



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contratación
del Estado



Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

Sumilla:

"La posibilidad de aplicar retroactivamente normas que no estuvieron vigentes al momento de la comisión de la infracción, depende de que el nuevo marco normativo represente un beneficio concreto para el administrado, no bastando simplemente comparar en abstracto los marcos normativos; es decir, no es suficiente la comparación de los marcos sancionatorios establecidos en cada figura, sino que es preciso considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma".

Lima, 19 JUL. 2017

VISTO en sesión del 19 de julio de 2017, de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1945-2016.TCE, sobre la solicitud de la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C., referido a la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225, y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 2728-2016-TCE-S4¹ del 16 de noviembre de 2016, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado sancionó a la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C., con once (11) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, al haberse determinado que presentó información inexacta como parte de su oferta en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 12-2016-SMV – Primera Convocatoria, convocada por la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV, en adelante **la Entidad**, para la contratación del servicio de "Actualización e implementación del plan de continuidad del negocio de la SMV", en lo sucesivo el **procedimiento de selección**.
2. Con Escrito N° 6 presentado el 28 de noviembre de 2016² ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la empresa M & T CORPORATION DEL PERU S.A.C., en lo sucesivo **el Proveedor**, interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016.
3. Por decreto del 1 de diciembre de 2016³, se puso a disposición de la Cuarta Sala del Tribunal el recurso de reconsideración presentado por el Proveedor.
4. Mediante Resolución N° 2992-2016-TCE-S4⁴ del 21 de diciembre de 2016, se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto por el Proveedor, contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 y, en consecuencia, se confirmó ésta en todos sus extremos.

¹ Obrante a folios 645 al 663 del expediente administrativo.

² Obrante a folios 357 al 373 del expediente administrativo.

³ Obrante a folios 743 del expediente administrativo.

⁴ Obrante a folios 816 al 829 del expediente administrativo.



5. Mediante Escrito N° 8 presentado el 4 de abril de 2017 ante el Tribunal⁵, el Proveedor solicitó se aplique retroactivamente el Decreto Legislativo N° 1341, respecto a la tipificación de la infracción. Para tales efectos señaló lo siguiente:
- a. El 21 de diciembre de 2016, el Tribunal impuso a su representada, una sanción de inhabilitación temporal de once (11) meses por presuntamente haber presentado documentación inexacta, consistente en el Anexo N° 02 – Declaración Jurada (Art. 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones), el cual cumplía con un requisito, configurándose así la causal de infracción tipificada en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225.
 - b. Sin embargo, el 7 de enero de 2017, fue publicado el Decreto Legislativo N° 1341, que modificó el artículo 50 de la Ley N° 30225, respecto a la tipificación de la infracción referida a la presentación de información inexacta.
 - c. En cuanto al artículo derogado, la infracción por presentación de información inexacta se constituía siempre que el documento presentado esté relacionado con un requisito, mientras que en su modificatoria se establece que para su configuración éste debe estar relacionado con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación; por lo tanto, la infracción prevista en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, ya no configura una infracción.
 - d. Agrega, que existe una diferencia entre requisito y requerimiento. El Reglamento, en su anexo de definiciones, señala que requerimiento es la *"solicitud del bien, servicio en general, consultoría u obra formulada por el área usuaria de la Entidad que comprende las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico de obra, respectivamente, así como los requisitos de calificación que corresponda según el objeto de contratación"*.
 - e. El Anexo N° 02 – Declaración Jurada (Art. 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones), es un requisito como así ha sostenido el Tribunal en la Resolución N° 2728-2016-S4, y no un requerimiento como señala la tipificación en la norma modificada.
 - f. El principio de retroactividad benigna también resulta aplicable a sanciones que se encuentran en ejecución; al respecto, el segundo párrafo del numeral 5 del artículo 230 de la Ley N° 27444, modificada por Decreto Legislativo N° 1272, precisa su aplicabilidad en el tiempo; esto es, antes, durante o después de impuesta la sanción (sanciones en ejecución), debido que al ser las sanciones manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, a este principio también le son extensivos los alcances de la Ley Penal.

