



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Sumilla:

"(...) la normativa citada ha regulado, de manera precisa, el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia puede originar responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las finalidades públicas que persiguen los contratos" (sic).

Lima, 14 MAYO 2019

VISTO en sesión de fecha 14 de mayo de 2019 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 4604/2018.TCE, sobre el procedimiento administrativo sancionador seguido contra las empresas SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y TERRAK S.A.C., integrantes del Consorcio Vial, por su presunta responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 – Primera Convocatoria; y, atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES:

1. Según la ficha¹ publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 27 de agosto de 2018, el **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL**, en adelante la Entidad, convocó el **Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria**, para la ejecución de la obra *"Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1NJ (DV. Huancabamba) – Buenos Aires – Salitral – Canchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba"*, con un valor referencial ascendente a S/ 466'573,411.41 (cuatrocientos sesenta y seis millones quinientos setenta y tres mil cuatrocientos once con 41/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

El procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 30556, *Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la reconstrucción con cambios*, modificada por Decreto

¹ Obrante a folios 20 del expediente administrativo.

Legislativo N° 1354², en adelante la **Ley para la Reconstrucción**, y el *Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios*, aprobado con Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, en adelante el **Reglamento para la Reconstrucción**³, siendo también aplicables, de manera supletoria [en lo no regulado por las normas precedentes], las disposiciones de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante la **LCE (DL 1341)**; y, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante el **RLCE modificado (DS 056)**.

2. El 24 de setiembre de 2018 se llevó a cabo el acto de presentación de ofertas, y de conformidad con el acta publicada en el SEACE, en la misma fecha se realizó su evaluación y se otorgó la buena pro a favor del **Consortio Vial**, integrado por las empresas **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y TERRAK S.A.C.**, en adelante el **Consortio**, por el monto de su oferta económica ascendente a S/ 419'916,070.27 (cuatrocientos diecinueve millones novecientos dieciséis mil setenta con 27/100 soles).

A través del **Informe N° 258-2018-MTC/20.2.4**⁴ del 10 de octubre de 2018, publicado en el SEACE en la misma fecha, la Entidad declaró la pérdida de la buena pro, en atención a que los integrantes del Consortio no cumplieron con presentar la constancia de capacidad de libre contratación de la empresa consorciada SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., no obstante dicho documento había sido observado en su oportunidad por la Entidad.

3. Mediante *Formulario de Trámite N° 2018-13823360-LIMA* y el Oficio N° 156-2018-DP/OD-LIMA/AS presentados el 22 de noviembre de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el **Tribunal**, la Defensoría del Pueblo comunicó que los integrantes del Consortio habrían incurrido en causal de sanción, al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección.
4. Por decreto del 4 de diciembre de 2018, se admitió a trámite la denuncia formulada por la Defensoría del Pueblo, y de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se requirió a la Entidad remitir, entre

² Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de junio de 2018.

³ Norma vigente desde el 13 de julio de 2018, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM

⁴ Oabrante de folios 11 a 12 del expediente administrativo.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

otros, un informe técnico legal sobre la procedencia y supuesta responsabilidad de los integrantes del Consorcio al, supuestamente, incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del presente procedimiento de selección, así como los documentos que sustenten ello.

Para tal efecto, se otorgó a la Entidad el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional y de la Contraloría General de la República, en caso incumpla con el requerimiento.

5. Mediante Oficio N° 655-2018-MTC/20.2 presentado el 31 de diciembre de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la **Entidad** remitió, entre la documentación que fue requerida, el **Informe N° 2620-2018-MTC/20.3⁵** del 15 de noviembre de 2018, en el cual señaló lo siguiente:

5.1. El 24 de setiembre de 2018 se otorgó la buena pro a favor del Consorcio, y el 1 de octubre de 2018 se publicó el consentimiento de la misma. En ese sentido, el 5 de octubre de 2018, mediante carta s/n, los integrantes del Consorcio presentaron la documentación para la suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección especial, siendo observada por la Entidad, a través del correo electrónico de la misma fecha, respecto a la omisión de lo siguiente: i) la constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., y ii) las cartas fianzas de fiel cumplimiento del contrato.

5.2. El 9 de octubre de 2018, según refirió, el Consorcio subsanó de forma parcial las observaciones formuladas por la Entidad, al haber omitido la presentación de la constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

En este sentido, el 10 de octubre de 2018, se publicó en el SEACE el Informe N° 258-2018-MTC/20.2.4, mediante el cual se da cuenta que el Consorcio no presentó la documentación correspondiente para perfeccionar el contrato y que por ello correspondía declarar la pérdida de la buena pro a su favor.

⁵ Obrante de folios 46 a 48 (anverso y reverso) del expediente administrativo.

- 5.3. El 12 de octubre de 2018 el Consorcio interpuso recurso de apelación ante el Tribunal, el cual fue declarado como no presentado el 16 de octubre de 2018, al no haber cumplido con los requisitos de admisibilidad.
- 5.4. Por tanto, sostuvo que, habiéndose vencido el plazo legal, sin que el Consorcio hubiera cumplido con subsanar la documentación necesaria para la suscripción del contrato, este habría incurrido en la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).
6. Con decreto del 8 de enero de 2019, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por su presunta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el **literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341)**, al haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección. A estos efectos, se les corrió traslado, a fin que, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, cumplan con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.
7. Mediante escrito presentado el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el **consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.** presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:
- 7.1. Mediante carta s/n del 5 de octubre de 2018, el Consorcio presentó la documentación necesaria para suscribir el contrato, y mediante correo electrónico de la misma fecha, remitido por la Entidad a las **20:56 horas**, esto es *"fuera de las horas hábiles, delimitadas por el horario de atención de la Entidad, así como fuera del horario de atención de oficina que emplea el Consorcio"* (sic.), se requirió a nuestra representada la subsanación de los documentos que fueron presentados el 5 de octubre de 2018 [constancia de capacidad libre de contratación y cartas fianzas], otorgándoles el plazo de un (1) día hábil.
- 7.2. Sobre el particular, agregó que la normativa de contratación pública sí permite, a través del SEACE, realizar notificaciones fuera de horas hábiles, precisando que ello ocurre únicamente durante el procedimiento de selección, el cual culmina con el consentimiento de la buena pro, luego de lo cual se inicia el procedimiento para la suscripción del contrato, que en este caso se rige por el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, el cual solo señala que las observaciones a los documentos presentados para



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

suscribir el contrato serían notificadas vía correo electrónico [*“lo cual fue confirmado por el Consorcio con la presentación de la Declaración jurada de datos del postor”*], pero no señala en qué horario es posible realizar dicha notificación vía correo electrónico, lo que tampoco se encuentra regulado en la normativa de contratación pública.

Por este motivo, al considerar que no existe una disposición puntual y específica sobre el horario de notificación vía correo electrónico ni en la norma especial ni en la norma general, señaló que era necesario recurrir a la Ley del Procedimiento Administrativo General, citando específicamente el numeral 1 del artículo 18, el numeral 5 del artículo 75, y el numeral 1 del artículo 138, en virtud de los cuales debe entenderse que *“la notificación que realice la administración debe efectuarse en día y hora hábil para que surta efectos”* (sic), resultando contrario al debido procedimiento administrativo que se reduzca el plazo con que cuenta el administrado para subsanar una observación, vía una notificación remitida fuera del horario de oficina y cerca de las tres horas para culminar el día, lo que resulta especialmente grave, atendiendo a que su representada solo contaba con el plazo de un (1) día hábil para subsanar, lo que hace que la regla de notificación en hora hábil cobre mayor importancia.

Agregó que, al no regularse el supuesto del horario de la notificación en la norma especial, *“su análisis ha debido de ser en base al método comparativo”*, alegando entre otros, como ejemplo que, en el artículo 8 de la Resolución OEFA de Consejo Directivo N° 015-2013-OEFA/CD se establece que se *“notificará mediante correo electrónico en el mismo horario de atención al público (...)”*, así *“en la medida que otras entidades de la administración pública trabajan de la manera que PROVIAS no quiere reconocer, resulta clara y evidente vulneración al debido proceso”* (sic).

