



UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**El principio de culpabilidad administrativa frente a la  
responsabilidad objetiva de los postores bajo la ley de  
contrataciones con el Estado**

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TÍTULO  
PROFESIONAL DE ABOGADO

**AUTOR:**

Vera Moya, Carlos Cesar (ORCID: 0000-0002-5783-0617)

**ASESOR:**

Dr. Espinoza Azula, César Napoleón (ORCID: 0000-0002-9928-0422)

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Derecho administrativo

LIMA – PERÚ

2021

## **Dedicatoria**

A mis padres Juan Carlos y Bertha, a mis hermanos Jeanberth y Karla, por su constante apoyo y motivación.

## Índice de contenidos

Dedicatoria	ii
Índice de contenidos	iii
Índice de anexos	iv
Resumen	v
Abstract	vi
I. INTRODUCCIÓN	1
II. MARCO TEÓRICO	3
III. METODOLOGÍA	14
IV. RESULTADOS	16
V. CONCLUSIONES	30
VI. RECOMENDACIONES	31
VII. REFERENCIAS	32
VIII. ANEXOS	34

## Índice de anexos

Anexo A	<i>Propuesta de Reforma Legal</i>	34
---------	-----------------------------------	----

## Resumen

La presente investigación busca demostrar que la aplicación de la responsabilidad objetiva por presentación de documentación falsa y/o inexacta en el marco de un procedimiento de selección admite excepciones. El estado no debe perder ofertas competitivas por inhabilitaciones que tienen como único fundamento una aplicación literal de la norma.

Se trata de una investigación no experimental con un diseño descriptivo con un enfoque cualitativo y un análisis ex post facto bajo la aplicación del método deductivo, así como las técnicas de la exégesis, la dogmática jurídica y el análisis funcional. Se ha recolectado casuística y se ha hecho un recuento histórico y comparado de la normativa sobre contratación pública a fin de determinar cuál es la razón por la que el Tribunal de Contrataciones con el Estado viene aplicando el estándar de responsabilidad objetiva en desmedro del principio de culpabilidad.

A partir de esta investigación he podido concluir que no basta la verificación del hecho, sino, un análisis sistemático del caso que disipe toda duda sobre la responsabilidad del imputado. Recomiendo efectuar una reforma de la ley de contrataciones con el estado que armonice la aplicación de la responsabilidad objetiva con el principio de culpabilidad administrativa.

**Palabras clave:** Responsabilidad objetiva, principio de culpabilidad, presunción de inocencia y contratación pública.

## **Abstract**

The purpose of this research is to demonstrate that the application of strict liability for the presentation of false and/or inaccurate documentation in the framework of a selection procedure admits exceptions. The state should not lose competitive bids because of disqualifications that are based solely on excessive formalism and a literal and unrestricted application of the norm.

This work is framed as a non-experimental research with a descriptive design with a qualitative approach and an ex post facto analysis under the application of the deductive method, as well as the techniques of exegesis, legal dogmatics and functional analysis. For this reason, casuistry has been collected and a historical and comparative account of the regulations on public procurement has been made in order to determine the reason why the State Contracting Tribunal has been applying the strict liability standard instead of the principle of guilt.

From this research I have been able to conclude that, in certain cases, it is not enough the verification of the fact, but a systematic analysis of the case that dispels any doubt about the responsibility of the accused. I recommend a reform of the state contracting law that harmonizes the application of strict liability with the principle of administrative culpability and that exceptions can be made in cases in which the bidder is not factually liable.

**Keywords:** Strict liability, Principle of fault, presumption of innocence and public procurement.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Tuve la oportunidad de trabajar 3 años como asistente legal en la Gerencia de Asesoría Jurídica de la Municipalidad Distrital de Cabana (en adelante el Municipio), la cual es uno de los 21 distritos de la provincia de Lucanas, departamento de Ayacucho, desde el 01 de setiembre de 2017 hasta el 18 de noviembre de 2020.

Precisamente por esta razón, en el ejercicio de mis funciones he tenido la oportunidad de gestionar la expedición de las bases que regirían los procedimientos de selección para la adquisición de bienes y contratación de servicios, así como la evaluación de las ofertas de los postores y el control posterior de la documentación que nos era entregada como parte de las propuestas técnicas y económicas.

La presente investigación tiene por finalidad argumentar a favor de la aplicación del principio de culpabilidad como regla, mientras que la responsabilidad objetiva a la que se refiere la norma de contratación pública debe ser empleada de manera residual.

Lo señalado anteriormente guarda estricta coherencia con los principios que rigen el derecho administrativo sancionador, así como los que persigue la propia contratación pública, a fin de cautelar los derechos del postor, así como los intereses de estado de contar con una amplia cantidad de oferta competitiva que permita incrementar la calidad del servicio a un menor costo. En mi experiencia como funcionario público he tenido la oportunidad de tomar conocimiento sobre múltiples casos en los que los postores han sido sancionados severamente sin que se realiza una correcta evaluación de su culpabilidad.

La aplicación irrestricta de la llamada responsabilidad administrativa objetiva impide a los postores ejercer adecuadamente su derecho de defensa y resulta lesiva al principio de presunción de inocencia, toda vez que, si se asume que la sola producción del hecho acarrea la sanción, no tiene sentido realizar una evaluación de los hechos, menos aún un procedimiento, sino que, la norma sancionatoria terminaría siendo una especie de multa administrativa en lugar de un procedimiento con las garantías mínimas que le asisten al imputado para tutelar sus derechos constitucionales.

De lo anteriormente señalado, surge el problema planteado en el presente trabajo que responde a la pregunta: ¿La aplicación de la responsabilidad objetiva admite excepciones teóricas y prácticas frente a una situación en la que los hechos permiten un análisis de culpabilidad del imputado en un procedimiento administrativo sancionador?, habiendo planteado como problemas específicos: ¿El desconocimiento del principio de culpabilidad administrativa perjudica al mismo estado reduciendo la oferta de los postores y encarece el costo de los productos y servicios que se ofertan en los procedimientos de selección?, ¿Se debe interpretar sistemáticamente la normativa de contratación pública con la del derecho administrativo para evitar sanciones arbitrarias?, ¿La aplicación irrestricta de la responsabilidad objetiva vulnera derechos constitucionales?

Asimismo, el objetivo general es: Demostrar que la aplicación de la responsabilidad objetiva admite excepciones teóricas y prácticas frente a una situación en la que los hechos permiten un análisis de culpabilidad del imputado en un procedimiento administrativo sancionador; habiendo planteado como objetivos específicos: Acreditar que el desconocimiento del principio de culpabilidad administrativa perjudica al mismo estado reduciendo la oferta de los postores y encarece el costo de los productos y servicios que se ofertan en los procedimientos de selección; demostrar que se debe interpretar sistemáticamente la normativa de contratación pública con la del derecho administrativo para evitar sanciones arbitrarias; demostrar que la aplicación irrestricta de la responsabilidad objetiva vulnera derechos constitucionales.

El presente trabajo ha sido esquematizado de la siguiente manera: I: Introducción, II: Marco teórico; III: Metodología; IV: Resultados; V: Conclusiones; VI: Recomendaciones; VII: Referencias y VIII: Anexos.



## II. MARCO TEÓRICO

### 2.1 La contratación administrativa en el Perú y el derecho comparado

En el Perú existe una amplia variedad de tipos contractuales en los que participa el estado. Dentro de estos podemos destacar los contratos en virtud de los cuales se adquieren bienes y servicios, obra pública, concesiones, contratos CAS, obras por impuesto, Asociaciones Público-Privadas-APP, entre otras. Dada esta diversificación de los tipos contractuales en los que participa el estado como parte, en doctrina han surgido grandes dilemas al momento de identificar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos.

