



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

**Sumilla:** *"(...) la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del respectivo contrato..."*

Lima, 13 ABR. 2016

**VISTO** en sesión de fecha 13 de abril de 2016, de la Primera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 2656-2015.TCE, sobre el procedimiento administrativo sancionador contra la empresa Imagen & Estrategia Logística Integral E.I.R.L., por su supuesta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado de la Licitación Pública N° 02-2015-MINAGRI-AGRO RURAL (Primera convocatoria) para la contratación de bienes: *"Adquisición de sacos laminados de polipropileno de color crema para campaña de extracción en la isla Guañape Sur"*; infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada mediante la Ley N° 29873, y atendiendo a los siguientes:

### I. ANTECEDENTES

1. Según el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado - SEACE<sup>1</sup>, el 7 de abril de 2015, el Programa de Desarrollo Productivo Agrario Rural - Agro Rural, en lo sucesivo **la Entidad**, convocó la Licitación Pública N° 02-2015-MINAGRI-AGRO RURAL (Primera convocatoria) para la contratación de bienes: *"Adquisición de sacos laminados de polipropileno de color crema para campaña de extracción en la isla Guañape Sur"*, con el valor referencial de S/ 907,235.00 (novecientos siete mil doscientos treinta y cinco con 00/100 soles), en lo sucesivo **el proceso de selección**.

Dicho proceso de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, modificada mediante la Ley N° 29873, en lo sucesivo **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado mediante los decretos supremos N° 029-2009-EF, N° 154-2010-EF, N° 046-2011-EF, N° 138-2012-EF, N° 080-2014-EF y N° 261-2014-EF, en lo sucesivo **el Reglamento**.

De acuerdo a la información obrante en el SEACE, el 8 de mayo de 2015 se llevó a cabo el acto de presentación de propuestas y, el 12 del mismo mes y año, se otorgó la buena pro, a la empresa Imagen & Estrategia Logística Integral E.I.R.L., en lo sucesivo, **el Adjudicatario**, por el monto de S/ 818,325.27 (ochocientos dieciocho mil trescientos veinticinco con 27/100 soles).

<sup>1</sup>Obrante en el folio 84 del expediente administrativo.

2. Mediante formulario "Aplicación de sanción-Entidad", presentado el 7 de octubre de 2015 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, la Entidad puso en conocimiento, que el Adjudicatario habría incurrido en causal de infracción administrativa tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

Para sustentar la imputación realizada, la Entidad remitió el Informe Legal N° 754-2015-MINAGRI-AGRO RURAL/OAL<sup>2</sup> del 28 de setiembre de 2015, en el que se expresa, entre otros, los siguientes argumentos:

- El 12 de mayo de 2015 se otorgó la buena pro al Adjudicatario, la misma que quedó consentida el mismo día, al haber sido la única oferta presentada.
  - Mediante Carta N° 150-I&E/GG del 29 de mayo de 2015, el Adjudicatario presentó los documentos para la firma del contrato; asimismo, solicitó ampliación de plazo para la suscripción del mismo, indicando que la entidad financiera Fogapi aún no había autorizado realizar el depósito respectivo, referente a la carta fianza.
  - A través del Informe Técnico N° 218-2015-MINAGRI-DVDIAR-AGRO RURAL/OADM-UAP, la Unidad y Abastecimiento de Patrimonio de la Entidad concluye no otorgar el plazo adicional solicitado por el Adjudicatario, toda vez que lo solicitó fuera del plazo establecido en el numeral 1 del artículo 148 del Reglamento.
  - Concluye que el comportamiento del Adjudicatario se encuentra incurso en la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.
3. Con Decreto del 20 de octubre de 2015, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador contra el Adjudicatario, por su presunta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado del proceso de selección; infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley. Para tal efecto, se otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
4. Mediante carta s/n, presentada el 2 de diciembre de 2015, el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento y presentó sus descargos, manifestando, entre otros aspectos, lo siguiente:
- a) Mediante Carta N° 150-I&E/GG, el 29 de mayo de 2015 solicitó a la Entidad la ampliación de plazo para la suscripción del contrato, toda vez que requirió la carta fianza de fiel cumplimiento a la entidad financiera

<sup>2</sup> Obrante en los folios 10 y 11 del expediente administrativo.