- 7.3. Precisó que, en tanto la mencionada comunicación de la Entidad no fue remitida en hora hábil, ***“la constancia de recepción del correo electrónico cursado por la Entidad solo pudo ser emitida el primer día hábil siguiente, es decir, mediante correo remitido por el Consorcio el 09 de octubre de 2018 a las 09:01 horas en el que expresamente se señaló que el Consorcio se daba por notificado de las observaciones ese mismo día, a las 8:51 horas, es decir, en día y tiempo hábil”*** (sic.).

Por tanto, sostuvo haber indicado expresamente a la Entidad que **el plazo de un (1) día hábil para subsanar las observaciones formuladas, vencía el 10 de octubre de 2018**, *“en la medida que el acuse de recibo de la notificación solo se produjo el día 9 de octubre de 2018”* (sic). No obstante, la Entidad, mediante correo electrónico de las 10:15 horas del 9 de octubre de 2018, *“sin mayor sustento sobre el criterio que estaría considerando la Entidad para pretender computar válida y legalmente el plazo de subsanación otorgado”*, le informó que debía subsanar las observaciones el mismo día.

- 7.4. Finalmente alegó que, mediante las cartas del 9 y 10 de octubre de 2018, es decir dentro del plazo legal [*“válidamente computado conforme el ordenamiento jurídico aplicable a las notificaciones por correo electrónico”*], el Consorcio cumplió con subsanar las observaciones formuladas por la Entidad, razón por la cual correspondía continuar con la etapa de suscripción del contrato. No obstante, mediante correo electrónico del 10 de octubre de 2018 de las 17:03 horas, se informó que el Consorcio no habría cumplido con subsanar la documentación solicitada, y en la misma fecha se publicó la pérdida de la buena pro.
- 7.5. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas, sostuvo que debían considerarse los siguientes criterios: i) la ausencia de intencionalidad de su representada, dado que el Consorcio cumplió con subsanar los documentos para la firma del contrato dentro del plazo regulado en la normativa especial aplicable, ii) la inexistencia de daño causado a la Entidad, debido a que la Entidad finalmente contrató con el postor que obtuvo el segundo lugar en el orden de prelación, iii) que su representada no ha sido sancionada en anteriores oportunidades, y asimismo debe considerarse sus antecedentes en las contrataciones en las que ha participado.
8. Mediante escrito presentado el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el **consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ** presentó sus descargos, reiterando los argumentos de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.
9. Mediante *Formulario de trámite y/o impulso de expediente* administrativo y escrito presentados el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el **consorciado TERRAK S.A.C.** presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Cuestión previa: Sobre la transgresión a los principios de legalidad y tipicidad

- 9.1. En la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley de la Reconstrucción, se prevén taxativamente las infracciones y sanciones, entre las cuales no se regula como infracción la no suscripción del contrato; por lo que, en este caso considera que se estaría aplicando una infracción por remisión o extensión a la Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto precisó lo siguiente:

"(...) estaría asumiendo que las infracciones tipificadas en la Ley de la Reconstrucción, no tienen ningún efecto práctico al hacer referencia a las personas naturales y jurídicas "para efectos de esta Ley", a pesar que, claramente se desprende de la misma que su objeto no es solo crear a la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, sino además, regular el procedimiento especial de contratación y las consecuencias que se deriven de participar en el mismo, por ende solo cabe aplicar las conductas tipificadas en el marco de dicha Ley, como presuntas infracciones también al amparo de la misma ley; puesto que, asumir lo contrario, implicaría no solo la transgresión a los principios a los que venimos aludiendo, sino un claro conflicto de normas, para el cual el derecho ha reservado la aplicación de la especialidad de la norma.

(...) por la especialidad de la norma de Reconstrucción con Cambios, la conductas claramente delimitadas como infracciones para las personas naturales y jurídicas "para efectos" de dicha Ley, son las contenidas expresamente en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30556, siendo que, asumir por remisión, extensión y/o analogía que son aplicables las "demás" infracciones de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente vulneraría el principio de tipicidad y legalidad al que hemos hecho referencia" (sic.).

- 9.2. También sostuvo que, según lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del OSCE y resoluciones emitidas por el Tribunal, éste no cuenta con potestad sancionadora para conocer infracciones incurridas en el marco de normas especiales, pues las sanciones aplicables a los administrados deben originarse en la misma fuente, como ocurre en el caso de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley para la Reconstrucción, más aun cuando ya se definió, previamente, cuáles serán las infracciones y sanciones aplicables en el marco de dicha Ley.

Según la Opinión N° 69-2013/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha indicado que las disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no pueden ser utilizadas para

sancionar a proveedores que hayan participado en procedimiento de contratación bajo regímenes especiales, lo cual ha ocurrido en el presente caso.

Agregó que, en las Resoluciones N° 1676-2011-TCE-S2 y N° 1682-2011-TCE-S1 emitidas por el Tribunal, se emitió pronunciamiento en un caso que considera similar al que nos ocupa.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que, en el caso que la imputación que se le atribuye estuviera tipificada en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción, en el cual se hace alusión al supuesto de no suscripción del contrato, precisó que dicha conducta no se consigna en los términos establecidos en la LCE (DL 1341) [*“incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato”*], sino haciendo referencia a *“En caso que el o los pastores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuida”*. De modo que no queda claro qué conducta corresponde atribuirse a su representada, y en el último caso [artículo 53] no se encuentra determinada de forma taxativa la consecuencia jurídica que resultaría aplicable, ya que el legislador solo ha hecho mención de forma genérica a que *“será pasible de sanción”*. Lo anterior, según alegó, afecta su derecho de defensa, correspondiendo *“declarar la nulidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador o que no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular”* (sic).

Sobre la individualización del presunto infractor y la sustanciación del procedimiento

- 9.3. Según indicó, mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2018, el Consorcio subsanó la documentación requerida por la Entidad, no obstante, debido a que la empresa SACYR PERÚ S.A.C. consideró que el plazo para subsanar las observaciones vencía el 10 de octubre de 2018, recién en dicha fecha presentó su constancia de capacidad libre de contratación.

En este sentido, refirió que, atendiendo a la naturaleza de la infracción, corresponde imputar la infracción a la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., pues *“la supuesta falta de presentación del documento que dio lugar a la pérdida de la buena pro, fue la Constancia de capacidad de libre*



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

contratación correspondiente a la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ" (sic.), siendo dicha empresa la responsable de tramitar y aportar el referido documento. Al respecto, sustentó su posición en las Resoluciones Nos. 1349-2018-TCE, 1520-2017-TCE-S4 y 608-2018-TCE-S4.

Aunado a lo anterior, también solicitó considerar la *Constancia de capacidad libre de contratación N° 008636-2018*, emitida el 10 de octubre de 2018 por el RNP, como un documento de fecha cierta, con el cual se acredita que la imputación debió haberse realizado solo contra la consorciada SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

Sobre la notificación realizada por la Entidad

- 9.4. En relación a la notificación de las observaciones formuladas por la Entidad, reiteró los cuestionamientos de sus consorciados respecto a la hora en que se comunicaron aquellas [mediante correo electrónico], y asimismo cuestionó el hecho que la comunicación del 5 de octubre de 2010 fue remitida al correo electrónico de cada uno de los consorciados, y no al de su representante común.
- 9.5. En relación a lo anterior, precisó que el Anexo N° 2 tenía un defecto en su formulación, tanto en las bases del procedimiento de selección especial como en las bases estándar vigentes a su convocatoria, pues en dicho documento se establecía la obligatoriedad de su presentación por cada integrante del Consorcio, con la indicación de que se autorizaba a la Entidad para realizar notificaciones electrónicas, siendo que en el caso del consorcio las notificaciones se realizarían al correo electrónico de su representante común; sin embargo, en ninguna parte del formato se colocó una casilla para separar los correos electrónicos corporativos de cada integrante del Consorcio, con el correo que efectivamente correspondía su representante común.

En tal sentido, considera que al existir la imposibilidad física y jurídica de consignar el correo electrónico de su representante común, la Entidad debió considerar que, de acuerdo con el artículo 20 del TUO de la LPAG, *la notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la Entidad reciba respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado*, esto es la Entidad debía verificar el **acuse de recibo**

respectivo, hecho que en su caso solo se verificó de forma circunstancial, pues se está asumiendo que el representante común administraba el correo corporativo de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. también para sus actividades como representante común, notificándole en copia las observaciones.