Por un lado, un sector de la doctrina plantea que en los contratos administrativos que hemos mencionado el Estado estaría investido de dos personalidades: una pública y la otra privada. Para aquellos que se adscriben a esta corriente doctrinal el estado se encuentra legitimado a celebrar contratos como ente público y poseería prerrogativas exorbitantes atendiendo a la necesidad pública que se debe satisfacer, en tanto que, actuando como privado, no los ostenta y se le deben aplicar las reglas generales de contratación. Sobre el particular, Richard Martin comenta lo siguiente:

(...)de acuerdo con quienes siguen esta postura, existirían por un lado, “contratos administrativos”; y, por el otro, “contratos privados de la administración”, los que se diferenciarían tanto por su naturaleza como por su régimen jurídico. Esta distinción tiene su origen en el derecho Francés, en el que servía como un criterio de distinción a efectos de repartir competencias entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción ordinaria (2013, p. 309)

La segunda teoría postula que el Estado tiene una única personalidad. Quienes se adscriben a este planteamiento sostienen que el estado siempre ostenta un carácter público porque no puede dejar de ser estado ni ejercer su *ius imperium* en caso el interés público lo requiera. Como bien apunta Richard Martin:

La concepción unitaria del contrato administrativo se ubica en contraposición con la concepción dualista del mismo, postulando que los contratos suscritos por el estado son de categoría única, diferenciados

entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen. Para aquellos se adhieren a esta postura, se parte de la premisa que todos los contratos que celebra el estado son “públicos” en la medida en que a todos ellos se les aplica un régimen jurídico específico de derecho público (en estricto, un régimen de derecho administrativo). (2013, p. 316).

Para efectos del presente trabajo vamos a tomar partido por la segunda postura, puesto que, bajo nuestra forma de concebir la contratación pública, el estado no puede desligarse de su esencia, la cual es, actuar con *ius imperium*.

Luego de haber abordado las cuestiones relativas a la naturaleza jurídica de la contratación administrativa, debemos mencionar que la presente investigación encuentra su límite en los tipos contractuales celebrados al amparo del vigente D. S. N° 082-2019-EF, TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (TUO de la Ley) y su Reglamento, Decreto Supremo N° 344-2018-EF (el Reglamento), así como sus antecedentes.

Ahora bien, en este punto consideramos oportuno realizar un breve recuento sobre los procedimientos de selección que dan lugar a la celebración de un contrato al amparo de las referidas normas.

El artículo 21° del TUO de la Ley dispone que una entidad pública puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica, contratación directa y cualquier otro método contemplado en el reglamento. De todos estos procedimientos de contratación, para efectos del presente trabajo nos interesa resaltar en qué consisten 3 de los principales mecanismos utilizando en la práctica jurídica: la licitación pública, el concurso público y la adjudicación simplificada.

El artículo 22.1 del TUO de la Ley señala que la licitación pública es un procedimiento que se lleva a cabo para contratar bienes y obras. De acuerdo con los topes que publica el OSCE, para el año 2021, en el caso de bienes, se recurrirá a una licitación si es que el valor referencial es igual o mayor a S/ 400,000.00, mientras que, si se trata de una obra el valor referencial debe ser igual o mayor a S/ 1`800,000.00.

En el mismo artículo 22.1 del TUO de la Ley se señala que el concurso público se utiliza para la contratación de servicios, siempre que el valor referencial sea igual o mayor a S/ 400,000.00, de acuerdo con los topes que establece el OSCE.

En cuanto a la adjudicación simplificada, de acuerdo con lo regulado en el artículo 23 del TUO de la Ley, esta se utiliza para la contratación de bienes y servicios, con excepción de los servicios que prestarían los consultores individuales o se trate de una ejecución de obra pública cuyo valor estimado o referencial sea: i) Si se trata de bienes, mayor a S/ 35,200.00 y menor a S/ 400,000.00, ii) Si se trata de servicios, mayor a S/ 35,200.00 y menor a S/ 400,000.00; y, iii) Si se trata de obras, mayor a S/ 35,200.00 y menor a S/ 1`800,000.00, siguiendo los topes establecidos por el OSCE para el presente año.

Una vez que hemos identificado los procedimientos de selección en los que se podría materializar un problema de aplicación de responsabilidad administrativa objetiva ante una eventual falta por presentación de documentación falsa o inexacta, consideramos oportuno verificar cómo es que se ha venido regulando el tema en la normativa nacional y comparada. Para tal finalidad empezaremos con el detalle de los casos en los que los postores participan de forma asociativa.

En cuanto a la normativa nacional, nos remontamos al artículo 37° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley 26850, Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (29 de diciembre de 2004 - 31 de enero de 2009), el cual regulaba la facultad de los postores de participar a través de promesas formales de consorcio y respondían de forma solidaria por las faltas que cometiesen. No obstante, en el artículo 296° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley 26850, Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado; se reguló que la sanción solo le era aplicable al postor que cometió la falta, pese a que haya participado de forma consorciada, en la medida que se pudiese individualizar al infractor.

En este primer momento de la normativa de contratación pública advertimos que existía una discordancia entre la ley y su reglamento, puesto que, la primera regulaba la solidaridad, en tanto que, la segunda, disponía la individualización. Evidentemente, por razones de jerarquía normativa prevalecía la ley sobre el reglamento en un eventual caso discordante.

Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo N° 1017, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado (01 de febrero de 2009), el criterio de la solidaridad de los postores se mantuvo, de acuerdo con los términos regulados en su artículo 36. Lo mismo sucedió con la aprobación de la Ley 29873<sup>o</sup>, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017.

A su vez, el artículo 239<sup>o</sup> del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento del D. Leg. N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado (01 de febrero de 2009), contemplaba la posibilidad de que se individualice la responsabilidad de los postores que participaban de forma consorciada, siempre que los hechos permitan realizarlo. Más adelante, esta norma fue modificada por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y se mantuvo el criterio de individualizar en la medida que los hechos permitan hacerlo.

En este segundo momento, el problema identificado en el primero de la evolución histórica de la normativa se mantiene porque, de un lado la ley contempla la solidaridad, mientras que, del otro, el reglamento legitima la posibilidad de individualizar. Nuevamente, por jerarquía normativa, el criterio que prevalece es la aplicación de responsabilidad administrativa solidaria para todos los postores.

Dentro de este desarrollo histórico identificamos un tercer momento que se produjo con la expedición de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado (11 de julio de 2014). Esta norma regulaba de forma expresa en su artículo 13<sup>o</sup> que, los integrantes del consorcio serían responsables solidariamente por las infracciones cometidas durante su participación individual o conjunta en el procedimiento de selección o ejecución contractual.

Por medio del D. Leg. 1341, Decreto Legislativo que modifica la Ley 30225 (3 de abril de 2017), se adoptó una nueva postura respecto de las infracciones cometidas por las empresas que participan de manera consorciada, puesto que, de forma expresa se indicó que la responsabilidad era solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio, o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad.

Posteriormente, la Ley N° 30225 sufrió una nueva modificación, esta vez con la entrada en vigor del D. Leg. 1444 (30 de enero de 2019), la cual dispuso que las

posibilidades de individualizar responsabilidad se remitían a lo que regula el reglamento.

A su vez, el Decreto Supremo N° 350-2015-EF (9 de enero de 2016) regulaba en su artículo 220° que las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato se imputarían a todos los integrantes de este de forma solidaria, a menos que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o el contrato de consorcio se pueda individualizar la responsabilidad.

Posteriormente, a través del D.S. 056-2017-EF, se modificó el D.S. 350-2015-EF (3 de abril de 2017), en virtud del cual el artículo 220° adoptó una nueva regulación. En efecto, a partir de esta modificatoria se reguló la posibilidad de que los postores determinen su responsabilidad en la fase pre y post otorgamiento de buena pro a través de la promesa formal, contrato de consorcio o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto. Luego, concordando el artículo 13 de la Ley con las disposiciones reglamentarias, se establece que la individualización de responsabilidad se determina en función de su literalidad, es decir, si es que los postores han detallado con exactitud cuál es el alcance de su participación en caso participasen como consorciados.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, en este tercer momento desaparece la divergencia entre la ley y la reglamentación, puesto que, ambas normas se encuentran concordadas en cuanto a los criterios que determinan la posibilidad de individualizar responsabilidad. A su vez, esta normativa permite que se incrementen los estándares de autonomía de voluntad de los postores que participan en consorcio, debido a que se encuentran legitimados para detallar los alcances de su participación a partir de una negociación privada entre sus integrantes.