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

Fogapi, la cual aún no ha autorizado realizar el depósito respectivo referente a la carta fianza, siendo que el último día de presentación de documentos fue el 28 de mayo de 2015.

- b) El 4 de junio de 2015, mediante Carta N° 154-I&E/GG, puso en conocimiento de la Entidad su intención de desistirse de suscribir el contrato, debido a que en el proceso de selección existieron ciertas irregularidades como es el caso que, luego de haber presentado su propuesta, recibió una llamada extraña del señor Alberto Delgado, citándole a una reunión. Adjunta conversación detallada.
- c) La señora Carmen Rosa Pardave Camacho, miembro titular del Comité Especial, según consta en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido (RNSDD), relación de personas con inhabilitación vigente al 29 de mayo de 2015, se encuentra inhabilitada hasta el 5 de marzo de 2017, lo que acarrea las consecuencias legales correspondientes.
- d) Dicha situación es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, por lo que no se puede pretender sancionarlo por actos de esta última, más aún si informó dichas circunstancias.

5. Por Decreto del 3 de diciembre de 2015, se tuvo por apersonado al Adjudicatario y por presentado sus descargos, remitiéndose el expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
6. Con Decreto del 22 de enero de 2016, considerando que mediante Resolución N° 027-2016-OSCE/PRE del 13 de enero de 2016, se dispuso conformar las Salas del Tribunal, y la reasignación de los expedientes entre los Vocales en funciones, se remitió el presente expediente a la Primera Sala del Tribunal para que resuelva.
7. Mediante escrito s/n, presentado el 2 de febrero de 2016, el Procurador Público de la Entidad se apersonó al presente procedimiento delegando representación y solicitando copia de los descargos presentados por el Adjudicatario.

### II. ANÁLISIS:

1. El presente procedimiento administrativo sancionador ha sido iniciado contra el Adjudicatario, por su presunta responsabilidad al no haber suscrito injustificadamente el contrato derivado del proceso de selección, infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, normativa vigente en la fecha de comisión de la supuesta infracción.

### **Naturaleza de la infracción:**

2. La infracción imputada se encuentra prevista en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, tipo que, a su vez, comprende un conjunto de supuestos de hecho cuya verificación determina la imposición de una sanción administrativa.

Es así que la causal referida se encuentra prevista de la siguiente manera:

*"Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, postores, participantes, postores y/o contratistas que:*

*a) No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la buena pro, de resultar ganadores hasta la suscripción del contrato, **no suscriban injustificadamente el contrato** o acuerdo de Convenio Marco, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor."*

De la lectura a dicho literal, se puede apreciar la existencia de más de un supuesto de hecho tipificado como sancionable, siendo pertinente citar, para efectos del análisis del presente caso, el siguiente: se sancionará al postor que *no suscriba injustificadamente el contrato*.

3. En este sentido, la infracción contemplada en la normativa precitada, establece como supuesto indispensable para su configuración, la materialización de dos hechos en la realidad: i) que el postor no suscriba el contrato pese a haber obtenido la buena pro del respectivo proceso de selección, y ii) que dicha actitud no encuentre justificación.

4. Al respecto, cabe traer a colación lo establecido en el artículo 137 del Reglamento, según el cual: *"una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el postor están obligados a suscribir el contrato respectivo"*.

En principio, cabe precisar que, con el otorgamiento de la buena pro, se genera el derecho del postor ganador del proceso de selección de suscribir el contrato con la Entidad. Sin embargo, la suscripción del contrato, además de un derecho, constituye una obligación del postor, quien como participante del proceso de selección, asume el compromiso de mantener la seriedad de su oferta hasta la suscripción del respectivo contrato, lo cual involucra su obligación no solo de perfeccionar el acuerdo a través de la suscripción del documento contractual o la recepción de la orden de compra o de servicios, sino también la presentación de los documentos requeridos para ello.