⁵ Obrante a folios 838 al 846 del expediente administrativo.

Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

6. Mediante Memorando N° 568-2017/TCE⁶ del 21 de abril de 2017, la Presidencia del Tribunal dio instrucciones a la Secretaría del Tribunal respecto de los escritos presentados por los administrados, relacionados con la aplicación de las modificatorias incorporadas a la Ley del Procedimiento Administrativo General y a la Ley de Contrataciones del Estado; precisando que mediante el Acuerdo de Sala Pena N° 3-2015/TCE se estableció que la competencia sobre los expedientes es de la Sala asignada por el Sistema Informático del Tribunal, debiendo ser remitidos dichos escritos a las Salas respectivas para éstas dispongan lo pertinente.
7. Con decreto del 6 de junio de 2017⁷, se puso a disposición de la Cuarta Sala del Tribunal la solicitud presentada por el Proveedor el 4 de abril de 2017.

8. Por decreto del 19 de junio de 2017, la Cuarta Sala solicitó la siguiente información:

A LA PROCURADURÍA PÚBLICA DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO:

Sírvase informar si la empresa M & T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C., ha iniciado algún proceso judicial contra la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4 del 21 de diciembre de 2016, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, emitida por la Cuarta Sala del Tribunal, que dispuso sancionarla con inhabilitación temporal por un periodo de once (11) meses en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

*De ser afirmativa su respuesta, sírvase **remitar** el o los documentos que así lo acrediten, debiendo **informar** el estado situacional actual de dicho proceso judicial.*

A LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE BIENES ESTATALES:

Sírvase informar si la empresa M & T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C., ha iniciado algún proceso judicial contra la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4 del 21 de diciembre de 2016, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, emitida por la Cuarta Sala del Tribunal, que dispuso sancionarla con inhabilitación temporal por un periodo de once (11) meses en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

*De ser afirmativa su respuesta, sírvase **remitar** el o los documentos que así lo acrediten, debiendo **informar** el estado situacional actual de dicho proceso judicial.*

9. Mediante Oficio N° 65-2017/SBN-OAF-SAA del 23 de junio de 2017, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, manifestó que no corresponde a su representada atender la información requerida, toda vez que el procedimiento de aplicación de sanción es seguido entre la Superintendencia del Mercado de Valores y el Proveedor.

10. Por decreto del 23 de junio de 2017, la Cuarta Sala solicitó la siguiente información:

⁶ Obrante a folios 847 del expediente administrativo.

⁷ Obrante a folios 847 del expediente administrativo, recibido el 16 de junio de 2017.



i) Déjese sin efecto el decreto del 19 de junio de 2017, respecto del requerimiento efectuado a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE BIENES ESTATALES; y,

ii) Requíerese a la **SUPERINTENDENCIA DEL MERCADO DE VALORES - SMV**, lo siguiente:

Sírvase informar si la empresa **M & T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C.**, ha iniciado algún proceso judicial contra la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4 del 21 de diciembre de 2016, que resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, emitida por la Cuarta Sala del Tribunal, que dispuso sancionarla con inhabilitación temporal por un periodo de once (11) meses en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

De ser afirmativa su respuesta, sírvase **remitir** el o los documentos que así lo acrediten, debiendo **informar** el estado situacional actual de dicho proceso judicial.

11. Mediante Memorando N° 535-2017-PROC del 23 de junio de 2017, presentado el 3 de julio de 2017 ante el Tribunal, el Procurador Público del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, manifestó que el 10 de mayo de 2017, el Décimo Cuarto (14°) Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente N° 04451-2017), admitió a trámite la demanda interpuesta por el Proveedor, cuya pretensión es la nulidad de las Resoluciones N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016 y N° 2992-2016-TCE-S4 del 21 de diciembre de 2016, por las cuales se sancionó y confirmó, respectivamente, imponer sanción de inhabilitación temporal de once (11) meses en su derecho de participar en los procesos de selección y contratar con el Estado.