Lo expuesto anteriormente debería permitir que, en caso alguno de ellos incurra en una falta, solo aquel que cometió la infracción causalmente sea sancionado. El problema con esta regulación es que a partir de la promulgación del D.S. 056-2017-EF, se estableció la literalidad como criterio interpretativo en casos de individualización de responsabilidad y se determinó que la carga de probar la ausencia de responsabilidad le corresponde al imputado. Evidentemente, este

criterio altera la lógica de la culpabilidad y la presunción de inocencia, puesto que, se infiere que es la entidad administrativa la que debe probar que un determinado postor incurrió en una falta, mas no este sea el que deba probar un hecho negativo, la no comisión de la falta (prueba imposible).

En la actualidad, la normativa vigente sobre esta materia es el D. S. N° 082-2019-EF, TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, las cuales son concordantes entre sí al señalar que cabe una individualización de responsabilidad de acuerdo con los criterios de literalidad que establece el reglamento.

## **2.2 Los tipos contractuales que emplean los postores durante los procedimientos de selección**

Como se ha visto anteriormente, en el transcurso de un procedimiento de selección los postores ejercen actos de autonomía de la voluntad por medio de las promesas formales y los contratos de consorcio en donde se debería determinar los alcances de la participación de cada postor. Precisamente por esta razón resulta necesario referirnos a estos tipos contractuales con la finalidad de conocer a través de qué medios los postores podrían evitar ser sancionados por una causa que no les resulta imputable.

La promesa formal se caracteriza por ser un contrato preparatorio. En efecto, dadas sus características se encuentra del tipo contractual denominado compromiso de contratar, puesto que, las partes se compelen recíprocamente a celebrar un contrato definitivo en el futuro, el cual debe satisfacer los requisitos establecidos en los artículos 1351 y 1402 del Código Civil.

Por su parte, los principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales regulan en su artículo 2.1.13 lo siguiente sobre los contratos preparatorios: “Cuando en el curso de las negociaciones una de las partes insiste en que el contrato no se entenderá perfeccionado hasta lograr un acuerdo sobre asuntos específicos o una forma en particular, el contrato no se considerará perfeccionado mientras no se llegue a ese acuerdo”.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, un contrato preparatorio se caracteriza por generar una obligación de hacer. Este tipo contractual sirve para

que las partes se vinculen en un momento en el que todavía no es viable material o jurídicamente la celebración de un contrato definitivo. Esto es lo que ocurre en el caso de la promesa formal, puesto que, no tendría sentido incurrir en los costos de un contrato de consorcio si es que los postores no llegan a obtener la buena pro. Por esta razón en los procedimientos de selección los postores suelen presentar un documento denominado promesa formal de consorcio en virtud del cual se obligan a consorciarse si es que llegan a obtener la buena pro.

Ahora bien, la otra categoría jurídica que nos interesa resaltar para efectos del presente trabajo es el contrato de consorcio. Esta figura se encuentra regulada en el artículo 445<sup>o</sup> de la Ley 26887, Ley General de Sociedades, bajo el siguiente tenor:

Es el contrato por el cual dos o más personas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. Corresponde a cada miembro del consorcio realizar las actividades propias del consorcio que se le encargan y aquéllas a que se ha comprometido. Al hacerlo, debe coordinar con los otros miembros del consorcio conforme a los procedimientos y mecanismos previstos en el contrato.

De lo expuesto anteriormente, debemos resaltar que la celebración de un contrato de consorcio no supone la creación de una persona jurídica distinta a los postores. La idea de que este tipo contractual sea aceptado en la contratación pública tiene que ver con el hecho de que este agiliza el proceso de participación de las empresas, dado el tiempo y el costo que supone la creación de una nueva empresa, bajo el riesgo de participar y no ganar la buena pro.

Hasta este punto, hemos podido advertir que los postores ejercen su autonomía de la voluntad para crear diferentes tipos contractuales y delimitar su participación en los distintos procedimientos de selección. De esa manera, los postores evitan caer en la nebulosa de la responsabilidad solidaria objetiva que plantea la normativa de contratación pública como regla general aplicable en caso se detecte una falta vinculada a la presentación de documentación falsa o inexacta.

Sin embargo, pese a que la propia norma es coherente con la posibilidad de evaluar distintos medios de prueba para determinar la responsabilidad de los postores, para

el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el formalismo arbitrario supone una valla muy alta que los postores difícilmente llegan a superar debido a que, la aplicación irrestricta de la literalidad de la normativa de contratación pública nos conduce a una situación que vuelve inútil los intentos por esclarecer los hechos a partir de la delimitación de participación en las promesas formales o contratos de consorcio.

### **2.3 El principio de culpabilidad en los casos de presunta responsabilidad de las personas naturales que participan en un procedimiento de selección**

Como se ha visto anteriormente, a partir de un análisis sistemático y comparado de la normativa vigente sobre la responsabilidad de los postores en la fase previa y posterior a la adjudicación de la buena pro cuando se postula asociativamente, en el Perú cabe la posibilidad de que se individualice la responsabilidad si es que la naturaleza de los hechos y los pactos celebrados por las partes permiten realizar esta tarea a partir de una interpretación literal de los acuerdos.

Es decir, en los casos asociativos, existe la posibilidad de que se analice la culpabilidad de cada postor para determinar la responsabilidad. Si bien es cierto esta posibilidad no se materializa en la práctica porque el OSCE lleva la literalidad a un extremo que impide la individualización (como se verá en la fase de resultados), también es cierto que en el caso de los postores que participan de forma individual no existe una posibilidad de este tipo.

En efecto, en este segundo supuesto, la normativa de contratación pública en el Perú no admite un supuesto de excepción, razón por la cual, en este tipo de casos corresponde recurrir a los principios del derecho administrativo sancionador contemplados en el TUO de la Ley 274444, con la finalidad de que se haga un correcto análisis de los casos y se determine si corresponde o no aplicar una sanción administrativa cuando un postor participa por su cuenta y se le imputa la presentación de documentación falsa o inexacta.

Mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual rige actualmente las actuaciones a nivel administrativo.



Para efectos del presente trabajo nos interesa resaltar que el numeral 10, del artículo 248 del TUO de la Ley 27444 ha regulado el principio de culpabilidad en los siguientes términos: “La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

El aspecto trascendental de este principio se encuentra en la exigencia de un análisis subjetivo para determinar la responsabilidad de un administrado. Esto se debe a que la culpabilidad exige que el juzgador no solo se limite a la verificación del hecho, sino que, además, se analice si la acción ha sido cometida con dolo o culpa por el administrado infractor. Este tipo de análisis es una garantía penal que se debe replicar en el ámbito administrativo sancionador porque no cabe la imposición de una sanción por la sola verificación del hecho, tiene que haber un criterio que legitime la sanción porque de lo contrario esta sería arbitraria.

De lo expuesto anteriormente, se puede apreciar que el derecho administrativo exige la aplicación de responsabilidad subjetiva en el análisis de las presuntas faltas de los administrados, en tanto que, el TUO de la Ley de Contrataciones exige la aplicación de responsabilidad objetiva sin posibilidad de excepciones cuando se trata de un postor individual.

El principio de culpabilidad se vincula a su vez con otro principio trascendente del derecho administrativo sancionador: la causalidad. En efecto, el análisis de la culpabilidad de un administrado supone la evaluación del nexo causal entre el hecho tipificado como falta y la conducta del imputado. Este principio se encuentra regulado en el inciso 8 del artículo 248° del TUO de la Ley 27444 bajo los siguientes términos: “la responsabilidad debe recaer en quien realiza conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”.