Cabe destacar también que la no suscripción del contrato no solo se concreta con la no suscripción del documento que lo contiene, sino que va de la mano con la falta de realización de los actos que preceden al perfeccionamiento del contrato, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases, toda vez que



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

esto último constituye un requisito indispensable o de vital importancia para concretar y viabilizar la suscripción del contrato. Por tanto, una vez consentida la buena pro de un proceso de selección, por disposición de la Ley y el Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para la suscripción del contrato, pues lo contrario, al materializar el incumplimiento de su obligación, puede generarle la aplicación de las sanciones correspondientes, salvo situaciones de excepción debidamente justificadas.

5. De otro lado, el artículo 77 del Reglamento dispone que, cuando se hayan presentado dos (2) o más propuestas, el consentimiento de la buena pro para el caso de licitaciones públicas y concursos públicos se producirá a los ocho (8) días hábiles notificado su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho a interponer recurso de apelación. Asimismo, señala que, en caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento.

A su vez, el artículo 75 del Reglamento señala que el otorgamiento de la buena pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha, oportunidad en que se entregará a los postores copia del acta de otorgamiento de la buena pro y el cuadro comparativo, detallando los factores en cada factor de evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario.

6. En este sentido, el numeral 1 del artículo 148 del Reglamento, establece que, dentro del plazo de doce (12) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro o cuando ésta haya quedado administrativamente firme, debe suscribirse el contrato. Dentro del referido plazo; a) el postor ganador debe presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases, b) la Entidad, de corresponder, solicita la subsanación de la documentación presentada y c) el postor ganador subsana las observaciones formuladas por la Entidad.

Las acotadas disposiciones, en concordancia con lo prescrito en el artículo 141 del Reglamento, obligan al postor beneficiado con la buena pro, a presentar la documentación requerida en las bases, a fin de viabilizar la suscripción del contrato, siendo, en estricto, su responsabilidad garantizar que la documentación se encuentre conforme a lo dispuesto en tales bases y de acuerdo a las exigencias establecidas por las normas antes glosadas.

7. Como es de apreciar, la normativa ha contemplado con precisión el procedimiento que las partes del contrato deben seguir a efectos de formalizar el acuerdo, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia le acarrea responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generarse dilaciones que comprometan el cumplimiento de los finalidades públicas que persiguen los contratos.

Sin embargo, dicho procedimiento, a su vez, se encuentra establecido a efectos de dotar de garantías a los postores, de tal forma que con su cumplimiento se evita que las Entidades puedan establecer nuevas exigencias (en cuanto a plazos y requisitos) no previstas en las Bases, que tornen inviable el cumplimiento del procedimiento por parte del postor adjudicado.

### **Configuración de la infracción:**

8. Bajo esa premisa normativa, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que contaba el Adjudicatario para presentar la totalidad de la documentación prevista en las bases y, de ser el caso, la Entidad debía solicitar la subsanación de la documentación presentada y el postor ganador subsanar las observaciones formuladas por la Entidad para, posteriormente, suscribir el contrato.

Cabe señalar que en el numeral 2.8 de las bases del proceso de selección<sup>3</sup> se estableció que el perfeccionamiento del contrato se realizaría con la suscripción del documento que lo contiene.

9. En el caso que nos ocupa, de la revisión del acta de otorgamiento de la buena pro, que obra a folio 64 del expediente administrativo, se aprecia que el otorgamiento de la buena pro del proceso de selección, a favor del Adjudicatario, se efectuó en acto público el 12 de mayo de 2015; asimismo, en dicho proceso, se presentó una sola oferta (la del Adjudicatario).

10. Ahora bien, dado que el proceso de selección del caso materia de autos se trató de una Licitación Pública en la cual existió una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produjo el mismo día, es decir, **el 12 de mayo de 2015**, ello en virtud de lo señalado por el primer párrafo del artículo 75 y el segundo párrafo del artículo 77 del Reglamento<sup>4</sup>.

11. Por lo expuesto, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 148 del Reglamento, el Adjudicatario contaba con doce (12) días hábiles para

<sup>3</sup> Obrante a folio N° 24 (reverso) del expediente administrativo.