Alegó que, a pesar de la notificación defectuosa, el representante común tomó conocimiento circunstancial, el 9 de octubre de 2018, del correo electrónico enviado a la dirección corporativa de las empresas en las que también ejerce representación legal. Sobre este punto, sostuvo lo siguiente:

"(...) si bien se autorizó la notificación vía correo electrónico de nuestro representante común (entendido como persona natural y no como representante de alguna de las consorciadas), no consignó en alguna parte de las bases el correo que propiamente correspondía a dicho representante como tal, porque las bases no lo exigían en ese momento, ya que lo único que se nos solicitó fue consignar los correos electrónicos corporativos de cada empresa que conformaba el consorcio (como persona jurídicas individuales).

Ello es verificable, si vemos que la omisión de consignar una cuadrícula para consignar el correo electrónico del consorcio –como tal– fue corregida por la propia Autoridad de Reconstrucción con Cambios, a través de las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE y 084-2018-RCC/DE, mediante las cuales se aprobó un nuevo formato del Anexo N° 2 (...)

Nótese que, antes de que se consignen los datos de las empresas integrantes del Consorcio con ocasión de las modificación de las bases estándar, en el Anexo N° 2 se habilitaron cuadrículas específicas para consignar el correo electrónico del mismo, de forma separada a las de sus integrantes; sin embargo, dicha especificación no fue aplicable al procedimiento de contratación que nos ocupa" (sic).

"(...) atendiendo a la defectuosa notificación que efectuó, prácticamente se nos conminó a subsanar las observaciones formuladas en menos de ocho (8) horas hábiles el mismo día de configurada la validez de la notificación, ya que la mesa de partes de la Entidad no atiende pasado un horario determinado; desconociendo nuestro derecho a la debida notificación, en virtud del cual debió entenderse vencido el plazo recién el 10 de octubre de 2018, fecha en la que efectivamente cumplimos con presentar la totalidad de la documentación requerida para la firma de contrato (Constancia de capacidad de libre contratación de la empresa SACYR PERÚ)" (sic).

En relación al horario en que la Entidad remitió el correo electrónico, indicó que, en contravención al principio de transparencia, aquella decidió notificarla en horas de la noche, conminándolos a subsanar las observaciones en menos de ocho (8) horas hábiles.

Los defectos de la notificación practicada por la Entidad, según señaló, no pueden ser atribuidos a su representada.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- 9.6. Precisó que, en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción se hace referencia a la negativa del postor para suscribir el contrato, debiendo considerarse que el Consorcio nunca se negó a suscribir el contrato, por el contrario agotó todos los esfuerzos posibles para concretar la formalización de la relación contractual, lo que se vio afectado por los defectos en la notificación practicada.
- 9.7. Finalmente solicitó el uso de la palabra.
10. Con decreto del 12 de febrero de 2019, se tuvo por apersonados y por presentados los descargos de los integrantes del Consorcio, dejándose a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra de la empresa TERRAK S.A.C., y asimismo se dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que lo resuelva, siendo recibido el 14 de febrero de 2019.
11. Mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2019 ante el Tribunal, el consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ solicitó el uso de la palabra.
12. Con decreto del 22 de febrero de 2019, se dejó a consideración de la Sala lo solicitado por la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ.
13. Con decreto del 7 de marzo de 2019 se programó audiencia pública para el 20 de marzo a las 17:00 horas.
14. Mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2019 ante el Tribunal, el consorciado TERRAK S.A.C. solicitó el uso de la palabra.
15. El 20 de marzo de 2019 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes de los integrantes del Consorcio⁶.
16. Con decreto del 28 de marzo de 2019 se programó audiencia pública para el 3 de abril de 2019, la cual fue dejada sin efecto por decreto del 2 de abril de 2019.

⁶ En representación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ participó la señora Fiorella Paulina Pérez Torres, en representación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. participó el señor Carlos Alfredo Nuñez Caballero y en representación de la empresa TERRAK S.A.C. participó el señor José Luis Tello Corbetta.

17. Con decreto del 10 de mayo de 2019, a efectos que el Tribunal cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver, se solicitó la siguiente información adicional:

"A la Dirección del Registro Nacional de Proveedores – RNP:

- *Sírvase informar la fecha en la que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. solicitó se le expida la Constancia de capacidad de libre contratación N° 008536-2018 [Trámite N° 2018-13666107-LIMA] de fecha 10 de octubre de 2018, con el objeto de suscribir el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 1-2018-MTC/20, procedimiento especial convocado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS NACIONAL) para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1NJ (DV. Huancabamba) – Buenas Aires – Salitral – Canchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba". (...)*

A LAS EMPRESAS SACYR CONSTRUCCIÓN S.A., SUCURSAL DEL PERÚ, SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. Y TERRAK S.A.C. [INTEGRANES DEL CONSORCIO VIAL]:

- *Sírvase informar la fecha en la que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. solicitó se le expida la Constancia de capacidad de libre contratación N° 008536-2018 [Trámite N° 2018-13666107-LIMA] de fecha 10 de octubre de 2018, con el objeto de suscribir el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 1-2018-MTC/20, procedimiento especial convocado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS NACIONAL) para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1NJ (DV. Huancabamba) – Buenas Aires – Salitral – Canchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba". Asimismo, deberá remitir copia de la documentación que acredite ello. (...)"*

18. Mediante Memorando N° D000264-2019-OSCE-SSIR presentado el 13 de mayo de 2019 ante el Tribunal, el Subdirector de Servicios de Información Registral y Fidelización del Proveedor, atendió el requerimiento de información que le fuera cursado indicando que, de acuerdo con la consulta realizada en el módulo de expedición de constancias, y el *Formulario de solicitud original*, "se verifica que la persona autorizada por la citada empresa [SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.] (Colque Fuentes Iván Boris, con DNI N° 10193359), se apersonó a solicitar la referida constancia el día 10.10.2018, correspondiente al Trámite N° 2018-13666107-LIMA" (sic).
19. Mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2019 ante el Tribunal, la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., absolvió el requerimiento de información que le fuera cursado, indicando que su representada solicitó la expedición de la constancia de capacidad libre de contratación el 10 de octubre de 2018, debido a que se encontraba pendiente la aprobación de su solicitud de aumento de capacidad de contratación.

Al respecto, precisó que el trámite de aumento de capacidad de contratación fue iniciado el 3 de octubre de 2018, debido a que su representada esperó a que la



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

buena pro a favor del Consorcio quedara consentida, lo que ocurrió el 4 de octubre de 2018; sin embargo, dicho trámite fue observado por el RNP, siendo aprobado recién el 10 de octubre de 2018.

FUNDAMENTACIÓN:

Análisis

20. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, determinar si los integrantes del Consorcio incurrieron en responsabilidad, al haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato, infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Cuestión Previa respecto a la competencia del Tribunal

21. En principio, resulta pertinente emitir pronunciamiento sobre la alegación realizada por el consorciado TERRAK S.A.C., en el sentido que, en el presente caso, el Tribunal no tendría competencia para ejercer la potestad sancionadora, atendiendo a la especialidad de la Ley para la Reconstrucción y su Reglamento, pues considera que solo son pasibles de sanción las conductas expresamente previstas en la Tercera Disposición Complementaria Final de dicha Ley, y *"asumir por remisión, extensión y/o analogía que son aplicables las "demás" infracciones de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente vulneraría el principio de tipicidad y legalidad al que hemos hecho referencia"* (sic).

Por tanto, a consideración del aludido consorciado, el Tribunal no cuenta con potestad sancionadora para conocer infracciones incurridas en el marco de normas especiales, en las que no se ha hecho referencia expresa a dicha potestad.

22. Sobre ello, es menester precisar que si bien la Ley para la Reconstrucción prevé determinadas disposiciones de carácter extraordinario frente a desastres, así como también dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, dicha Ley posee reglas especiales y particulares a efectos de atender dichos desastres atendiendo a su naturaleza urgente; sin embargo, dicha norma contiene una previsión expresa respecto a la potestad sancionadora del Tribunal en el marco de los procedimientos especiales convocados bajo dicha normativa; es así que en su artículo 7-A.6 se señaló clara y expresamente lo siguiente:

"7-A.6 Precísese, que las infracciones, sanciones y procedimiento sancionador regulado en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, es aplicable a los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas, comprendidos en los procesos que regula la presente disposición".

(El resaltado es agregado).