La causalidad supone que la sanción a imponerse debe recaer en el administrado que efectivamente cometió la conducta típica y comete la infracción. Es decir, la sanción debe recaer en quien efectivamente incurre en el supuesto típico, y por tanto, no debe ser sancionado aquel quien causalmente no está vinculado al hecho imputado. Así las cosas tenemos el caso de una sanción a una persona jurídica por la comisión de un delito de uno de sus empleados. En la medida que ese empleado ha actuado a su libre albedrío, ¿por qué la empresa debe responder por esos actos

delictivos? No habría relación causal entre el hecho y la empresa si es que en el medio se encuentra un trabajador que ha actuado por sus propios medios desconociendo los lineamientos de la empresa. En ese orden de ideas, se comparte la idea de que en el ámbito administrativo no debería ser posible responsabilizar a una persona por un hecho ajeno.

Ahora bien, como si los principios expuestos anteriormente no fuesen suficientes, se debe tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en diversos pronunciamientos que las garantías del derecho penal son extrapolables al derecho administrativo sancionador. Así, por ejemplo, en el fundamento 12 de la Sentencia 2050-2002-AA/TC se menciona lo siguiente: “Las garantías mínimas que se exigen en el proceso penal son extrapolables, con matices atendiendo a las propias circunstancias de cada caso, al proceso administrativo sancionador, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa”.

En ese orden de ideas, cabe recordar que el artículo VII) del Título Preliminar del Código Penal establece que: “La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”. Bajo esa misma línea, el artículo 14° de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece que: “Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba en las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como en los casos de faltas disciplinarias que denuncie”.

Bajo la lógica que venimos exponiendo, en materia penal y, por ende, también en el procedimiento administrativo sancionador, no cabría la imposición de una sanción sin que la entidad administrativa acredite fehacientemente que el hecho sancionable (la presentación de documentación falsa o inexacta) ha sido cometido por la persona natural o jurídica a la que se le imputa la responsabilidad.

Lo señalado anteriormente, también se vincula con el principio de presunción de inocencia, puesto que, las entidades administrativas que imponen sanciones deben acreditar de manera indiscutible la comisión de la infracción, toda vez que, de no hacerlo, incurrirán en una flagrante vulneración de la Constitución, de tratados internacionales y del propio TUO de la Ley N° 27444.

En efecto, el literal e) del numeral 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú regula lo siguiente: “Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: (...) e. Toda persona es considerada

inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. En esa misma línea, debemos resaltar que el artículo 8.2) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”. Lo mismo sucede en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando en el caso Cantoral Benavides vs Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000 se señala que: “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena [entiéndase prueba suficiente y pertinente] de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla”.

Como se puede apreciar, la falta administrativa requiere de un análisis de culpabilidad a fin de que una sanción sea legítima, caso contrario, la afectación de los derechos del administrado podrían alcanzar incluso afectación de derechos constitucionales como la presunción de inocencia.

### **III. METODOLOGÍA**

#### **3.1 Metodología**

El presente trabajo se desarrolló como una investigación no experimental, cualitativa, deductiva, con un diseño descriptivo y una lógica ex post facto de estudio bajo la aplicación de las técnicas de la exégesis, la dogmática jurídica y el análisis funcional.

Metodológicamente, se ha recolectado casuística y se ha hecho un recuento histórico y comparado de la normativa sobre contratación pública a fin de determinar cuál es la razón por la que el Tribunal de Contrataciones con el Estado viene aplicando el estándar de responsabilidad objetiva en lugar del principio de culpabilidad.

En el desarrollo del presente trabajo se ha empleado el método exegético dado que se requiere analizar las normas que involucran el principio de culpabilidad, así como la responsabilidad objetiva que aplica el Tribunal del OSCE al evaluar las sanciones que le correspondería aplicar en un caso vinculado a presentación de información inexacta o documentación falsa. Asimismo, se requiere recurrir al método dogmático para conceptualizar el tema en cuestión a partir de los aportes de la doctrina nacional y extranjera.

También se ha recurrido al método funcional, puesto que, resulta imprescindible el análisis de la casuística para evaluar cómo es que ha venido resolviendo estos temas tanto el OSCE como el Poder Judicial.

Dado que se trata de un trabajo no experimental no se ha recurrido al trabajo de campo.

En el presente trabajo la metodología empleada nos permitirá apreciar la necesidad de un supuesto de excepción para lo regulado en los literales “i” y “j” del artículo 50.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N° 30225, dispuesto a través del D. S. N° 082-2019-EF (en adelante TUO de la Ley) a través de una reforma normativa y un cambio en el paradigma interpretativo en tanto esta no se produzca.

### **3.2 Tipo de estudio**

La presente investigación es de tipo descriptivo no experimental. Esto se debe a que nuestro trabajo se basa en experiencias tomadas de los casos seleccionados que demuestran el estado de la cuestión. Es a partir de este escenario conocido previamente por el investigador a partir de su experiencia en contratación pública que se han obtenido las premisas que han permitido evaluar el problema y alcanzar los objetivos del trabajo.

### **3.3 Diseño de investigación**

El diseño sobre el cual se sustenta la presente investigación es el método exegético, dogmático y funcional.

El método exegético nos ha permitido evaluar las normas relativas a la aplicación de la responsabilidad administrativa objetiva. A partir de su interpretación, podemos advertir que la literalidad no es suficiente para evaluar los casos en los que se puede analizar la culpabilidad de los postores.

En cuanto al método dogmático, nos permite conceptualizar el tema en cuestión a partir de los aportes de la doctrina nacional y extranjera. Necesitamos sentar las bases teóricas sobre los tipos contractuales en los que se puede aplicar el principio de culpabilidad. Asimismo, se ha recurrido al método funcional, puesto que, ello nos ha permitido conocer la casuística y determinar cómo es que viene razonando el Tribunal de Contrataciones con el Estado cuando se enfrenta a este tipo de casos.

## **IV. RESULTADOS**

### **4.1 ¿Cuáles son las normas que imponen sanción aplicando responsabilidad objetiva?**

El artículo 50.1 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones con el Estado, Ley N° 30225, dispuesto a través del D. S. N° 082-2019-EF (en adelante TUO de la Ley) dispone en sus literales “i” y “j” que se sanciona a los proveedores, postores, contratistas, subcontratistas, etc., en los siguientes supuestos: i) Presentar información inexacta a las Entidades (...), j) Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades (...).

Asimismo, la referida normativa dispone que a las infracciones previstas en el artículo 50.1 del TUO de la Ley se le debe aplicar responsabilidad objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta.

Una vez detectada la infracción aplicando criterios objetivos de evaluación, el literal b) del artículo 50.4 del TUO de la Ley dispone:

Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) (...).

En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.

Como se puede advertir de lo expuesto anteriormente, la presentación de documentación inexacta o falsa acarrea una situación bastante gravosa para el postor, puesto que, se encuentra en una situación en la que se verá impedido de participar en otro procedimiento de selección durante un determinado tiempo.

#### **4.2 Análisis de casuística relativa al problema de la aplicación de responsabilidad objetiva en lugar del principio de culpabilidad.**

Si bien es cierto nos encontramos de acuerdo con una sanción efectiva y severa para quienes incurren en conductas ilícitas en el ámbito administrativo con la finalidad de adjudicarse la buena pro, también es cierto que la determinación de la responsabilidad no podría ceñirse únicamente a la corroboración de la presentación de la documentación falsa o inexacta.

En efecto, el propio artículo 51 del TUO de la Ley dispone que excepcionalmente se podría aplicar criterios que permitan determinar subjetivamente si es que una persona jurídica que actúa de manera individual o de forma consorciada es responsable o no de los hechos que se imputan.

Precisamente, en este punto del análisis entra a tallar el principio de culpabilidad administrativa, toda vez que, en aplicación de esta, el órgano resolutor tendrá que evaluar si la empresa a la que se le imputa una determinada acción es causalmente responsable de ello.

En ese sentido, en la experiencia hemos advertido múltiples casos en los que pudiéndose aplicar el principio de culpabilidad o la individualización de responsabilidad, el OSCE simplemente ha pasado por alto estos criterios y manifiesta que no cabe un análisis subjetivo en el ámbito administrativo regulado por el TUO de la Ley (y sus normas predecesoras).