Precisa, que el 24 de mayo de 2017, presentaron oportunamente la contestación de la demanda, encontrándose pendiente se les notifique el proveído del mismo.

ANÁLISIS:

1. Es materia del presente análisis, la solicitud de aplicación del principio de retroactividad benigna presentada por el Proveedor, respecto a la sanción de once (11) meses de inhabilitación temporal que fuera impuesta mediante la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, por la comisión de la infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, al haber presentado información inexacta como parte de su oferta en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 12-2016-SMV – Primera Convocatoria; hecho que se habría producido cuando se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante **el Reglamento**.

Sobre el pedido de aplicación del principio de retroactividad benigna

2. Como marco referencial, debe tenerse presente que el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, en adelante **el TUO de la LPAG**, contempla el principio de irretroactividad,

Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

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".

Dicho principio determina que en los procedimientos administrativos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción y, como excepción, se admite la posibilidad de aplicar una nueva norma que ha entrado en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción, siempre que ésta resulte más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa.

La posibilidad de aplicar retroactivamente normas que no estuvieron vigentes al momento de la comisión de la infracción, depende de que el nuevo marco normativo represente un beneficio concreto para el administrado, no bastando simplemente comparar en abstracto los marcos normativos, conforme explican Gómez Tomillo y Sanz Rubiales "Hay que operar en concreto y no en abstracto; es decir, no es suficiente la comparación de los marcos sancionatorios establecidos en cada figura, sino que es preciso considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma"⁸.

Consecuentemente, si la nueva norma no reporta ningún beneficio a la situación del administrado, carece de objeto que se aplique retroactivamente dado que no es más favorable, pues aunque, en abstracto, establezca disposiciones sancionadoras que puedan aparecer en términos generales como más benignas, lo que se requiere para la aplicación retroactiva de la nueva norma, es que le reporte, de manera concreta, una consecuencia más ventajosa.

El TUO de la LPAG ha precisado en qué aspectos una nueva norma puede aplicarse retroactivamente para favorecer al presunto infractor o al infractor; así, el referido principio de irretroactividad establece que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo tanto en lo referido a: i) la tipificación de la infracción como a la sanción, ii) sus plazos de prescripción, y iii) respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

La Opinión N° 119-2017/DTN ha establecido que: *"el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente para conocer, evaluar y resolver las solicitudes de aplicación del principio de 'Irretroactividad' a las sanciones administrativas impuestas en el marco de sus competencias, incluyendo aquellas sanciones que se encuentran en etapa de ejecución; ello en virtud a la potestad sancionadora que le ha sido conferida -de manera exclusiva- a través de la normativa de contrataciones del Estado. (...) el Tribunal es competente para determinar si, en virtud del plazo transcurrido, debe tenerse por cumplida la sanción impuesta por dicho órgano, según el caso concreto"*.

3. En ese contexto, corresponde analizar si en el presente caso, la normativa de contratación pública vigente resulta más beneficiosa a la situación del Proveedor, quien ha señalado que de

⁸ GÓMEZ TOMILLO, Manuel & SANZ RUBIALES, Íñigo. Derecho Administrativo Sancionador Parte General, Thomson Reuters, España, 2010, pág. 185.



acuerdo a los nuevos alcances de la infracción referida a la presentación de información inexacta, el hecho inicialmente atribuido no podría configurar como una infracción.

Sobre la configuración de la infracción

4. Al respecto, el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, se configuraba siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros; la cual prevé una sanción no menor de tres (3) meses ni mayor a treinta y seis (36) meses.
5. Por otro lado, el 3 de abril de 2017 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 7 de enero de 2017, el cual modificó la Ley, entre otros, respecto de los supuestos de hecho referidos a la presentación de documentación con información inexacta.