23. Conforme a lo anteriormente expuesto, es claro que este Tribunal es competente para emitir pronunciamiento respecto a las conductas infractoras de los proveedores en el marco de la Ley para la Reconstrucción, infracciones que se encuentran recogidas en el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, en tanto se imputa a los integrantes del Consorcio haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento especial; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 de la LCE (DL 1341).
24. Ahora bien, en tanto el consorciado TERRAK S.A.C. solicitó la aplicación de la Opinión N° 069-2013/DTN del 3 de setiembre de 2013, cabe indicar que aquélla se emitió hace más de cinco (5) años atrás, cuando aún no se había regulado ni publicado la Ley para la Reconstrucción [publicada el 29 de abril de 2017, y modificada con el Decreto Legislativo N° 1354 publicado el 3 de junio de 2018]. En dicha opinión se concluye que el *"Tribunal carece de competencia para sancionar a las empresas privadas que financian y ejecutan proyectos de infraestructura bajo el ámbito de la Ley N° 29230, toda vez que ni en dicha ley, ni en ninguna otra, se atribuye al referido Tribunal tal potestad"*.

Entonces, tenemos que la citada opinión se emitió en el marco de una consulta planteada a la luz de la Ley N° 29230, Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado, norma que no recoge en ninguno de sus extremos la competencia del Tribunal a fin de imponer sanciones, ni ninguno de sus métodos de contratación, como sí ocurre con la Ley para la Reconstrucción, conforme se ha analizado previamente.

25. Lo mismo ocurre con las Resoluciones N° 1676-2011-TCE-S2 y N° 1682-2011-TCE-S1, las cuales hacen mención a la competencia sancionadora del Tribunal en el ámbito del Decreto de Urgencia N° 026-2007, que hace alusión *"a las contrataciones de la infraestructura pública a que se refiere la presente norma se realizarán en forma directa e inmediata sin necesidad de convocar al proceso de selección que corresponda (...)".*



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Nótese que, incluso en ese caso, el decreto de urgencia dispone expresamente que las contrataciones se realizarían sin convocar proceso de selección, supuesto diferente al caso que nos ocupa, pues, la Ley para la Reconstrucción dispuso claramente aplicar procedimientos especiales y otorgó al Tribunal competencia para determinar la responsabilidad en la comisión de las infracciones allí contempladas.

26. Conforme a lo anteriormente expuesto, no corresponde acoger los fundamentos alegados por el consorciado TERRAK S.A.C. en este extremo, no apreciándose vulneración alguna al principio de tipicidad ni legalidad, correspondiendo ahora determinar si los integrantes del Consorcio son responsables del hecho que se les imputa, el cual, contrariamente a lo señalado por el referido consorciado, se encuentra claramente previsto en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Asimismo, tampoco se aprecia vulneración alguna a su derecho de defensa, que ameritase la declaración de nulidad solicitada por el consorciado TERRAK S.A.C., en tanto, en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador éste ha presentado sus descargos contra la imputación formulada en su contra, ofrecido medios probatorios y solicitado hacer uso de la palabra en la audiencia pública, de modo que se aprecia que dicha empresa participó de manera activa ejerciendo su derecho de defensa en todo momento.

Análisis

27. Al respecto, el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), 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 la siguientes infracciones:

(...)

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

(La negrita es agregada).

En este escenario, de acuerdo a la tipificación establecida, para la configuración de la infracción se requiere verificar que el Consorcio no perfeccionó el contrato, pese a haber obtenido la buena pro del respectivo procedimiento de selección.

28. Ahora bien, en primer orden, cabe traer a colación lo establecido en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción, según el cual ***"una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a contratar. (...) En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal"***.

Por tanto, para determinar si el postor ganador incumplió con la obligación referida a no perfeccionar el contrato, también resulta pertinente considerar lo dispuesto en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, el cual establece que, ***consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, el postor debe presentar a la entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las bases, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Este plazo comprende cuatro (4) días hábiles para la presentación de documentos y un (1) día hábil para la subsanación de observaciones y suscripción del contrato. La observación a la presentación de documentos para suscribir el contrato se realiza vía correo electrónico, dentro del plazo para la presentación de dichos documentos.***

Asimismo, el numeral 56.3 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción establece que cuando no se perfecciona el contrato, por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro.

29. En relación a lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, el cómputo del plazo para perfeccionar el contrato se inicia con el consentimiento de la buena pro o desde que ésta haya quedado administrativamente firme.

En este orden de ideas, para el cómputo del plazo para la suscripción del contrato, el artículo 41 del Reglamento para la Reconstrucción, señala que ***en el mismo acto público de presentación de ofertas el órgano a cargo del procedimiento de selección otorga la buena pro al postor que hubiera obtenido mayor puntaje. El otorgamiento de la buena pro se presume notificado a todos los postores en la***



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

fecha del acto, oportunidad en la que se entrega a los postores copia del acta de otorgamiento y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publica el mismo día en el SEACE.

Por su parte, el artículo 42 del mismo Reglamento precisa que **cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los cinco (5) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento. El consentimiento de la buena pro se publica en el SEACE el mismo día de producido.**

30. Las referidas disposiciones, obligan al postor beneficiado con la buena pro, a presentar la documentación requerida por 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.
31. Atendiendo a dichas disposiciones, se advierte que la normativa citada ha regulado, de manera precisa, el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia puede originar responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las 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 perfeccionamiento del contrato por parte del postor adjudicado.

32. Cabe destacar que uno de los supuestos por los cuales el postor ganador de la buena pro incumple con su obligación de perfeccionar el contrato, se produce cuando no cumple con la realización de los actos que le preceden, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases o la subsanación de los

mismos, en caso que la Entidad, así lo requiera, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar la relación contractual.

33. En consecuencia, una vez consentida o firme la buena pro del procedimiento de selección, por disposición de la Ley para la Reconstrucción y su Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato, de ser el caso, subsanar dicha documentación, en caso así se requiera, y de suscribirlo dentro del plazo establecido para dicho efecto.

Por tanto, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, tendrá que acreditarse que el contrato no haya llegado a perfeccionarse por el incumplimiento de la obligación de contratar, por parte del postor adjudicado.

Configuración de la infracción:

En relación a que el contrato no haya llegado a perfeccionarse por el incumplimiento de la obligación de contratar, por parte de los integrantes del Consorcio:

34. En ese orden de ideas, y a efectos de analizar la eventual configuración de la infracción, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que contaban los integrantes del Consorcio para presentar la documentación prevista en las bases para el perfeccionamiento del contrato, para su subsanación, y para la suscripción del contrato derivado del procedimiento de selección especial.

Cabe señalar que, en el numeral 2.6 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas del procedimiento especial, se estableció que el perfeccionamiento del contrato se realizaría con la suscripción del documento que lo contiene. Así tenemos:

"(...)

2.6. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene. Para dicho efecto el postor ganador de la buena pro, dentro del plazo previsto en el numeral 3.1 de la sección general de las bases, debe presentar la documentación requerida en ventanilla de Mesa de Partes (Área de Trámite Documentario) de PROVIAS NACIONAL, sito en Jr. Zorritos N° 1203-Cercado de Lima.

"(...)"



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

(El resaltado es agregado).

De acuerdo con el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección General de las bases del procedimiento especial, se estableció lo siguiente:

"(...)

3.1. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, el postor debe presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las bases, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Este plazo comprende cuatro (4) días hábiles para la presentación de documentos y un (1) día hábil para la subsanación de observaciones y suscripción del contrato. La observación a la presentación de documentos para suscribir el contrato se realiza vía correo electrónico, dentro del vencimiento del plazo para la presentación de dichos documentos.

Antes de la suscripción del contrato, el ganador de la buena pro que tenga condición de no domiciliado debe acreditar su inscripción en el RNP.

El ganador de la buena pro para suscribir el contrato debe acreditar la experiencia del personal requerido, conforme al requerimiento indicado en la sección específica de las bases.

Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro, debe presentar los documentos señalados en el artículo 54 del Reglamento, así como los previstos en la sección específica de las bases".

(El resaltado es agregado).