<sup>4</sup> **Artículo 75.- Notificación del otorgamiento de la Buena Pro**

"El otorgamiento de la Buena Pro en acto público se presumirá notificado a todos los postores en la misma fecha, oportunidad en la que se entregará a los postores copia del acta de otorgamiento de la Buena Pro y el cuadro comparativo, detallando los resultados en cada factor de evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publicará el mismo día en el SEACE."

**Artículo 77.- Consentimiento del otorgamiento de la Buena Pro**

"(...)

En caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se producirá el mismo día de la notificación de su otorgamiento (subrayado nuestro)



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

suscribir el contrato, lo que involucraba la presentación de toda la documentación requerida en las bases y concurrir ante la Entidad para suscribir el contrato, plazo que se cumplió el **28 de mayo de 2015**, toda vez que el consentimiento de la buena pro se realizó el 12 de mayo de 2015, tal como fue señalado en el fundamento anterior.

- 12.** Ahora bien, obra en el expediente administrativo copia de la Carta N° 150-I&E/GG presentada el 29 de mayo de 2015 ante la Entidad<sup>5</sup>, a través de la cual el Adjudicatario presentó parte de la documentación prevista en las bases para la suscripción del contrato y solicitó ampliación del plazo para suscribir el mismo; no obstante ello, conforme a lo señalado por la Entidad y de la verificación a la documentación que ésta remitió al presente procedimiento administrativo sancionador, se advierte que el Adjudicatario no cumplió con adjuntar la "Carta fianza por concepto de garantía de fiel cumplimiento del contrato".
- 13.** De lo señalado precedentemente, este Colegiado concluye que el Adjudicatario debió presentar todos los documentos requeridos para la suscripción del contrato hasta el 28 de mayo de 2015; sin embargo, no los presentó, y por ende, tampoco suscribió el contrato, motivo por el cual perdió automáticamente la buena pro del proceso de selección.

En tal sentido, ha quedado acreditado que el Adjudicatario no suscribió el contrato correspondiente al proceso de selección.

### **Causal justificante para no perfeccionar el contrato:**

- 14.** Ahora bien, habiéndose verificado que el Adjudicatario no cumplió con presentar la documentación prevista en las bases para la suscripción del contrato derivado del proceso de selección, dentro del plazo legal, corresponde avocarse al análisis de identificar si existe alguna situación que se configure como justificación para dicha omisión, conforme a lo previsto en el artículo 137 del Reglamento, en virtud del cual, en caso el postor ganador de la buena pro se niegue a suscribir el contrato, será pasible de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.
- 15.** En este punto, es pertinente resaltar que corresponde a este Tribunal determinar si se ha configurado la conducta típica establecida en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, mientras que corresponde al Adjudicatario probar fehacientemente que concurrieron circunstancias que hicieron imposible física o jurídicamente la suscripción del contrato con la Entidad o que, no obstante haber actuado con la diligencia ordinaria, le fue imposible suscribir el contrato respectivo

<sup>5</sup> Obrante a folios N° 66 y 67 del expediente administrativo.

debido a factores ajenos a su voluntad por haber mediado caso fortuito o fuerza mayor o causa atribuible a la propia Entidad.

16. Al respecto, no obstante que este Colegiado ha podido advertir que el verdadero motivo por el cual el Adjudicatario no suscribió el contrato es porque, a la fecha límite para suscribir el mismo, no contaba con la carta fianza de fiel cumplimiento requerida en las bases (tal como ha señalado el propio Adjudicatario) y que, por tanto, las justificaciones por dicha omisión, deberían estar orientadas a demostrar la imposibilidad física y/o jurídica para obtener dicho documento, este Colegiado también se pronunciará respecto de los argumentos del Adjudicatario no relacionados con esta situación, como sus afirmaciones sobre supuestas irregularidades en las actuaciones de la Entidad.
17. En ese sentido, el Adjudicatario señaló que mediante Carta N° 150-I&E/GG, el 29 de mayo de 2015 solicitó a la Entidad la ampliación de plazo para la suscripción del contrato, toda vez que requirió la carta fianza de fiel cumplimiento a la entidad financiera Fogapi, la cual aún no ha autorizado realizar el depósito respectivo referente a la carta fianza.
18. Sobre el particular, si bien, de la Carta N° 150-I&E/GG, se puede advertir que el Adjudicatario solicitó a la Entidad ampliación de plazo para la suscripción del contrato, dicha solicitud fue realizada un día después de la fecha límite para la suscripción del contrato, por lo que, de lo manifestado por la propia Entidad, ésta denegó dicha solicitud, en razón de esta circunstancia.