Así tenemos que el literal i) de la Ley N° 30225, modificada, establece lo siguiente:

"Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores, siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.
(...)."

(El subrayado es agregado).

Atendiendo a lo expuesto, corresponde verificar si bajo los nuevos elementos incorporados al tipo infractor en mención, se mantiene la configuración de la infracción por la que se sancionó al Proveedor.

Cabe precisar, que en este estadio del procedimiento (ejecución), no corresponde analizar nuevamente si el documento cuestionado contiene o no información inexacta, en la medida que dicha circunstancia ya fue determinada en la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4, confirmada mediante Resolución N° 2992-2016-TCE-S4, en las que se concluyó que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016⁹, contiene información inexacta; por cuanto el Proveedor manifestó no tener impedimento para contratar con el Estado conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley;

⁹ Obrante a folios 272 del expediente administrativo.

Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

no obstante, si se encontraba impedido de participar en el procedimiento de selección y suscribir contrato con la Entidad, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, en concordancia con el literal l) del artículo 11 de la Ley, hecho que tampoco ha sido cuestionado en la solicitud que ha dado lugar al presente pronunciamiento.

En ese sentido, tan sólo se evaluará si el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, cuyo contenido es inexacto, se encuentra relacionado con *el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación y si representa alguna ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual*; ello, considerando que estos son los nuevos elementos que han sido incorporados al tipo infractor por la Ley modificada.

6. En lo concerniente a la vinculación del documento con un requerimiento o factor de evaluación, de la revisión de la oferta del Proveedor, se aprecia que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, fue presentado para acreditar un requisito de presentación obligatoria para la admisión de su oferta, de conformidad con lo establecido en el literal a.2) inciso 2.2.1.1 del numeral 2.2.1 de la sección específica de las bases integradas.
7. El cumplimiento del requerimiento al que se hace alusión en la Ley modificada, se encuentra referido tanto a lo requerido por la Entidad como por lo previsto en la normativa de contrataciones públicas. En este último caso, en el literal a) del numeral 1 del artículo 31, concordado con lo previsto en el artículo 53 del Reglamento (así como en la modificación del Reglamento), se señala que la oferta debe contener como mínimo, para la admisión de la misma, la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.
8. En el caso concreto, se verifica que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016 presentado por el Proveedor a la Entidad, se encuentra relacionado al cumplimiento de un requerimiento (independientemente que la oferta haya sido o no admitida), toda vez que, según el tipo infractor, no se requiere adicionalmente que quien presentó la información inexacta cumpla efectivamente con dicho requerimiento), acreditándose de este modo, uno de los nuevos elementos del tipo infractor incorporados mediante la Ley N° 30225, modificada.
9. En cuanto a la representación del beneficio o ventaja en el marco de un procedimiento de selección, cabe indicar que, si bien la propuesta del Proveedor fue descalificada, ello no descarta que la presentación del citado anexo con información inexacta, estuvo orientada a la obtención de un beneficio para el citado proveedor - como es la admisión de su oferta - y como consecuencia de ello, un puntaje que lo benefició con la buena pro en el procedimiento de selección. Ello, sobre la base de una falsa percepción del Comité de Selección respecto a la presentación de un documento que, según las Bases tenía carácter de obligatorio.



10. Bajo tales consideraciones, se advierte que aun considerando los nuevos elementos del tipo infractor incorporados por la Ley modificada, la infracción igualmente se configuraría toda vez que se subsume en el supuesto de hecho vigente para la infracción referida a la presentación de información inexacta; en este sentido, en virtud de este aspecto (la variación de la tipificación de la infracción) la Ley modificada no reporta ningún beneficio concreto al Proveedor.

Sobre la sanción impuesta

11. Al respecto, cabe recordar que de acuerdo a lo que se estableció en el literal b) del numeral 50.2 de la Ley N° 30225, el rango de sanción previsto por presentación de información inexacta era de tres (3) a treinta y seis (36) meses.