Dicha previsión resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, conforme al cual se tiene lo siguiente:

- a) El postor adjudicado debe presentar los documentos para perfeccionar el contrato, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles luego de que el otorgamiento de la buena pro quedó administrativamente firme o consentido.
- b) El plazo acotado se divide de la siguiente manera: los cuatro (4) primeros días hábiles están destinados para la presentación de documentos, y el último día hábil es para la subsanación de observaciones y la suscripción del contrato.
- c) La Entidad formula la observación a la presentación de la documentación del postor adjudicado, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, dentro de los primeros cuatro (4) días hábiles.

De igual forma, en el numeral 2.5 del mismo Capítulo II de la Sección Específica se estableció como requisito para el perfeccionamiento del contrato, la presentación de los siguientes documentos:

(...)

2.5. REQUISITOS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

- a) **Constancia de capacidad de libre contratación.**
- b) **Garantía de fiel cumplimiento del contrato [INDICAR SI DEBE PRESENTARSE CARTA FIANZA O PÓLIZA DE CAUCIÓN].**
- c) **Código de Cuenta Interbancario (CCI) ANEXO N° 11.**
- d) **Copia de la vigencia de poder del representante legal de la empresa que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.**
- e) **Copia del DNI del postor en caso de persona natural, o de su representante legal en caso de persona jurídica.**
- f) **Documentos que acrediten la experiencia del Residente.**
- g) **Calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (CPM), el cual debe presentar la ruta crítica y la lista de hitos claves de la obra.**
- h) **Calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de la obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualiza con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente.**
- i) **Calendario de utilización de equipo, en caso la naturaleza de la contratación lo requiera.**
- j) **Declaración jurada indicando lo siguiente:**
 - **Si sus representantes legales, accionistas, gerentes, directores y la misma contratista, tienen sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada, o sanción administrativa, por la comisión de delitos contra la administración pública o infracción a las normas sobre contrataciones públicas, y;**
 - **Si a la fecha de suscripción del contrato, cuenta con algún proceso penal o procedimiento administrativo sancionador en trámite, por la comisión de delitos e infracciones.**
- k) **Copia de la constitución de la empresa y sus modificatorias debidamente actualizada.**

Importante

(...)

- **En caso el postor ganador de la buena pro sea un consorcio, las garantías que presente este para el perfeccionamiento del contrato, así como durante la ejecución contractual, de ser el caso, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 33 de la LCE, deben consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio en calidad de garantizado, de lo contrario no podrán ser aceptadas por las Entidades. No se cumple el requisito antes indicado si se consigna únicamente la denominación del consorcio, conforme a lo dispuesto en la Directiva "Participación de Proveedores en las Contrataciones del Estado."**
- (...).

(El resaltado es agregado)



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

35. Siendo así, de la revisión del Acta publicada en el SEACE el 24 de setiembre de 2019, se aprecia que: i) el otorgamiento de la buena pro del procedimiento especial a favor del Consorcio se efectuó en acto público **el 24 de setiembre de 2018**, siendo publicado en la misma fecha en el SEACE, y ii) hubo más de una oferta válida en el procedimiento especial⁷.

En virtud de lo señalado en el artículo 42 del Reglamento para la Reconstrucción, el consentimiento de la buena pro a favor del Consorcio se produjo el **1 de octubre de 2018** [cinco (5) días hábiles desde la notificación de su otorgamiento], y en la misma fecha la Entidad publicó en el SEACE el consentimiento de la buena pro del procedimiento especial.

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, los integrantes del Consorcio contaban con cinco (5) días hábiles para perfeccionar el contrato, desde el consentimiento de la buena pro, plazo que se dividía en: cuatro (4) días hábiles para presentar los documentos requeridos en las bases, y un (1) día hábil para subsanar posibles observaciones y suscribir el contrato.

En consecuencia, el plazo de cinco (5) días hábiles que la norma disponía para que los integrantes del Consorcio perfeccionen el contrato, venció el 9 de octubre de 2018.

Sobre ello, en el expediente obra la carta s/n⁸ presentada, el **5 de octubre de 2018 a horas 05:05 p.m.**⁹, mediante la cual el representante común del Consorcio remitió a la Entidad los documentos para la firma del contrato, conforme al siguiente detalle:

⁷ La oferta del Consorcio Vial Piura, integrado por las empresas Constructora Málaga Hnos. S.A. y Sinohydro Boureau & Co. Ltd.

⁸ De folios 62 a 64 del expediente administrativo.

⁹ Como se aprecia de la documentación obrante en el folio 65 del expediente administrativo.

CONSORCIO VIAL

Lima, 06 de octubre de 2018

Señores:

PROVIAS NACIONAL

Jr. Zorritos N°1203 - Cercado de Lima 1

Atención: Jefe de la Oficina de Administración

Asunto: Presentación de requisitos para perfeccionar el contrato

Referencia: PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL N° 0001-2018-MTC/20.
EJECUCIÓN DE LA OBRA: REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1NJ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES - SALITRAL - CANCHAQUE - EMP. PE - 3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+800-HUANCABAMBA

De nuestra consideración:

Por medio de la presente y en función a la información solicitada. Le presentamos a Ud. los documentos que son requisitos para perfeccionar el contrato del asunto en referencia.

Asimismo, para este proceso le hacemos llegar a continuación los documentos solicitados:

- a) Constancia de capacidad libre de contratación.
- b) Garantía de fiel cumplimiento del contrato (INSUR S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y, AVLA PERÚ COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.).

c) ... (-)

126424
11 OCT 2018
Tribunal de Contratación
CAR # 00062
FOLIO #

Conforme fluye de la carta anterior, el Consorcio habría cumplido con presentar la documentación requerida en las bases integradas para el perfeccionamiento del contrato, dentro del plazo de cuatro (4) días hábiles desde el consentimiento de la buena pro a su favor, esto es el 5 de octubre de 2018.

36. Cabe recordar que, el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción y las propias bases integradas también establecen que, después de haber presentado la documentación correspondiente, la Entidad puede formular observaciones a dicha documentación del Consorcio, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, hasta el mismo 5 de octubre de 2018 (que como se aprecia fue la fecha en que el Consorcio presentó la documentación), y los integrantes del Consorcio contaban con un (1) día hábil para subsanarlas, y de ser el caso, suscribir el Contrato.

En consecuencia, el plazo que tenía la Entidad para observar la documentación presentada por el Consorcio, venció el 5 de octubre de 2018, y el plazo que tenía el Consorcio para la subsanación y suscripción del contrato, a su vez venció el 9 de octubre de 2018.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- (i) Ahora bien, fluye del expediente administrativo que el 5 de octubre de 2018 a horas 8:37 p.m., dentro del plazo establecido en la normativa para la **Reconstrucción** [cabe tener presente que el Consorcio remitió la documentación ese mismo día a las 5:05 pm), la Entidad cursó un correo electrónico al Consorcio, a fin de comunicarle las observaciones a la documentación presentada. A continuación se reproduce el aludido correo electrónico:

Bryan Hal Stuart Rivera

De: Bryan Hal Stuart Rivera
 Enviado el: viernes, 05 de octubre de 2018 08:37 p.m.
 Para: Wilmer Rihu, Abregu
 CC: Bryan Hal Stuart Rivera
 Asunto: Se solicita suscribir observaciones a la documentación presentada para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1NJ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES-SALTRAL-CANCHAQUE-EMP. PE-3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA", siendo que, de dicha revisión se realizaron las siguientes observaciones:

TRIBUNAL DE CONTRATACIONES DEL ESTADO
 CAS N° 00052

Estimados:
 CONSORCIO VIAL:

Me dirijo a usted, en virtud de lo señalado en el numeral 56.1 del artículo 56° del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM - Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, se procede con la revisión de los documentos presentados para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1NJ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES-SALTRAL-CANCHAQUE-EMP. PE-3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA", siendo que, de dicha revisión se realizaron las siguientes observaciones:

1. Respecto de la presentación de la Constancia de Capacidad Libre de Contratación, se observa que ha sido aplicado la constancia de la empresa SACYR CONSTRUCCION S.A. SUCURSAL DEL PERU, no adjuntando la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.C., por lo que se deberá de presentar dicha constancia.