*sp*  
En este sentido, cabe indicar que el numeral 3 del artículo 148 del Reglamento señala que *"cuando el postor ganador de la Buena Pro no cumpla con suscribir el contrato dentro del plazo establecido en el numeral 1 por razones justificadas y ajenas a su voluntad, a solicitud de aquel, la Entidad puede otorgarle por única vez, un plazo de entre cinco (5) a diez (10) días hábiles"*. En este sentido, es **facultad** de la Entidad otorgar o no dicho plazo adicional, si aquella advierte que la no suscripción del contrato por parte del postor ganador de la buena pro, dentro del plazo establecido del numeral 1 del artículo 148 del Reglamento, se debió a razones justificadas y ajenas a su voluntad, las mismas que deben ser alegadas por el ganador de la buena pro que no suscribió el contrato.

*sp*  
Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el Adjudicatario no ha presentado medio probatorio alguno que corrobore los argumentos, respecto de que la entidad financiera Fogapi, al 28 de mayo de 2015 (fecha límite para suscribir el contrato), no había autorizado realizar el depósito en relación a la carta fianza de fiel cumplimiento que debía presentar para suscribir el contrato; es así que no existe ninguna constatación que de fe que dichos hechos en realidad ocurrieron.

Adicionalmente, es menester indicar que es obligación de todo postor adjudicatario, realizar todas las gestiones necesarias que conlleven a la obtención



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

de los documentos que son requeridos en las bases para la suscripción del contrato, dentro del plazo establecido en las mismas; por otro lado, dicha obligación (presentación de la documentación ante la Entidad) se cumple con la presentación de toda la documentación requerida y dentro del plazo establecido en las bases.

Por lo tanto, los argumentos señalados por el Adjudicatario no acreditan la existencia de justificación de la omisión de su obligación de suscribir el contrato.

19. De otro lado, el Adjudicatario sostiene que, mediante Carta N° 154-I&E/GG, el 4 de junio de 2015 comunicó a la Entidad su intención de desistirse de suscribir el contrato, debido a que en el proceso de selección existieron ciertas irregularidades como es el caso que, luego de haber presentado sus propuestas (8 de mayo de 2015 por la tarde), recibió una llamada extraña del señor Alberto Delgado, citándole a una reunión, por lo que adjunta la conversación detallada para que este Tribunal tenga en cuenta al momento de emitir pronunciamiento.

Sobre el particular, es necesario señalar que, a la fecha de presentación de la Carta N° 154-I&E/GG (4 de junio de 2015) por parte del Adjudicatario, ya había vencido el plazo en exceso para suscribir el contrato, operando de forma automática la pérdida de la buena pro que se otorgó a su favor, por lo que dicha comunicación no tiene los efectos de un desistimiento, pues el postor ya había perdido la buena pro; por lo que, los argumentos señalados por el Adjudicatario no acreditan la existencia de justificación de la omisión de su obligación de suscribir el contrato.

*JL* Sin perjuicio de lo señalado, considerando que los hechos señalados por el Adjudicatario podrían significar la existencia de responsabilidad funcional, corresponde que se comunique al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a efectos que se realice las acciones que correspondan.

20. Adicionalmente, el Adjudicatario manifiesta que la señora Carmen Rosa Pardave Camacho, miembro titular del Comité Especial, según consta en el Registro Nacional de Sanciones de Destitución y Despido (RNSDD), relación de personas con inhabilitación vigente al 29 de mayo de 2015, se encuentra inhabilitada hasta el 5 de marzo de 2017, lo que acarrea las consecuencias legales correspondientes. Por tanto, dicha situación es de exclusiva responsabilidad de la Entidad, por lo que no se puede pretender sancionarlo por actos de esta última, más aún si informó dicha circunstancia.