Con la dación de la modificatoria de la Ley N° 30225, el periodo de sanción no ha variado manteniéndose el rango establecido en la norma primigenia.

12. Como se advierte, el parámetro de sanción por presentación de información inexacta se mantiene con la modificatoria de la Ley; en ese sentido, considerando que tanto la norma primigenia como su modificatoria tienen el mismo periodo de sanción para la causal de infracción por presentación de documentos con información inexacta, la modificatoria a la Ley, en ese extremo, no beneficia de manera concreta al Proveedor, es decir, no resulta más favorable a su situación, por lo que no corresponde aplicar retroactivamente el Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley N° 30225.

Consecuentemente, cabe anotar que la sanción impuesta por este Tribunal mediante la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 (confirmada mediante la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4), resulta válida, así como los efectos desplegados hasta el momento, no habiendo ninguna medida judicial de carácter provisional o pronunciamiento que haya suspendido sus efectos o haya declarado su invalidez.

En consecuencia, al no resultar favorable la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo N° 1341, que modifica la Ley, no corresponde variar la tipificación de la infracción ni la sanción impuesta al Proveedor a través de la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4, de once (11) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y Violeta Lucero Ferreyra Coral, y atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 498-2016-OSCE/PRE del 29 de diciembre de 2016, publicada el 30 de diciembre de 2016 en el Diario Oficial El Peruano, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Ley N° 30225, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por mayoría;



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contratación
del Estado

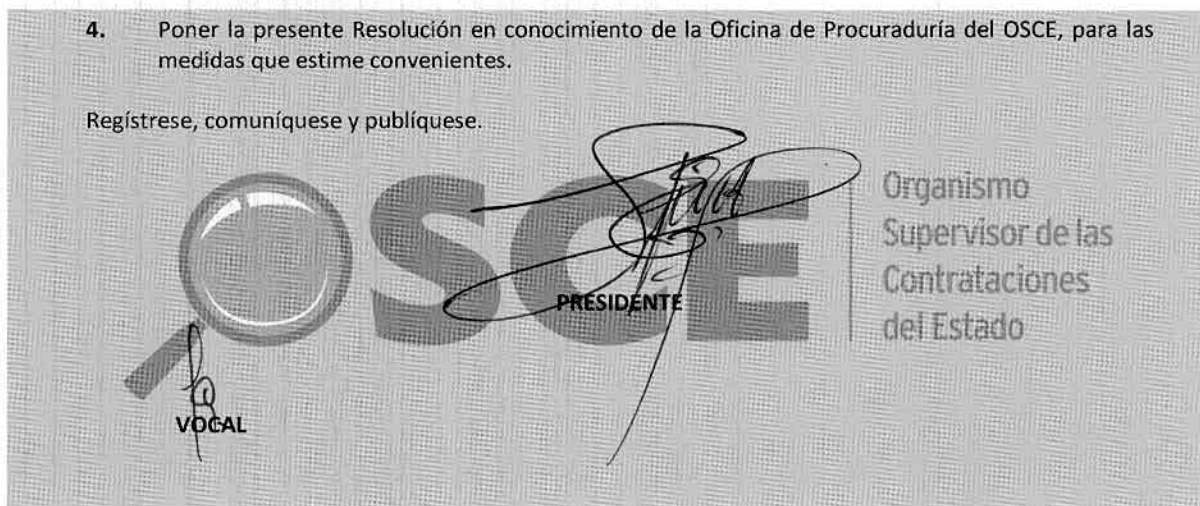


Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar no ha lugar a la solicitud de la empresa M&T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C. (RUC N° 20600832574), para aplicar retroactivamente el Decreto Legislativo N° 1341 que modifica la Ley N° 30225; por los fundamentos expuestos.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento de la empresa M&T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C. (RUC N° 20600832574).
3. Archívese el presente expediente, en atención a los argumentos expuestos.
4. Poner la presente Resolución en conocimiento de la Oficina de Procuraduría del OSCE, para las medidas que estime convenientes.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



Ss.
Inga Huamán,
Rojas Villavicencio.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12".