Con la finalidad de clarificar el panorama sobre el problema advertido, vamos a comentar dos casos en los que el Tribunal del OSCE ha aplicado la regla de la responsabilidad objetiva a rajatabla pudiendo efectuar un análisis de culpabilidad y de esa manera volver más eficiente el sistema de contratación pública.

El primer caso se trata de un procedimiento de selección lanzado por el Banco de la Nación en el que participó como postor la empresa CECHRIZA S.A.C.

El 5 de diciembre de 2018, el Banco de la Nación convocó a la Licitación Pública N° 0010-2018-BN, para la contratación de bienes “Adquisición de Máquinas Contadoras Electrónicas de Billetes”, por un valor referencial de S/ 2´651,000.00 (dos millones seiscientos cincuenta y un mil con 00/100 soles).

El 21 de noviembre de 2018 se llevó a cabo el acto de presentación de ofertas y el 5 de diciembre del mismo año se otorgó la buena pro a favor de dicha empresa. El Contrato con la entidad se celebró el 04 de enero de 2019.

El problema surgió porque a partir de una evaluación posterior realizada por la propia entidad convocante se advirtió que uno de los trabajadores de CECHRIZA S.A.C., Sr. Manuel Ubillús, no sería ingeniero electrónico como se habría manifestado en las declaraciones juradas y documentación que se presentó como parte del expediente del postor.

Este hecho fue corroborado por la propia universidad Ricardo Palma, quienes señalaron a través de una carta que el diploma de bachiller del Sr. Ubillús que se presentó en el procedimiento de selección no fue expedido por ellos, máxime, si en sus registros solo obraba información relativa a que esa persona solo contaba con 19 créditos aprobados en dicha casa de estudios.

A partir de este hecho CECHRIZA perdió la buena pro y se le inició un procedimiento administrativo sancionador por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el numeral 50.1, literales “i” y “j”, presentación de documentación inexacta o falsa.

En sus descargos, CECHRIZA manifestó que actuaron de buena fe, puesto que, ellos también habían sido defraudados por su trabajador. Asimismo, indicaron que esta persona declaró ser ingeniero electrónico al momento de ingresar a trabajar. Esta información constaría en una “Ficha del Trabajador” de fecha 14 de noviembre de 2012 que se le abre a cada persona que ingresa a la empresa.

Adicionalmente señalaron que a partir de la información que obra en esa ficha se puede advertir que el Sr. Ubillús venía trabajando para la empresa desde el 16 de julio de 2012, con lo cual, no cabría la menor duda de que esta persona se hizo pasar por un profesional y la empresa también había sido víctima de su proceder.

Como prueba de la actuación de buena fe, CECHRIZA inició un procedimiento de despido por falta grave y se denunció al Sr. Ubillús ante la autoridad competente. Todo esto fue presentado en el procedimiento administrativo y se indicó que la documentación entregada como parte de la propuesta técnica del postor no fue fabricada, ni inventada por la empresa, sino que, fue entregada por el trabajador para hacerse pasar por un profesional cuando no ostentaba dicha condición.



Pese a este hecho, mediante Resolución N° 0820-2020-TCE-S4 de fecha 10 de marzo de 2020 la cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado resolvió la presente controversia de la siguiente manera:

LA SALA RESUELVE:

1. SANCIONAR a la empresa CECHRIZA S.A.C. con R.U.C. N° 20330799073, por un periodo de treinta y siete (37) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por su responsabilidad al haber presentado documentación falsa e información inexacta; la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente resolución.

Como se puede apreciar, la entidad sancionó a CECHRIZA por haber presentado documentación falsa, pese a que esta empresa aportó los medios de prueba suficientes como para advertir que su intención no era defraudar al estado, sino que, se trataba de un trabajador que llevaba años en la empresa, por lo que, también fue víctima del engaño.

El segundo caso que vamos a exponer con la finalidad de demostrar la problemática situación a la que se enfrentan los postores cuando no se aplica el principio de culpabilidad es el del Consorcio Sol de Marcopata, el cual se encontraba conformada por la empresa Mega Inversiones S.R.L. y Sol de Marcopata S.C.R.L. El 21 de junio de 2013, la Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión, convocó a la Licitación Pública N° 05-2013-UNDAC para la “Contratación de Ejecución de Obra: Construcción e implementación del laboratorio agropecuario de la UNDAC sede Oxapampa”.

De manera previa a su participación en el procedimiento de selección, el 22 de julio de 2013, las empresas Mega Inversiones S.R.L. y Sol de Marcopata S.C.R.L. suscribieron un documento en el cual individualizaron sus responsabilidades de cara a su participación en el procedimiento de selección. Las partes pactaron expresamente lo siguiente: i) MEGA se encargaría de la ejecución de la obra, de presentar la documentación que acredite la experiencia en la ejecución de obras similares; y, ii) SOL DE MARCOPATA estaría encargado de la acreditación de la

experiencia del personal propuesto, así como de la facturación y el aporte financiero, incluyendo la carta fianza de fiel cumplimiento, carta fianza de adelanto directo y carta fianza de adelanto para materiales.

Bajo las reglas que regían este procedimiento de selección (artículo 220° del D.S. 350-2015, modificado por el D.S. 056-2017-EF), las partes se encontraban habilitadas a pactar una individualización de responsabilidad en un documento distinto a la promesa formal o el contrato de consorcio, toda vez que, existían formatos predispuestos para estos últimos.

A través de un control posterior la Universidad convocante advirtió que hubo un problema con las cartas fianza presentadas en el procedimiento de selección, sin embargo, en la medida que esta acción era de entera responsabilidad de la empresa Sol de Marcopata en virtud del acuerdo de individualización que celebraron, no cabría que se sancione también por el mismo hecho a la empresa Mega. No obstante, en sede administrativa, se desconoció el pacto y la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, a través de la Resolución N° 1777-2018-TCE-S1, de fecha 19 de setiembre de 2018 sancionó a ambas empresas inhabilitándolas para contratar con el estado por treinta y siete (37) meses por su responsabilidad solidaria en la presentación de documentación falsa. Posteriormente, esta decisión fue confirmada por la misma Sala a través de la Resolución N° 1995-2018-TCE-S1 de fecha 22 de octubre de 2018.

Al igual que en el caso anterior, hubo oportunidad para aplicar un análisis subjetivo y de esa manera sancionar únicamente a la empresa que incurrió en la infracción, sin embargo, a partir de una irrestricta aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito administrativo se sancionó a ambas empresas por igual.

Como se puede advertir de la casuística expuesta anteriormente, existe una problemática vigente en el ámbito de la contratación pública bajo la ley de contrataciones con el estado que requiere, cuanto menos, una crítica jurídica con la finalidad de variar este criterio y de esa manera se aplique el principio de culpabilidad administrativa cuando los casos así lo ameriten.

### **4.3 La aplicación del principio de culpabilidad administrativa tutela derechos fundamentales de los postores**

En el derecho administrativo sancionador rigen las garantías del proceso penal, y por ende, no se puede dejar de observar que la conducta que se imputa a un postor supone la existencia de un aparente delito o falta administrativa. Para efectos de nuestro trabajo, nos detendremos en el análisis de la falsificación documental, debido a que, esta es la que representa la situación más gravosa para el postor, imponiéndosele una sanción mínima de 36 meses de inhabilitación en caso se le encuentre responsable.

En tal sentido, dado que las garantías del proceso penal son extrapolables al procedimiento administrativo sancionador, nos corresponde remitirnos al tipo penal contemplado en el artículo 427° del Código Penal. Dicha norma exige el cumplimiento del siguiente supuesto típico: i) existencia de un documento falso o adultero, y ii) el propósito de utilizar el documento para defraudar a un tercero

En ese orden de ideas, en la medida que en este tipo de controversias la entidad administrativa suele imputar responsabilidad administrativa de manera absoluta, asumiendo que el postor ha sido quien ha presentado documentación falsa, no podemos dejar de mencionar que este análisis requiere incluir las garantías que el derecho penal ofrece a cualquier justiciable.