2. Se observa que en las Cartas Fianza N° 3102018007935 y N° 3002018007934, emitidas por la empresa INSA, señala:

A efectos de CONSORCIO VIAL, emitido por SACYR CONSTRUCCION SA SUCURSAL DEL PERU (2054804520), SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.S (204258779) y TONKAK S.A.C. (2050254061), atorgados por el presente documento carta fianza insolvencia, irrevocable, intransferible, sin beneficio de excusión y de liberación automática al que beneficiario de usucapio como beneficiarios, lo cual se hará efectiva por el motivo que se menciona en el FIEL CUMPLIMIENTO correspondiente al presente objeto: PROCEDIMIENTO DE CONTRATACION PUBLICA ESPECIAL N° 0001-2018-MTC/20, PRIMERA CONVOCATORIA, CONTRATACION DE LA EJECUCION DE LA OBRA: REHABILITACION Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1NJ (DV. HUANCABAMBA) - BUENOS AIRES - SALTRAL - CANCHAQUE - EMP. PE - 3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600 - HUANCABAMBA.

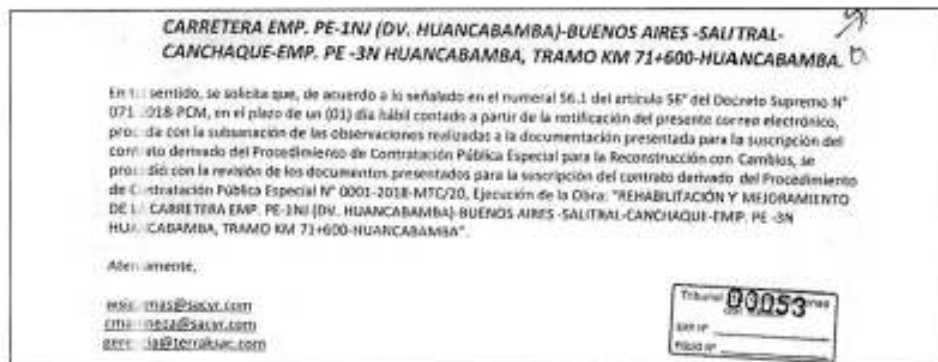
De igual manera, en la Carta Fianza N° 210301770, emitida por la empresa INSUR, se ha consignado:

De talde de la misma asegurada:

Garantía de Fiel Cumplimiento correspondiente al Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Primera Convocatoria, Contratación de la Ejecución de la Obra: "Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera EMP. PE-1NJ(DV. Huancabamba) - Buenos Aires - Saltral - Canchaque -EMP. PE - 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba

En tal sentido, deberá de corregir las referidas cartas fianza, señalando como objeto de la Garantía de Fiel Cumplimiento:

El contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA



Nótese del correo anterior, que la Entidad remitió a los integrantes del Consorcio dos (2) observaciones en relación a la documentación presentada para la firma del contrato: i) una observación referida a que en las dos cartas fianzas, emitidas por la empresa INSUR, no se había consignado correctamente el objeto de la garantía de fiel cumplimiento, y ii) una observación referida a que se omitió presentar la constancia de capacidad libre de contratación del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

Cabe precisar que los integrantes del Consorcio, en sus descargos, señalaron que el aludido correo electrónico fue cursado el **5 de octubre de 2018 a las 8:56 p.m.**

Asimismo, según se aprecia del propio texto del correo electrónico, la Entidad dispuso que el Consorcio debía subsanar la carta fianza y la constancia de capacidad de libre contratación **en el plazo de un (1) día hábil** desde que se notificó vía correo electrónico las observaciones (5 de octubre de 2018), aludiéndose específicamente al numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

- (ii) Asimismo, en el expediente también constan las carta s/n¹⁰ presentadas el 9 y 10 de octubre de 2018, mediante las cuales el representante común del Consorcio indicó subsanar las observaciones formuladas por la Entidad, conforme al siguiente detalle:
- Con la carta s/n del **9 de octubre de 2018**, presentó las cartas fianzas corregidas, como se aprecia a continuación [cabe precisar que si bien

¹⁰ Obrantes de folios 54 a 61 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo Supervisor de Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

se alude a la constancia observada, ésta no fue presentada en dicha oportunidad]:

CONSORCIO VIAL
 Calle San Pedro 1146, Oficina 1101-1102 San Isidro, Lima - Perú
 Central Telefónica: +51 1 474 4948

Setores:
PROYECTOS NACIONALES
 Jr. Zarate Nº 1201 - Cercado de Lima

Atención: Jefe de Oficina de Administración

Asunto: Subsanar observaciones constatadas mediante correo electrónico del 03 de octubre de 2018

De remota memoria y consideración:

Métele la presente procedimiento con subsanar las observaciones notificadas mediante correo electrónico de fecha 03 de octubre de 2018, conforme a los siguientes términos:

- Respecto de la presentación de la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.C., se adjunta a la presente comunicación la respectiva constancia (Anexo N° 1).
- Respecto al texto de las Cartas Fianza N° 3002814007913 y N° 3002814007934, emitidas por la empresa AVILA, así como la Carta Fianza N° 218201778, emitida por la empresa INSUR, se adjunta nuevamente los mismos (Anexo N° 2), los cuales concuerdan con el mismo número de serie, habiéndose procedido al todo reparado, el cual quedó reflejado, en la parte correspondiente, de la siguiente manera:

(...)

- Con la carta s/n del **10 de octubre de 2018**, presentó la Constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., como se aprecia a continuación:

Setores:
PROYECTOS NACIONALES
 Jr. Zarate Nº 1201 - Cercado de Lima

Atención: Jefe de Oficina de Administración

Asunto: Resolución Constancia de Capacidad Libre de Contratación

Demuestra mayor consideración:

Que dentro del plazo de ley, concuerdan con adjuntar la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.C. (Anexo N° 1).

POR TANTO:
 Sérvase tener por presente lo expuesto.

Adjunto:

Constancia de Capacidad Libre de Contratación de Sacyr Construcción Perú S.A.C.

Lima, 10 de octubre de 2018

37. En este punto cabe recordar que, de acuerdo con las bases integradas y con el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción:

- (i) El Consorcio debía presentar los documentos para perfeccionar el contrato, subsanar las posibles observaciones y suscribir el documento contractual, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles luego de que el otorgamiento de la buena pro quedó administrativamente firme o consentido.

Considerando que, en el presente caso, el **lunes 1 de octubre de 2018** quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, el plazo de cinco (5) días hábiles venció, indefectiblemente, el **martes 9 de octubre de 2018** [en tanto el **lunes 8 de octubre de 2018** no fue día hábil].

- (ii) El plazo de cinco (5) días acotado se divide de la siguiente manera [es decir hasta el 9 de octubre de 2018 debían realizarse las siguientes actuaciones]: los cuatro (4) primeros días hábiles están destinados para la presentación de documentos y el requerimiento de su subsanación por parte de la Entidad, y el último día hábil es para la subsanación de observaciones y la suscripción del contrato.

Así, en tanto el **lunes 1 de octubre de 2018** quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, el plazo antes referido de cuatro (4) días hábiles venció, el **viernes 5 de octubre de 2018**, plazo en el cual los integrantes del Consorcio debían presentar la documentación requerida para suscribir el contrato, y en caso la Entidad observase dicha documentación, debían subsanarla como máximo hasta el **9 de octubre de 2018**.

- (iii) La Entidad puede formular observaciones a dicha documentación del Consorcio, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, dentro de los primeros cuatro (4) días hábiles, y los integrantes del Consorcio cuentan con un (1) día hábil para subsanarlas.

En el presente caso, el **5 de octubre de 2018** venció tanto el plazo del Consorcio para la presentación de los documentos requeridos en las bases para la suscripción del contrato, como el plazo de la Entidad para formular observaciones a dicha documentación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Contrataciones
Estatales

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

En esa misma línea, habiéndose formulado observaciones a la documentación del Consorcio, el 9 de octubre de 2018 venció i) el plazo de un (1) día hábil que tenía el Consorcio para subsanar las observaciones de la Entidad, y, su vez, ii) el plazo máximo de cinco (5) días hábiles que prevé el Reglamento para la Reconstrucción para presentar la documentación requerida en las bases, subsanarla y suscribir el contrato.

38. En este extremo, cabe indicar que los consorciados han alegado que la notificación del correo electrónico por parte de la Entidad se realizó fuera de las horas hábiles, esto es, el 5 de octubre de 2018 a las 8:56 p.m., y a los correos electrónicos corporativos de cada empresa y no, propiamente, al correo electrónico del representante común del Consorcio [*entendido como persona natural y no como representante de alguna de las consorciadas*](sic), quien recién el 9 de octubre de 2018 tomó conocimiento circunstancial de dicho correo electrónico.