VOTO EN DISCORDIA DE LA VOCAL VIOLETA LUCERO FERREYRA CORAL
Expediente N° 1945-2016.TCE.

La suscrita, discrepa respetuosamente de los planteamientos formulados por la mayoría en lo que atañe a la configuración de la infracción por la presentación de documentación con información inexacta, en aplicación del principio de retroactividad benigna establecido en el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444; en lo sucesivo el TUO de la LPAG, el cual refiere que 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. Agrega la norma que, **las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor**, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, **incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición**; por lo que procede a emitir el presente voto en discordia bajo los siguientes fundamentos:

1. Es materia del presente análisis, la solicitud de aplicación del principio de retroactividad benigna presentada por el Proveedor, de conformidad con lo establecido en la norma antes referida, respecto a la sanción de once (11) meses de inhabilitación temporal que fuera impuesta mediante la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 del 16 de noviembre de 2016, por la comisión de la infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, al haber presentado información inexacta como parte de su oferta en el marco de la Adjudicación Simplificada N° 12-2016-SMV – Primera Convocatoria; hecho que se habría producido cuando se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, en adelante **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante **el Reglamento**, siendo que a la fecha se encuentra vigente la modificatoria de la Ley, aprobada por Decreto Legislativo N° 1341.

2. En ese contexto, corresponde analizar si en el presente caso, la normativa de contratación pública vigente a la fecha resulta más beneficiosa a la situación del Proveedor, quien ha señalado que de acuerdo a los nuevos alcances de la infracción referida a la presentación de información inexacta, el hecho inicialmente atribuido no podría configurar como una infracción.

Sobre la configuración de la infracción

3. Al respecto, el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, se configuraba siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requisito o con la obtención de un beneficio o ventaja para sí o para terceros; la cual prevé una sanción no menor de tres (3) meses ni mayor a treinta y seis (36) meses.

4. Por otro lado, el 3 de abril de 2017 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341, publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 7 de enero de 2017, el cual modificó la Ley, entre otros, respecto de los supuestos de hecho referidos a la presentación de documentación con información inexacta.

Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

Así tenemos que el literal i) de la Ley N° 30225, modificada, establece lo siguiente:

"Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores, siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.
(...)."

(El subrayado es agregado).

Del texto citado, tenemos que, en procedimientos administrativos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, como excepción se admite que, si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable. Cabe tener presente que el presente análisis se efectuará teniendo como marco legal el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG

5. En ese sentido, la nueva tipificación de la infracción de presentar información inexacta, actualmente establecida en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, requiere para su configuración que la información inexacta presentada se encuentre relacionada directamente con el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación, que además le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual.

Por tanto, en aplicación del *principio de retroactividad benigna*, regulado en el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG, corresponde determinar si la conducta del Proveedor sancionada mediante Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 y confirmada con Resolución N° 2992-2016-TCE-S4, por haber presentado información inexacta, se subsume en el tipo infractor actualmente establecido el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley modificada, y si ello amerita la imposición de sanción alguna.

Cabe precisar, que en este estadio del procedimiento (ejecución), no corresponde analizar nuevamente si el documento cuestionado contiene o no información inexacta, en la medida que dicha circunstancia ya fue determinada en la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4, confirmada mediante Resolución N° 2992-2016-TCE-S4, en las que se concluyó que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de



mayo de 2016¹⁰, contiene información inexacta; por cuanto el Proveedor manifestó no tener impedimento para contratar con el Estado conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley; no obstante, sí se encontraba impedido de participar en el procedimiento de selección y suscribir contrato con la Entidad, de acuerdo a lo establecido en el literal c) del artículo 248 del Reglamento, en concordancia con el literal l) del artículo 11 de la Ley, hecho que no ha sido cuestionado en la solicitud que ha dado lugar al presente pronunciamiento.