*LP* Al respecto, este Colegiado debe reiterar lo establecido en el artículo 137 del Reglamento, según el cual, en caso el postor ganador de la buena pro se niegue a suscribir el contrato, será pasible de sanción, **salvo imposibilidad física o**

**jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal.**

En ese contexto, debe mencionarse que la imposibilidad física constituye un impedimento temporal o permanente que inhabilita a la persona, de modo que ésta se vea irremediable e involuntariamente forzado a no hacer algo. La imposibilidad jurídica, por su parte, está vinculada a la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues al hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados.

De otro lado, debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 9 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, en lo sucesivo **la LPAG**, *"todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda"*. Por lo tanto, los actos administrativos que se llevaron a cabo durante el proceso de selección y que condujeron al otorgamiento de la buena pro a favor del Adjudicatario son válidos, en tanto no hayan sido declarados nulos, por ende, el Adjudicatario se encontraba en la obligación de suscribir el contrato derivado del proceso de selección, ello de conformidad con lo establecido en el artículo 137 del Reglamento, según el cual: *"una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el postor están obligados a suscribir el contrato respectivo"*.

 Cabe señalar que el Adjudicatario sólo ha manifestado la existencia del posible vicio de nulidad luego de que operó la pérdida de la buena pro a su favor y en el momento de presentar sus descargos en el presente procedimiento administrativo sancionador.

En ese sentido, este Colegiado considera que la situación alegada por el Adjudicatario, respecto de que uno de los miembros del Comité Especial se encontraba sancionado, no configuró, para él, una imposibilidad jurídica y/o física que obstaculice la suscripción del contrato por su parte, más aun si, conociendo el supuesto vicio, no puso en conocimiento del mismo a la Entidad, a efectos que analice una posible nulidad de las actuaciones administrativas; por lo tanto, los argumentos señalados por el Adjudicatario no acreditan la existencia de justificación de la omisión de su obligación de suscribir el contrato.

 Sin perjuicio de lo señalado, considerando que los hechos señalados por el Adjudicatario podrían significar la existencia de vicios de nulidad respecto de actuaciones administrativas de la Entidad y de responsabilidad funcional, corresponde que se comunique al Titular de la Entidad y al Órgano de Control Institucional de la Entidad, a efectos que se realicen las acciones que les correspondan.



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

21. En consecuencia, no habiéndose acreditado causa justificante para la no suscripción del contrato a cargo del Adjudicatario, se verifica que, en el presente caso, la conducta del Adjudicatario conllevó a que la relación contractual con la Entidad no se perfeccionara, conducta que busca repeler nuestro ordenamiento, por lo que se ha configurado la causal de infracción que estuvo tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley.

### **Aplicación de la retroactividad benigna:**

22. Ahora bien, respecto de la infracción cometida por el Adjudicatario, el artículo 51 de la Ley establecía una sanción de inhabilitación temporal para contratar con el Estado por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.

23. No obstante lo señalado, es necesario tener en consideración que el numeral 5 del artículo 230 de la LPAG, contempla el principio de irretroactividad, según el cual *"son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables"*.

Así tenemos, que en procedimientos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella 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 mejor sanción o una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable.

24. En este sentido, cabe anotar que el 9 de enero de 2016 entró en vigencia la Ley N° 30225, en lo sucesivo **la nueva Ley**, la cual modificó los alcances del artículo 51 de la Ley. En tal sentido, resulta relevante señalar que el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley, establece como infracción aplicable a la conducta imputada, en el presente caso, al Adjudicatario, la siguiente:

#### **"Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas**

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

(...)

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

(El subrayado es agregado)

Por su parte, el literal a) del numeral 50.2 del referido artículo 50 dispone que ante la citada infracción, la sanción que corresponde aplicar es una multa, entendida como la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

Asimismo, se señala que en la resolución, a través de la cual se imponga la multa, se establecerá como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no mayor a dieciocho (18) meses.