Al respecto, alegan que en tanto ni el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción ni la LCE (DL 1341) [aplicable de manera supletoria de acuerdo con el artículo 7-A.8 de la Ley para la Reconstrucción], contienen ninguna previsión sobre el horario en que es posible notificar vía correo electrónico las observaciones a los documentos presentados para la suscripción del contrato, es necesario recurrir al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma en la cual, entre otros, se prevé que *la notificación debe realizarse en día y hora hábil* para que surta efectos legales.

A partir de lo anterior, sostienen que:

- *(...) en el artículo 147.- Régimen de las horas hábiles, del TUO de la LPAG, que es de aplicación al régimen de notificación, en todo aquello que la Ley especial (norma del mismo rango, y no una Resolución Directoral) no la hubiera regulado. Dicho artículo prevé que el horario de atención de las entidades para la realización de cualquier actuación se rige por horas hábiles correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de la Entidad.*

Dicho artículo, en su oportunidad, bajo el anterior artículo 138 de la LPAG (antes de la modificación a TUO), fue objeto de análisis por el mismo Tribunal de Contrataciones del Estado, a través del Acuerdo de Sala Plena N° 006/2005 del 19 de abril de 2005 que, si bien se emitió bajo un ámbito normativo diferente, preveía una interpretación que puede ser trasladada al vigente artículo 147 precitado, debido a que éste regula la misma disposición normativa. En dicho Acuerdo de Sala Plena, se dispuso que: (...) los horarios de atención de las entidades públicas para la realización de cualquier actuación, como el caso del diligenciamiento de las notificaciones, están regidos por reglas establecidas por ley, con la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de petición de los ciudadanos y su consecuente tramitación, atenuando la discrecionalidad de la administración en este tema" (sic).

"[...] consideramos que la notificación electrónica recibida el viernes 05 de octubre de 2018, a las 20:56 horas, fue efectuada el día 09 de octubre de 2018, y a partir de esa fecha surten sus efectos, los mismos que culminan el miércoles 10 de octubre de 2018, fecha en la que el Consorcio cumplió con entregar la documentación faltante requerida por la Entidad, dando por subsanadas todas y cada una de las observaciones planteadas por aquella, debiendo haberse procedido con la suscripción del respectivo contrato" (sic).

39. Sobre ello, en principio es menester recordar que la **Ley para la Reconstrucción prevé disposiciones de carácter extraordinario frente a desastres, a partir de reglas especiales y particulares a efectos de atender dichos desastres dada su naturaleza urgente.**

Conforme a lo anterior, si bien el numeral 18.1 del artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en lo sucesivo el **TUO de la LPAG**, establece que *"la notificación debe realizarse en día y hora hábil, salvo regulación especial diferente o naturaleza continuada de la actividad"*, encontrándose disposiciones similares en el numeral 5 del artículo 86¹¹, en el numeral 1 del artículo 149¹²; sin embargo, dicha Ley constituye una norma que se aplica a los procedimientos administrativos que lleven a cabo las Entidades en general, mientras que **la normativa para la Reconstrucción constituye una normativa especial que se emplea en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras que realizan las Entidades para la implementación del Plan Integral para la Reconstrucción con Cambios**, precisamente, la especialidad a que se alude en la parte final del numeral 18.1 del artículo citado.

En cuanto a ello, es importante señalar que el numeral 7-A.8 del artículo 7-A de la Ley para la Reconstrucción establece que:

"En todo lo no regulado y siempre que no contravenga la presente Ley y el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, es de aplicación supletoria la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobada por Decreto Supremo N° 350-2015-EF. El Procedimiento de Contratación Pública Especial se encuentra sujeto a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)".

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final de la LCE (DL 1341), establece lo siguiente:

¹¹ Cabe tener en cuenta que los consorciados citan el numeral 5 del artículo 75 de la Ley N° 27444.
¹² Cabe tener en cuenta que los consorciados citan el numeral 1 del artículo 138 de la Ley N° 27444.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

"La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente norma, a su Reglamento así como a las directivas que se elabore para tal efecto; conjuntamente con los documentos estándar, manuales, y demás documentos de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública".

Por lo tanto, conforme a dichas disposiciones, tanto la Ley para la Reconstrucción como su Reglamento, así como la LCE (DL 1341) con su Reglamento, prevalecen sobre las normas que regulan el procedimiento administrativo general.

Considerando lo antes expuesto, los procedimientos de selección especiales, se rigen por lo dispuesto en la Ley para la Reconstrucción como su Reglamento, normas que resultan aplicables al presente caso. En tal sentido, no corresponde acoger los argumentos de los consorciados en este extremo, pues atendiendo a la especial naturaleza del procedimiento de selección recogido en la Ley para la Reconstrucción, no resulta aplicable el régimen de la notificación personal recogido en el TUO de la LPAG, sino el régimen especial de notificación a través de correo electrónico previsto en el Reglamento de la Reconstrucción.

Atendiendo a los fundamentos expuestos, y contrariamente a lo alegado por los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, tampoco resultan de aplicación las disposiciones establecidas por otras entidades públicas respecto a la notificación electrónica, en tanto las mismas solo resultan aplicables en el ámbito de sus propias competencias y procedimientos específicos.

40. En este punto, cabe traer a colación que los integrantes del Consorcio también calificaron como defectuosa la notificación practicada por la Entidad el 5 de octubre de 2018, debido a que en el Anexo N° 2 no se estableció un apartado para que los consorciados colocaran el correo electrónico de su representante común, de modo que aquellos no consignaron ese dato [el cual, según indicaron, tampoco les fue solicitado ni siquiera de manera verbal], por lo que la Entidad notificó las observaciones materia de análisis a los correos electrónicos de cada empresa, y no propiamente al correo de su representante común, conforme a lo autorizado en el Anexo N° 2.

A partir de lo anterior, el consorciado TERRAK S.A.C. considera que al existir una imposibilidad física y jurídica de consignar un correo electrónico propio del representante común, la Entidad debió verificar el acuse de recibo respectivo por parte del representante común, lo que *"no se verifica de forma concreta sino de forma circunstancial"* (sic). No obstante, sostuvo que la Entidad *"asumiendo que el representante común administraba el correo corporativo de la empresa SACYR PERÚ también para sus actividades como representante común, notificó –no directamente– sino "en copia" las observaciones a la documentación requerida para la firma del contrato, al correo del señor Carlos Martínez-Almeida López en su condición de representante legal de la empresa SACYR PERÚ y SACYR SUCURSAL"* (sic).

En principio, cabe tener en cuenta que la empresa TERRAK S.A.C. también indicó que dicho anexo, fue modificado con las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE y 084-2018-RCC/DE, respecto a las cuales se debe indicar que mediante la **Resolución Directoral N° 068-2018-RCC/DE** del 29 de agosto de 2018 se modificó el Anexo 9 - *"Modelo Carta de Referencia Bancaria"*, y por su parte, mediante la **Resolución Directoral N° 084-2018-RCC/DE** del 5 de octubre de 2018 se modificaron las *Bases estándar para los procedimientos de selección de bienes, ejecución de obras, servicios en general, concurso oferta para obras, consultoría en general y consultoría de obra a ser convocados en el marco del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM*; por lo que, ninguna de las resoluciones citadas resulta aplicable al presente caso, en tanto el presente procedimiento especial fue convocado el 27 de agosto de 2018.

Ahora bien, de la revisión de la oferta del Consorcio, obrante en el expediente administrativo [folios 581, 583 y 585] , se aprecian los **Anexos Nos. 2 – "Declaración jurada de datos del postor"** del 20 de setiembre de 2018, suscritos por cada uno de los integrantes del Consorcio, en los cuales todos ellos consignaron sus correos electrónicos, los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. consignaron el correo electrónico cmartinez@sacyr.com y el consorciado TERRAK S.A.C. consignó el correo electrónico gerencia@terraksac.com, asimismo, declararon expresamente que: *"En caso de consorcio, las notificaciones se harán al correo electrónico del representante legal del consorcio"* (sic).