En ese sentido, tan sólo se evaluará si el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, cuyo contenido es inexacto, está relacionado con *el cumplimiento de un requerimiento o factor de evaluación y si representa alguna ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual*; ello, considerando los nuevos elementos que han sido incorporados al tipo infractor por la Ley modificada.

6. En lo concerniente a la vinculación del documento con un requerimiento o factor de evaluación, de la revisión de la oferta del Proveedor, se aprecia que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, fue presentado para acreditar un requisito de presentación obligatoria para la admisión de su oferta, de conformidad con lo establecido en el literal a.2) inciso 2.2.1.1 del numeral 2.2.1 de la sección específica de las bases integradas.
7. El cumplimiento del requerimiento al que se hace alusión en la Ley modificada, se encuentra referido tanto a lo requerido por la Entidad como por lo previsto en la normativa de contrataciones públicas. En este último caso, en el literal a) del numeral 1 del artículo 31, concordado con lo previsto en el artículo 53 del Reglamento (así como en la modificación del Reglamento), se señala que la oferta debe contener como mínimo, para la admisión de la misma, la declaración jurada de no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.
8. En el caso concreto, se verifica que el Anexo N° 2 – Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016 presentado por el Proveedor a la Entidad, se encuentra relacionado al cumplimiento de un requerimiento, acreditándose de este modo, uno de los nuevos elementos del tipo infractor incorporados mediante la Ley modificada.
9. Ahora bien, en cuanto a la representación del beneficio o ventaja en el marco de un procedimiento de selección, no se verifica que su presentación haya representado una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección para el Proveedor toda vez que su oferta fue descalificada.

¹⁰ Obrante a folios 272 del expediente administrativo.

Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

10. Sobre el particular, es importante recordar que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de este Tribunal es el de tipicidad, previsto en el numeral 4 del artículo 246 del TUO de la LPAG, en virtud del cual solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

En atención a dicho principio, las conductas que constituyen infracciones administrativas deben estar expresamente delimitadas, para que, de esa manera, los administrados conozcan en qué supuestos sus acciones pueden dar lugar a una sanción administrativa; por lo que, estas definiciones de las conductas antijurídicas en el ordenamiento jurídico administrativo deben ser claras, además de tener la posibilidad de ser ejecutadas en la realidad.

11. Por tanto, del análisis abordado, no concurren los elementos **actualmente** tipificados en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, para configurar la infracción de presentar información inexacta, pues la presentación del Anexo N° 2- Declaración Jurada (Artículo 31 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 16 de mayo de 2016, no le ha representado al Proveedor una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección, debiendo declararse no ha lugar a la sanción impuesta al Proveedor en aplicación del principio de retroactividad benigna de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 246 en el TUO de la LPAG.
12. Bajo tales consideraciones, se advierte que los nuevos elementos del tipo infractor incorporados por la Ley modificada, no permiten configurar el supuesto de hecho vigente para la infracción referida a la presentación de información inexacta; en este sentido, en virtud de este aspecto (la variación de la tipificación de la infracción) la Ley modificada es más beneficiosa para el Proveedor; por lo que, corresponde aplicarla retroactivamente.

Sobre la sanción impuesta

13. Al respecto, cabe recordar que de acuerdo a lo que se estableció en el literal b) del numeral 50.2 de la Ley N° 30225, el rango de sanción previsto por presentación de información inexacta era de tres (3) a treinta y seis (36) meses.

Con la dación de la modificatoria de la Ley N° 30225, el periodo de sanción no ha variado manteniéndose el rango establecido en la norma primigenia.