Siguiendo esta lógica, se podrá advertir que en el derecho penal se regula taxativamente que el imputado tuvo que haber hecho el documento o adulterar uno verdadero con el propósito de valerse de la falsificación o adulteración y de esa manera obtener un provecho. Por esta razón, la jurisprudencia y la doctrina son concordantes en señalar que este tipo de delito -razonamiento aplicable en el ámbito administrativo- requiere sin lugar a duda que el imputado haya actuado dolosamente.

En efecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, en su R.N. N° 2102-2013, Callao de fecha 23 de enero de 2014 expone que el delito de falsificación de documento exige en el tipo objetivo: i) valerse de un documento falso o adulterado como si fuese genuino; ii) el documento falsificado o adulterado sirva para generar efectos jurídicos o probar un hecho; y, iii) que el uso del documento pueda causar algún perjuicio. En tal sentido, usar un documento supone

realizar una actividad con consciencia y voluntad hacia un fin determinado, esto es, insertarlo en el tráfico jurídico para darle apariencia de legalidad y obtener los efectos deseados sin utilizar los medios legítimos.

De lo expuesto anteriormente, se debe tener en cuenta que la falsedad documental solo resulta trascendente en tanto que el documento entra en el tráfico jurídico o está destinado a entrar en él. Si es que esto no se satisface, no tiene mucho sentido sancionar al presunto responsable del acto. Por esta razón, en el ámbito penal la falsificación solo se sanciona si su finalidad fue introducirse al tráfico mercantil para alterar una situación que, de no haber sido por ese documento, no hubiese producido efectos.

En ese orden de ideas, para que se configure el delito de falsificación de documentos se requiere la realización de una actividad, intencional y externa, dirigida hacia un determinado fin.

Por tal motivo, el Tribunal del OSCE no puede hacer responsable administrativamente a una persona natural o jurídica por un hecho ajeno sobre el cual no tenía conocimiento, sino solo por los que el imputado ha cometido con intencionalidad o dolo. Esto significa que la sanción que se impone en sede administrativa tendría que sustentarse en pruebas que acrediten que el postor fue el que falsificó el documento presentado o tuvo conocimiento de la falsificación para valerse de este, siendo que no basta la mera presentación para imponer la sanción.

En efecto, si es que el Tribunal del Osce no realiza un análisis de culpabilidad se estaría vulnerando el derecho fundamental al debido proceso porque se estarían imponiendo sanciones por la mera verificación de la infracción y la aplicación literal de la norma restringiendo a los administrados la posibilidad de que se evalúe el contexto en el que se cometió la infracción y se determine si realmente amerita una sanción.

El derecho al debido proceso es un derecho fundamental de contenido amplio que se encuentra regulado en el art. 139, inciso 3 de la Constitución Política del Perú, el cual prescribe que son principios y derechos de la función jurisdiccional, la observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva. Como bien apunta el Tribunal Constitucional en su Sentencia N° 04134-2011-PHC/TC, de fecha 03 de mayo de 2012 como:

(...) el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier proceso. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. (...).

Evidentemente, coincidimos en el hecho de que toda persona tiene derecho a un proceso transparente, justo y libre de arbitrariedades, en el cual se tutelen los derechos fundamentales y estos sean garantizados. El debido proceso no es una abstracción sino una realidad que envuelve las garantías civiles, penales y procesales como un todo unitario, que debe encontrarse omnipresente desde los albores de la investigación hasta la ejecución de la sanción, si es que la hubiese.

El respeto por el debido proceso es muy importante en cualquier ámbito procedimental porque este derecho continente se encuentra vinculado con otros derechos fundamentales como la presunción de inocencia, al juez natural e imparcial, el derecho a la no autoincriminación, a ser sancionado si es que se cumple el supuesto de hecho y existe una sanción previa a la comisión de la conducta, a la motivación de las resoluciones, pluralidad de instancias, entre otros. En ello radica la importancia de este derecho.

En el ámbito administrativo, el debido proceso se encuentra regulado en el numeral 1.2) del artículo IV) del título preliminar del T.U.O. de la Ley 27444 bajo el siguiente tenor: “Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”.

En ese orden de ideas, se puede advertir que la aplicación literal de la norma no supone la tutela de los derechos fundamentales y esta lógica es la que respalda la aplicación del principio de culpabilidad. Asimismo, no debemos perder de vista que la aplicación de responsabilidad objetiva en el ámbito administrativo sancionador también supone una restricción del derecho fundamental a probar.

En efecto, el artículo 197° del T.U.O. del Código Procesal Civil, establece lo siguiente sobre este derecho: “Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada”. Lo expuesto anteriormente supone que la valoración probatoria es una garantía del derecho a la prueba o al derecho de probar, en tanto que asegura a las partes que los medios probatorios que se han incorporado válidamente al proceso o procedimiento - en los que se resume su defensa- van a ser destinados para su fin, es decir, para ser valorados de conformidad con el sistema de valoración recogido por el ordenamiento procesal vigente.

El referido artículo 197° es plenamente aplicable en los casos en los que se deba analizar la culpabilidad de un postor en un determinado hecho, puesto que, establece un estándar que debe seguir todo aquel que tenga por función decidir un conflicto de intereses. Por tal motivo, el respeto al método de valoración de los medios probatorios se refleja en la motivación de la resolución administrativa que decide imponer la sanción. La parte imputada tiene la carga de probar los hechos que alega, por su parte, el Tribunal de Contrataciones tiene el deber de fundamentar su decisión a partir de la lógica jurídica y los medios de prueba aportados por el imputado al procedimiento. El principio de valoración de la prueba no permite la aplicación de responsabilidad objetiva porque eso supondría desconocer la posibilidad de ejercer una defensa adecuada de los hechos imputados.

Bajo esa lógica, la “debida motivación” de una decisión es un aspecto clave dentro de las garantías del debido proceso y la prueba. Si la finalidad de aportar una prueba al procedimiento es que esta sea merituada para generar convicción sobre un determinado hecho, no tiene mucho sentido de que exista este derecho si al momento de evaluar la conducta típica solo haría falta advertir que se ha producido el hecho, en este caso la presentación de documentación falsa o inexacta.

Por lo tanto, es indispensable que se analicen las pruebas aportadas por el imputado para acreditar la veracidad de cada uno de los hechos del caso. Luego, estas pruebas deben ser estudiadas globalmente y analizadas comparativamente para obtener una conclusión razonada.

Las decisiones de la entidad administrativa siempre deben fundamentarse con argumentos de derecho y de hecho que se encuentren dentro del marco legal establecido en una norma jurídica. Precisamente, en esto radica el problema de la discrecionalidad en la administración pública, puesto que, una aplicación no razonada de este principio nos podría llevar al absurdo de pensar que la entidad pública es un mero repetidor de lo establecido en la norma, sin embargo, consideramos que esto no se ajusta a la realidad de los hechos y, por ende, debemos dejar de lado ese paradigma.

Lo señalado anteriormente también se vincula con el principio de legalidad. En efecto, una correcta interpretación del principio de legalidad en el ámbito administrativo nos conducirá a concluir que no podemos entender a los funcionarios encargados de dirimir controversias administrativas o requerimientos de los administrados como meros recitadores de la norma. Lo que se debe interpretar sobre este principio es que sirve de marco de referencia para la actuación, sin embargo, esto no significa que el órgano administrativo aplique mecánicamente una consecuencia jurídica sin contemplar las aristas que cada uno de los casos representa.

Lo señalado anteriormente implica que, se presentarán casos en los que la actuación de la entidad administrativa, por el propio mérito de la norma, se limitará a declarar la consecuencia prevista en la norma, y en otras, la propia norma le concederá un margen discrecional para poder decidir por la opción que genere un mayor grado de eficiencia en beneficio del administrado.

Por tal motivo, consideramos que ese margen discrecional que concede el principio de legalidad es el que permite que frente a la inexistencia de un imperativo categórico sobre un determinado punto, el funcionario se encuentra legitimado para analizar todos y cada uno de los medios de prueba aportados por el postor a fin de contrastarlos con los hechos denunciados y de esa manera verificar si

efectivamente existe responsabilidad. La literalidad de la norma no es argumento ni razón suficiente como sancionar objetivamente a un imputado.