- 25.** Como se advierte, a diferencia de la sanción de inhabilitación prevista en el artículo 51 de la Ley, el numeral 50.2 del artículo 50 de la nueva Ley, prevé una multa y, solo como medida cautelar, una suspensión del derecho de participar en procesos de contratación.



Para mejor entendimiento, debe tenerse presente que las sanciones de multa previstas en la nueva Ley llevan aparejada una medida de suspensión (con carácter de medida cautelar) en el derecho a participar en procedimientos de selección. Sin embargo, dicha medida de suspensión solo mantiene vigencia hasta que la multa sea pagada, con lo cual, el propio administrado está en la capacidad de ponerle fin a tal medida y que como máximo podría llegar hasta 18 meses. Además, la suspensión así dispuesta no se considera para efectos del cómputo de la inhabilitación definitiva, conforme a lo dispuesto por el artículo 50.2 de la nueva Ley.

A diferencia de ello, las sanciones de inhabilitación temporal (como la que el artículo 51 de la Ley establecía para los proveedores que no suscribían injustificadamente el contrato) podrían llegar hasta los 3 años e incluso podrían propiciar una inhabilitación definitiva<sup>6</sup>.

- 26.** Bajo esa premisa, considerando que para la conducta objeto del presente análisis, la Ley previó exclusivamente una sanción de inhabilitación, mientras que la nueva Ley prevé una multa y, como medida cautelar, una suspensión del derecho de participar en procesos de contratación, resulta de aplicación, en el presente caso, el principio de retroactividad benigna; resultando aplicable para el Adjudicatario la sanción de multa prevista en la nueva Ley para la infracción consistente en el incumplimiento injustificado de la obligación de suscribir el contrato, actualmente prevista en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la nueva Ley; debiendo

<sup>6</sup> Por la acumulación de periodos de inhabilitación temporal que en conjunto sumen 36 o más meses, impuestas durante un periodo de 4 años.



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

también, por tanto, aplicarse los criterios de graduación previstos en el artículo 226 del Reglamento de la nueva Ley, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en lo sucesivo **el nuevo Reglamento**.

### Graduación de la sanción a imponerse:

27. Sobre la base de las consideraciones expuestas, considerando que el monto ofertado por el Adjudicatario para el proceso de selección, respecto del cual no suscribió contrato, asciende a S/ 818,325.27, la multa a imponer no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) de dicho monto (S/ 40,916.26) ni mayor al quince por ciento (15%) del mismo (S/ 122,748.79).
28. En torno a ello, resulta importante traer a colación el *principio de razonabilidad* consagrado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.
29. Dentro de este contexto, este Tribunal estima conveniente determinar la sanción a imponer al Adjudicatario, considerando los siguientes criterios:
- a) **Naturaleza de la infracción:** la infracción cometida afecta la expectativa de la Entidad por suscribir un contrato con el proveedor ganador de la buena pro y de esta forma satisfacer las necesidades de la misma y, consecuentemente, el interés público, actuación que supone, además, un incumplimiento al compromiso asumido de suscribir el contrato por parte del Adjudicatario.
- b) **Intencionalidad del infractor:** en el numeral 3 del artículo 230 de la LPAG, aplicable de manera supletoria en el presente procedimiento, se hace referencia a un criterio subjetivo en la responsabilidad administrativa determinada en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, el mismo que se refiere a la intencionalidad del agente solo como criterio de graduación de las sanciones administrativas a imponer.
- Respecto de este criterio de graduación, y de conformidad con los medios de prueba aportados, este Tribunal no ha podido acreditar que el Adjudicatario haya actuado con intención de cometer la infracción imputada.
- c) **Daño causado:** debe tenerse en cuenta que situaciones como ésta, ocasionan una demora en el cumplimiento de las metas programadas por la Entidad, y por ende en perjuicio del interés público; máxime si se tiene en

cuenta que dicha infracción ocasionó que el proceso de selección fuera declarado desierto, retrasándose así la satisfacción de las necesidades de aquella.

**d) Reconocimiento de la infracción antes de que sea detectada:** debe tenerse en cuenta que, conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.