Con relación a ello, el legislador ha previsto que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al infractor, incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentren en ejecución, de conformidad con el principio de irretroactividad previsto en el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG; lo que implica que dichas sanciones, no obstante de encontrarse en etapa de ejecución, pueden ser variadas, ya sea por el tipo de sanción (de inhabilitación temporal a multa) o por la variación del quantum de la sanción impuesta.



14. Cabe anotar que la sanción impuesta por este Tribunal mediante la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 (confirmada mediante la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4), **fue emitida válida y legalmente, bajo el marco normativo vigente a la fecha de su emisión; así como también, debe tenerse presente que los efectos desplegados hasta el momento son legalmente válidos; no obstante, no existiendo ninguna medida judicial de carácter provisional o pronunciamiento que haya suspendido sus efectos o haya declarado su invalidez** es que en la actualidad se analiza la posibilidad de reducir y/o variar los efectos de la misma.
15. Bajo tales consideraciones, en el caso concreto, al no configurarse en la actualidad la infracción establecida en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, no corresponde aplicar sanción alguna, debiéndose aceptar la solicitud del Proveedor de aplicar la retroactividad benigna.
16. Bajo esa premisa la Secretaría del Tribunal deberá levantar la sanción impuesta al Proveedor.
17. En consecuencia, al resultar favorable la aplicación retroactiva de las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, corresponde variar la tipificación de la infracción y la sanción impuesta al Proveedor a través de la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4, de once (11) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, declarando no ha lugar a la imposición de sanción.
18. En tal sentido, estando al análisis precedente, se tiene que si bien en la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 (confirmada mediante la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4) ha quedado acreditada la presentación de información no concordante con la realidad por parte del Proveedor; no obstante, en esta instancia administrativa, en aplicación del principio de retroactividad benigna establecido en el numeral 5 del artículo 246 del TUO de la LPAG, al no haberse acreditado el cumplimiento del segundo requisito establecido para la configuración del tipo infractor, referido al beneficio obtenido de dicha presentación (por haberse descalificado la oferta), tenemos que al Proveedor no le alcanzaría el supuesto de hecho contemplado en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, razón por la cual, en esta instancia, no resulta ser pasible de sanción administrativa por esta causal de infracción, debiendo declararse no ha lugar a la imposición de sanción en su contra.
19. Finalmente, es pertinente indicar que conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 229 del Reglamento, en caso que, las conductas pudieran adecuarse a un ilícito penal, el Tribunal comunicará al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente.

No obstante ello, en el presente caso se advierte que a través de la Resolución N° 2728-2016-TCE-S4 (confirmada mediante la Resolución N° 2992-2016-TCE-S4), la Cuarta Sala del Tribunal dispuso, entre otros, se ponga de conocimiento del Ministerio Público – Distrito Fiscal de Lima lo señalado en el fundamento 48 de aquella resolución.

Por lo expuesto, la suscrita considera que, en el presente caso, no corresponde reiterar dicha comunicación al Ministerio Público, debiendo ponerse la presente resolución en conocimiento de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

Organismo Supervisor
de las Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contratación
del Estado



Resolución N° 1552-2017-TCE-S4

la Procuraduría Pública del OSCE, a efectos que, en el marco de sus competencias, adopte las acciones que estime pertinentes.

CONCLUSIONES:

Por los fundamentos expuestos, la Vocal que suscribe es de la opinión que corresponde:

1. **Acoger** la solicitud de la empresa M&T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C. (RUC N° 20600832574), de aplicar retroactivamente las disposiciones contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341; y, en consecuencia corresponde que la Secretaría del Tribunal levante la sanción impuesta a aquella empresa, por los fundamentos expuestos.
2. Poner la presente resolución en conocimiento de la empresa M&T CORPORATION DEL PERÚ S.A.C. (RUC N° 20600832574).
3. Poner la presente resolución en conocimiento de la Oficina de Procuraduría del OSCE, para las medidas que estime convenientes.

OSCE
Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado
VOCAL

Ss.
Ferreyra Coral.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 03.10.12".



6