En efecto, consideramos que las normas que rigen la actuación de la administración pública no deben ser aplicadas bajo un sustento estrictamente formalista sin atender a las consecuencias nocivas que de ello puede derivar para el ordenamiento jurídico. Las barreras que impone la administración pública a partir de criterios estrictamente formales, ajenos a toda realidad, no hacen más que alejar a las personas naturales y jurídicas de eventuales procedimientos de selección en perjuicio de los intereses del estado.

Cuanto menos formalidad existe en el procedimiento de selección, mejores resultados en la contratación y el trámite. La legalidad administrativa no debe ser entendida más como una excusa o justificación de la arbitrariedad o el excesivo formalismo de la administración pública. Como se ha indicado anteriormente, el margen de discrecionalidad que la propia norma jurídica otorga legítima a la autoridad administrativa para efectuar un análisis que no se restrinja a la literalidad de la norma.

Como se ha visto en los casos que hemos expuesto, el Tribunal del OSCE no suele llegar a un análisis de este tipo y se limita a verificar si la documentación cuestionada se presentó o no, sin advertir que, para que la presentación se produzca han podido suceder distintas situaciones que cambiarían la perspectiva de un caso. Por ejemplo, en el caso de la empresa Cechriza, si se efectuase un análisis de culpabilidad, se caería en la cuenta de que esta empresa fue engañada por su trabajador y este cometió un delito. Por tal motivo, la empresa no debería ser sancionada porque fácticamente ellos también son víctimas de la conducta ilícita del trabajador.

El debido proceso como garantía del derecho a probar y a la debida motivación se vincula intrínsecamente con el concepto de tutela efectiva. El administrado no solo merece un debido proceso, sino también, que sus derechos se tutelen de una manera efectiva. Por tal motivo, el análisis objetivo no es la vía idónea, pues no la satisface.

La tutela jurisdiccional efectiva es un derecho que implica la posibilidad de acceder al sistema jurisdiccional para ejercer o defender una determinada situación jurídica



en función a los particulares intereses de cada parte con sujeción a reglas predeterminadas en el ordenamiento procesal a través de un proceso que debe satisfacer las garantías mínimas para que se produzca la efectiva realización de la pretensión planteada.

Cuando se hace referencia a la efectividad de la tutela, este no es solo un logotipo o un emblema de la tutela jurisdiccional, se trata de un aspecto clave en su concepción porque no cabe hablar de tutela de un derecho si es que esta no es efectiva. No se puede concebir un derecho a la tutela jurisdiccional si es que este solo permite acceder al sistema y obtener un pronunciamiento sin considerar, por ejemplo, un plazo razonable para la expedición de la decisión.

En ese orden de ideas, consideramos que lo relevante en un proceso, sea este civil, penal, administrativo o constitucional, es la posibilidad de que cuando este finalice quien accionó encuentre satisfecho su interés si es que probó tener la razón. Lamentablemente los procesos judiciales en el Perú adolecen de efectividad y suelen ser una tortura para los litigantes por el tiempo que demandan y los formalismos que se debe cumplir. No obstante, a nivel judicial el criterio de evaluación es más flexible y permite un análisis más profundo del caso.

Así por ejemplo en el caso del Consorcio Sol de Marcopata, al cual nos hemos referido anteriormente, a nivel jurisdiccional se revirtió el criterio del Tribunal del OSCE y se expidió un pronunciamiento aplicando el principio de culpabilidad. Recordemos que en este caso las empresas Mega y Sol de Marcopata fueron sancionadas en igualdad de condiciones, pese a la existencia de un acuerdo de individualización de responsabilidad que evidenciaba que el único responsable por la comisión de la falta era la segunda. No obstante, a partir de la aplicación de la responsabilidad objetiva, se sancionó a ambas en primera y segunda instancia administrativa.

Posteriormente, el caso se llevó al ámbito jurisdiccional a través de una demanda contenciosa administrativa. En esta fase la competencia fue asumida por el Cuarto Juzgado Contencioso Administrativo de Lima. El caso se tramitó bajo número de Expediente 13224-2018. Así, dicho órgano jurisdiccional expidió su sentencia, contenida en la Resolución N° 9 de fecha 30 de enero de 2020, mediante la cual se declaró fundada la demanda y, por tanto, se declaró la nulidad de la Resolución N°

1995-2018-TCE-S1 de fecha 22 de octubre de 2018 (pronunciamiento de segunda instancia administrativa).

En síntesis, lo que el juez declaró en su sentencia de primera instancia fue que el acuerdo de individualización de responsabilidad de los consorciados debe respetarse, valorarse y analizarse para determinar correctamente si el hecho le resulta imputable a un determinado postor. Esto se debe a que un acuerdo de este tipo es creado con la finalidad de que los postores deslinden responsabilidades y uno no sea sancionado por culpa del otro.

En ese sentido, el juzgador manifestó que el acuerdo de individualización responde a lo regulado en el artículo 220 del D.S. 350-2015-EF, Reglamento de la Ley 30225, modificado por el D.S. 056-2017-EF, relativo a la posibilidad de individualizar responsabilidad a través de cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, distinto a la promesa formal y al contrato de consorcio. Esto suponía que, no solo fácticamente había la posibilidad de distinguir entre la culpa de una y otra empresa, sino también jurídicamente la norma aplicable permitía hacer esa distinción.

De lo expuesto anteriormente, podemos advertir que el órgano jurisdiccional -razonablemente- flexibilizó el carácter objetivo con el cual el OSCE sanciona en el ámbito administrativo y realizó un análisis de culpabilidad que permitió determinar que solo una de las empresas debía ser sancionada. Es decir, se ponderó la culpabilidad sobre la rigurosidad formal que suele estar impregnada en los pronunciamientos de las entidades administrativas.

Por esta razón, lo que debe procurar la entidad presuntamente afectada y el OSCE al momento de evaluar la presunta falta de un postor es utilizar la mayor cantidad de mecanismos a disposición para evitar que exista la más ligera duda sobre la responsabilidad de un administrado. Evidentemente, la interpretación literal a la que nos hemos referido en reiteradas oportunidades no coadyuva a esta finalidad y por ende el análisis debe ser más profundo para verificar si efectivamente el imputado se encuentra dentro de la conducta típica, si hay causalidad, y, por ende, si es culpable.

Consideramos que la piedra angular de cualquier sistema de contratación, sea en el ámbito público o privado, es la autonomía de la voluntad. En virtud de esta

autonomía los sujetos de derechos se vinculan entre sí para cooperar mutuamente y satisfacer sus particulares intereses. Esta lógica no cambia si se trata de contratación pública porque, mientras que al estado le interesa que el privado cumpla con su prestación para que este pueda satisfacer necesidades públicas, el privado busca obtener un rédito por esta actividad. Si es que el privado es sancionado arbitrariamente por situaciones que escapan de su esfera de control, esto generará un incremento en los costos de su oferta y se perderán los incentivos para participar en los procedimientos de selección.

En tal sentido, el análisis de la culpabilidad no solo repercute en el ámbito jurídico, sino que, alcanza el plano económico. De ahí la importancia por modular la actitud inquisitiva del OSCE y procurar un garantismo en favor de la preservación de ofertas competitivas y la generación de incentivos para que más y mejores empresas busquen participar en los procedimientos de selección.

## **V. CONCLUSIONES**

1. En el desarrollo del presente trabajo se ha acreditado que la aplicación de la responsabilidad objetiva en el ámbito administrativo admite excepciones teóricas y prácticas frente a una situación en la que los hechos permiten un análisis de culpabilidad del imputado en un procedimiento administrativo sancionador.
2. Se ha acreditado casuísticamente que el desconocimiento del principio de culpabilidad administrativa perjudica al mismo estado reduciendo la oferta de los postores y encarece el costo de los productos y servicios que se ofertan en los procedimientos de selección. A mayor cantidad de sanciones arbitrarias, menores incentivos de los postores para postular en los procedimientos de selección que lanza el estado.
3. Para una correcta aplicación del principio de culpabilidad se debe interpretar sistemáticamente la normativa de contratación pública con la del derecho administrativo para evitar sanciones arbitrarias y se sancione a quien realmente corresponde.
4. Se ha demostrado doctrinaria y jurisprudencialmente que la aplicación irrestricta de la responsabilidad objetiva vulnera derechos constitucionales, tales como la presunción de inocencia, el debido proceso, motivación, tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

## **VI. RECOMENDACIONES**

Se propone reformar los literales “i” y “j” del inciso 1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado, con la finalidad de que se deje de lado la aplicación de responsabilidad administrativa objetiva y se implemente el análisis de culpabilidad en los casos en los que se impute al postor la responsabilidad por presentar documentación falsa o inexacta.