**e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** en lo que atañe a dicho criterio, de conformidad con el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado, se observa que el Adjudicatario no cuenta con antecedentes de haber sido sancionado con inhabilitación en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

**f) Conducta procesal:** debe considerarse que el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento, presentando sus descargos.

**30.** Finalmente, se precisa que la fecha de la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, por parte del Adjudicatario tuvo lugar el **28 de mayo de 2015**, fecha máxima con que contaba para presentar los documentos y suscribir el contrato.

#### **Procedimiento y efectos del pago de la multa:**

**31.** El procedimiento establecido en la Directiva N° 011-2016-OSCE/CD -"Lineamientos para la Ejecución de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 018-2016-OSCE/PRE, publicada el 12 de enero de 2012 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE, es como sigue:

- El proveedor sancionado cuenta con un plazo máximo de siete (7) días hábiles, computados desde el día siguiente de haber quedado firme la presente resolución, para pagar la multa impuesta y comunicar dicho pago al OSCE a través de la mesa de partes de la sede central o de las oficinas desconcentradas, presentando debidamente llenado el formulario denominado 'Comunicación de Pago de Multa', al cual deberá adjuntar el comprobante de pago original. El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.
- Una vez transcurrido el plazo señalado sin que la comunicación de pago haya sido presentada, operará la medida cautelar establecida, quedando el proveedor sancionado automáticamente suspendido en sus derechos para



## Resolución N° 0479-2016-TCE-S1

participar en cualquier procedimiento de selección, en procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

- La extinción de la obligación de pago de la multa y, en su caso, el levantamiento de la suspensión, operan desde las 00:00 horas del día siguiente de verificado el pago por la Oficina de Administración del OSCE, lo cual debe llevarse a cabo en el plazo de tres (3) días hábiles contados desde la correcta presentación de la comunicación de pago, o de transcurrido el periodo máximo de suspensión del proveedor sancionado, establecido como medida cautelar en tanto no comunique el pago de la multa impuesta.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Jorge Luis Herrera Guerra y la intervención de los Vocales Héctor Marín Inga Huamán y María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra, atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 027-2016-OSCE/PRE del 13 de enero de 2016, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 51 y 63 de la Ley N° 29873, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 1017 que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

### LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la empresa **Imagen & Estrategia Logística Integral E.I.R.L.**, con **R.U.C. N° 20554322442**, con una multa ascendente a **S/ 49,141.38 (cuarenta y nueve mil ciento cuarenta y uno con 38/100 soles)**, por su responsabilidad en incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato derivado de la Licitación Pública N° 02-2015-MINAGRI-AGRO RURAL (Primera convocatoria), infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada Ley N° 30225 y que anteriormente se encontró tipificada en el literal a) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017.

El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquella, o porque, habiéndose presentado el recurso, este fue desestimado.

2. **Disponer, como medida cautelar, la suspensión** del derecho de la empresa **Imagen & Estrategia Logística Integral E.I.R.L.**, con **R.U.C. N° 20554322442**, de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo

Marco y de contratar con el Estado, por el plazo máximo de **siete (7) meses**, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.

3. **Poner** la presente resolución en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, a efectos que realice las respectivas investigaciones y, de ser el caso, atribuya las responsabilidades que correspondan, de conformidad con lo establecido en los fundamentos N° 19 y 20.
4. **Poner** la presente resolución en conocimiento del Titular de la Entidad, a efectos que realice las acciones que correspondan, de conformidad con lo establecido en el fundamento N° 20.
5. Disponer que el pago de la multa impuesta se realice en la cuenta del OSCE N° 0000-870803 en el Banco de la Nación. En caso el administrado no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la presente resolución, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente. Una vez comunicado el pago efectuado, el OSCE tiene un plazo máximo de tres (3) días hábiles para verificar la realización del depósito en la cuenta respectiva. La obligación de pagar la multa se extingue al día hábil siguiente de verificado el depósito respectivo al OSCE o al día hábil siguiente de transcurrido el periodo máximo de suspensión previsto como medida cautelar.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

  
**VOCAL**

  
**PRESIDENTE**

  
**VOCAL**

SS.  
Inga Huamán.  
Rojas Villavicencio de Guerra.  
**Herrera Guerra.**

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