representada, si bien es una forma de resolver el contrato, no es una forma establecida o tipificada que genera sanción administrativa contra su representada. Al respecto, cabe reiterar lo señalado en el numeral 25 de la resolución recurrida, en el sentido que lo alegado por la citada empresa, son aspectos que ya fueron ventilados en el proceso arbitral instalado el 9 de octubre de 2012 que culminó con la emisión del Laudo de fecha 12 de junio de 2013, en el cual el Árbitro Único declaró infundadas las pretensiones del Contratista.
22. Finalmente, respecto a la solicitud de la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L. para que se le imponga la sanción mínima permitida por la Ley, en virtud del Principio de Irretroactividad, y porque el motivo de la resolución del contrato se debió a una actitud reprochable de un trabajador de la empresa CEDAQUI SAC y no suyo, además de considerar que su participación en el Consorcio fue mínima; cabe señalar que, de la revisión de la documentación remitida por la Entidad se advierte que según la Promesa Formal de Consorcio la participación de la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L. fue efectivamente de 1. , lo cual si bien en las contrataciones públicas no resulta un factor eximente la responsabilidad del infractor, sí constituye un atenuante, por lo que corresponde tomar en consideración lo antes expuesto a fin de aminorar la sanción impuesta.

Consecuentemente, a pesar de que existe responsabilidad administrativa por parte de la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L., tal como se indicó en la resolución materia del presente recurso de reconsideración, este Tribunal estima que corresponde reformar la sanción impuesta mediante esta última, en virtud a las circunstancias atenuantes de responsabilidad alegadas por la citada empresa en la presente impugnación.

23. En consecuencia, este Colegiado considera que en el presente caso no se han aportado nuevos elementos de juicio que ameriten dejar sin efecto la sanción impuesta, pero sí respecto de la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L. la variación del período de sanción impuesto, por lo que se concluye que corresponde declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa NEGOCIACIONES HAROL ´S E.I.R.L., e infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa ESDACOM E.I.R.L., integrantes del CONSORCIO.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Mario Arteaga Zegarra y la intervención de los Vocales Víctor Villanueva Sandoval y María Elena Lazo Herrera en reemplazo del Vocal Juan Vargas de Zela, según Acuerdo de Sala Plena N° 008/2012, y atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 441-2013/OSCE-PRE, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 51° y 63° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°

^{9[9]} Domicilio consignado en el Registro Nacional de Proveedores.

184-2008-EF y sus respectivas modificatorias, así como los artículos 18° y 19° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10, y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF; analizados los antecedentes, y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar fundado en parte el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L., integrante del CONSORCIO, dejándose sin efecto la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015, en el extremo que sanciona a la referida empresa por el periodo de doce (12) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, reformando el periodo de sanción a siete (7) meses.
2. Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa ESDACOM E.I.R.L., integrante del CONSORCIO, contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015.
3. Devolver la garantía presentada por la empresa NEGOCIACIONES HAROL´S E.I.R.L., integrante del CONSORCIO, para la interposición del recurso de reconsideración contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015.
4. Ejecutar la garantía presentada por la empresa ESDACOM E.I.R.L. para la interposición del recurso de reconsideración contra la Resolución N° 064-2015-TC-S4 del 9 de enero de 2015.
5. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para las anotaciones de Ley.
6. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

VOCAL

PRESIDENTE

VOCAL

ss.

Villanueva Sandoval

Lazo Herrera

Arteaga Zegarra

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12"