Se recomienda implementar una solución legal que permita reafirmar que la carga de probar la culpabilidad de algún postor recae en la entidad, mas no en el imputado. Esto en concordancia con los principios constitucionales de presunción de inocencia, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

## VII. REFERENCIAS

- Arias-Schreiber, M. (2006). *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984*. Tomo I. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Arias-Schreiber, M. (1996). *Los contratos modernos*. Segunda edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000). Caso Cantoral Benavides vs Perú. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Recuperado de: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_69\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf)
- Danos, J. (2006). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de derecho administrativo*. Lima, Perú: Facultad de Derecho PUCP, pp. 9-44.
- De la puente, M. (2017). *El contrato en general*. Tomo I y II. Lima, Perú: Palestra.
- Díez-Picazo, L. (2010). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Tomo IV. Pamplona, España: Civitas.
- Gómez, M. y Sanz, I. (2010). Derecho Administrativo sancionador. Parte General. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo. 2º edición. Pamplona, España: Thomson Reuters.
- Martin, R. (2013). El laberinto estatal: historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. *Revista de derecho administrativo N° 13*. Lima, Perú: Círculo de Derecho Administrativo, pp. 305-353.
- Messineo, F. (2007). *Doctrina general del contrato*. Lima, Perú: Ara.
- Morales, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. Tesis de doctorado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú). Repositorio institucional. Recuperado de [http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES\\_HERVIAS\\_ROMULO\\_PATOLOGIAS\\_CONTRATO.pdf?sequence=1](http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/4682/MORALES_HERVIAS_ROMULO_PATOLOGIAS_CONTRATO.pdf?sequence=1)
- Morón, J. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, tomo II. Lima, Perú: Gaceta Jurídica, pp. 448-449.
- OSCE (2021). Topes (\*) para cada procedimiento de selección para la contratación de bienes, servicios y obras – régimen general. Recuperado de:

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1510672/Topes%202021.pdf>  
[.pdf](#)

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General. Traducción por Luzón, M.* Tomo I. Madrid, España: Civitas.

Saavedra, R. (2019). ¿Autonomía de la voluntad vs. Autonomía de los particulares?: ideas, configuración y límites. Recuperado de: <https://ius360.com/columnas/autonomia-de-la-voluntad-vs-autonomia-de-los-particulares-ideas-configuracion-y-limites/>

UNIDROIT (2010). Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. Recuperado de: <https://www.internationalcontracts.net/documentos-derecho-internacional/Principios-UNIDROIT-sobre-Contratos-Comerciales-Internacionales.pdf>

Zatti, P. (2005). Las Situaciones Jurídicas de Paolo Zatti. *Revista Jurídica del Perú* Año LV N°64 Setiembre-October 2005.

## VIII. ANEXOS

### Anexo A: *Propuesta de Reforma Legal*

#### Reforma Legal

El ciudadano Carlos César Vera Moya, junto con el 0.3% de la población electoral, ejerciendo el derecho a la iniciativa legislativa conforme al artículo 2, inciso 17 de la Constitución Política del Perú de 1993, en concordancia con el artículo 11 de la Ley N° 26300, “Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadano”, presentan la siguiente propuesta legislativa.

#### **Fórmula legal**

#### **Ley que modifica los literales “i” y “j” del inciso 1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado:**

El Congreso de la República ha dado la ley siguiente:

Artículo 1. Modifíquense los literales “i” y “j” del inciso 1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado:

#### “TÍTULO VI

#### RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

#### Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

i) Presentar **con conocimiento de causa** información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas–Perú Compras. En el caso de las Entidades siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una



ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP) o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el beneficio o ventaja debe estar relacionada con el procedimiento que se sigue ante estas instancias. **La carga de probar la culpabilidad del postor recae en la dependencia competente del OSCE.**

j) Presentar **con conocimiento de causa** documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas– Perú Compras. **La carga de probar la culpabilidad del postor recae en la dependencia competente del OSCE.**

(...)”.

### **Disposición Complementaria**

**Única.** - Las derogatorias

Deróguese toda norma y disposición legal que se oponga a la presente ley.

### **Exposición de motivos**

Problemática de la regulación actual

Los literales “i” y “j” del inciso 1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones con el Estado regulan la responsabilidad administrativa objetiva, puesto que, contemplan sanciones por la mera presentación de documentación falsa o inexacta por parte de los postores.

No obstante, lo que no se analiza es el hecho de que cada caso representa un horizonte particular y no siempre la presentación de un documento falso o adulterado responde a la necesidad del postor de querer obtener una ventaja en el procedimiento de selección.

Por esta razón es importante que el análisis de los distintos tribunales del OSCE alcance la determinación de la culpabilidad de los postores, siendo que, es la entidad quien debe probar la responsabilidad del imputado.

### **Análisis costo-beneficio**

La aprobación de la presente reforma legal no ocasionará gasto alguno al estado. Por el contrario, implica un tremendo beneficio jurídico, social y económico.

En ese sentido, se pueden deducir varios efectos positivos de la aplicación de esta propuesta:

- ✓ Al reducirse las sanciones arbitrarias producto de un análisis objetivo del hecho imputado, se incrementarán los incentivos para que más y mejores postores participen de los procedimientos de selección.
- ✓ Con la participación de más postores, se genera una competencia por la obtención de la buena pro que redundará en menores precios en las ofertas.
- ✓ Se tutelarán derechos constitucionales como la libertad de trabajo, la presunción de inocencia, la tutela jurisdiccional efectiva, entre otros.

### **Efecto de la vigencia de la norma sobre la legislación nacional**

El presente proyecto no vulnera ninguna norma de carácter constitucional, ni normas respecto a la iniciativa legislativa ya que no se está afectando ningún derecho humano, tampoco se está recortando alguno, ni contraviniendo normas de orden internacional; lo que se pretende con esta propuesta es justamente establecer una normativa acorde con la realidad y la situación compleja que atraviesa el país, de tal manera de que las empresas no pierdan el incentivo de participar y competir en los procedimientos de selección.



**UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO**

**FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES  
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**Declaratoria de Originalidad del Autor**

Yo, VERA MOYA CARLOS CESAR estudiante de la FACULTAD DE DERECHO Y HUMANIDADES de la escuela profesional de DERECHO de la UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO SAC - LIMA ESTE, declaro bajo juramento que todos los datos e información que acompañan el Trabajo de Suficiencia titulado: "El principio de culpabilidad administrativa frente a la responsabilidad objetiva de los postores bajo la ley de contrataciones con el Estado", es de mi autoría, por lo tanto, declaro que el Trabajo de Suficiencia:

1. No ha sido plagiado ni total, ni parcialmente.
2. He mencionado todas las fuentes empleadas, identificando correctamente toda cita textual o de paráfrasis proveniente de otras fuentes.
3. No ha sido publicado, ni presentado anteriormente para la obtención de otro grado académico o título profesional.
4. Los datos presentados en los resultados no han sido falseados, ni duplicados, ni copiados.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de la información aportada, por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas vigentes de la Universidad César Vallejo.

<b>Nombres y Apellidos</b>	<b>Firma</b>
VERA MOYA CARLOS CESAR <b>DNI:</b> 72143913 <b>ORCID</b> 0000-0002-5783-0617	Firmado digitalmente por: CCVERAV el 16-07-2021 21:57:19

Código documento Trilce: INV - 0258725