Por tanto, en el presente caso, se verifica que **los consorciados autorizaron expresamente a la Entidad para notificarlos vía correo electrónico**, lo cual ha sido reconocido por todos ellos en sus escritos de descargos.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Supleniente
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Aunado a lo anterior, también se debe tener en cuenta que en el **Anexo N° 7 – Contrato de Consorcio¹³**, aquellos designaron como su representante común al señor **Carlos Martínez – Almeida López**, precisándose que su designación como representante común era **“para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional”** (sic).

En atención a ello, los integrantes del Consorcio:

- i) Autorizaron a que se les notifique al correo electrónico de su representante legal, sin que aquellos hubieran incluido en el Anexo N° 2 alguna precisión o referencia respecto a ello.

En este extremo, no resulta amparable el argumento del consorciado TERRAK S.A.C. en relación a que existía una imposibilidad física y jurídica para consignar en el Anexo N° 2 el correo electrónico de su representante legal, pues dicho documento es completado por los postores de forma libre, debiendo respetar la información que como mínimo se establece en el formato.

- ii) Designaron al señor **Carlos Martínez – Almeida López**, como representante común del consorcio, quien a su vez es el representante legal de las empresas SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., y a quien corresponde el correo electrónico cmartinez@sacyr.com,

De modo que, la Entidad podía, válidamente, considerar dicho correo electrónico a efectos de notificar a todos los consorciados, verificándose que, en el presente caso, la notificación electrónica fue realizada al correo declarado por cada uno de ellos en sus respectivos Anexos Nos. 2.

Lo anterior, puede corroborarse con la copia del correo electrónico del 5 de octubre de 2018 remitido por la Entidad, y asimismo, con los descargos de cada uno de los consorciados, quienes además **han reconocido haber recibido el mismo el 5 de octubre de 2018 a las 20:56 horas**, con lo cual se tiene certeza de

¹³ Obrante de folios 635 al 636 del expediente administrativo.

su recepción por aquellos . A continuación se detalla lo indicado por los consorciados:

- Los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. señalaron que: *"consideramos que la notificación electrónica recibida el viernes 05 de octubre de 2018, a las 20:56 horas, fue efectuada el día martes 9 de octubre de 2018 (...)"* (sic).
- El consorciado TERRAK S.A.C. indicó que: *"(...) si verificamos la notificación que efectuó la Entidad en nuestro caso, el 5 de octubre de 2018 a las 20:56 horas, podemos advertir que la comunicación se realizó a los correos electrónicos corporativos de cada empresa, (...)"* (sic).

De ahí, que tampoco resulten amparables sus argumentos en este extremo referidos a la existencia de una notificación defectuosa, más aun considerando que en el Formato del Anexo N° 2 de las **Bases Estándar del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios – Contratación de ejecución de obras**, aprobadas mediante Resolución Directoral N° 056-2018-RCC/DE, se establece expresamente que los postores deben declarar lo siguiente: *"Asimismo, autorizo a que se me notifique al correo electrónico consignado en la presente declaración jurada todas las actuaciones del procedimiento de selección y de la ejecución contractual, no siendo necesario acreditar el acuse de recibo"*, precisó que también fue recogida en las bases del presente procedimiento de contratación especial.

Por tanto, en el presente caso, se verifica que **los consorciados fueron notificados vía correo electrónico el 5 de octubre de 2018 a las 20:37 horas**, atendiendo precisamente al régimen especial establecido en la normativa para la Reconstrucción al que ellos voluntariamente se sometieron, no apreciándose por ello vulneración alguna al principio de transparencia.

41. Por otro lado, según se aprecia del propio texto del correo electrónico remitido el 5 de octubre de 2018, la Entidad dispuso que el Consorcio debía subsanar la carta fianza y la constancia de capacidad libre de contratación **en el plazo de un (1) día hábil** desde que se realizó vía correo electrónico la observación (5 de octubre de 2018).

Lo anterior, resulta acorde con el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, que prevé que **para la subsanación** [en tanto se pueden



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

formular las observaciones como máximo hasta el cuarto día hábil desde el consentimiento de la buena pro], se destina un día hábil completo [específicamente, el quinto día del plazo máximo].

En ese sentido, queda demostrado que la Entidad formuló y comunicó al Consorcio, las observaciones relacionadas a la carta fianza y la constancia de capacidad libre de contratación del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., el día **5 de octubre de 2018**; es decir, al cuarto día hábil desde el consentimiento de la buena pro al Consorcio; por lo que, **las mencionadas observaciones fueron realizadas de forma oportuna por la Entidad.**

Al respecto, también debe considerarse el hecho de que la Entidad, solo tenía hasta el 5 de octubre de 2018 para observar la documentación del Consorcio, y **habiendo el mismo día presentado aquella, precisamente el 5 de octubre de 2018 a las 5:05 p.m.**, la Entidad a las 8:56 p.m. le comunicó sus observaciones; es decir, aproximadamente luego de tres (3) horas.

En este punto se debe indicar que, atender a un análisis como el propuesto por los consorciados, esto es, que la Entidad solo podía notificarlos vía correo electrónico en horas hábiles, atendiendo a que los consorciados recién presentaron la documentación el último día del plazo a las 5:05 p.m., supondría que aquella formulara las observaciones de forma extemporánea, el día 5 y no el día 4 previsto en la normativa para la Reconstrucción, lo que implicaría no solo un incumplimiento pasible de responsabilidad administrativa por parte de los funcionarios de la Entidad, o que se firme el contrato de forma extemporánea o dentro del plazo pero sin contar con los requisitos necesarios para ello.

42. En ese contexto, en virtud de la revisión de los documentos obrantes en autos, se advierte que el día 5 del plazo máximo con que contaban los integrantes del Consorcio para perfeccionar el contrato, no se contaba con la *Constancia de capacidad libre de contratación* de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., la cual recién fue presentada el **10 de octubre de 2018**, es decir, fuera del plazo establecido en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

Sobre el particular, la Sala no puede soslayar que el documento presentado fuera de plazo por los integrantes del Consorcio es la "Constancia de capacidad libre de contratación de SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.", documento cuya presentación se encontraba prevista no solo en las bases integradas sino en el

numeral 5 del artículo 54 del Reglamento para la Reconstrucción. Por lo tanto, puede apreciarse que no es cierto que los integrantes del Consorcio hubieran contado solo con unas horas para su presentación, allí donde aquellos conocían que estaban obligados a contar con dicho documento para la suscripción del contrato desde que participaron en el procedimiento de selección presentando su oferta [24 de setiembre de 2018]. Por tal motivo, en el presente caso, tampoco se aprecia vulneración alguna al derecho al debido procedimiento de aquellos.

En relación a lo anterior, conviene recalcar que la infracción imputada a aquellos, se configura con el no perfeccionamiento del contrato por la falta de presentación de los documentos necesarios para tal fin, dentro del plazo establecido, toda vez que ello constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar la relación contractual.

Al respecto, es preciso indicar que era responsabilidad de los consorciados diligenciar de manera oportuna los documentos para el perfeccionamiento del contrato, asegurándose de su presentación ante la Entidad, y de ser el caso, de su subsanación oportuna, pues el plazo de cinco (5) días hábiles previsto en el Reglamento de Reconstrucción comprende el plazo para subsanar en caso la Entidad formulase observaciones a la documentación presentada.

Asimismo, pese a que la presentación de la constancia de capacidad libre de contratación estaba prevista en las bases como un requisito necesario para la firma del contrato, y que existía un plazo perentorio con el cual se contaba para presentar los documentos, se advierte que dicho documento recién fue tramitado el día 10 de octubre de 2018, esto es, en el sexto (6°) día hábil siguiente al consentimiento de la buena pro; toda vez que, según la propia manifestación de los integrantes del Consorcio recién tuvieron conocimiento de las observaciones de la Entidad, el 9 de octubre de 2018, por medio de un correo electrónico enviado a los representantes legales de los consorciados; es decir, el mismo día del vencimiento del plazo correspondiente [día cinco (5) contado desde el día siguiente del consentimiento de la buena pro]; ello, no obstante que, desde la presentación de su oferta, el 24 de setiembre de 2018, los consorciados conocían de la obligatoriedad de su presentación, lo que evidencia una inobservancia al deber de diligencia de parte de aquéllos.

Lo anterior resulta más evidente, si se considera que el propio consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. ha indicado que tramitó dicha constancia el 10 de octubre de 2018, debido a que recién el día 3 de octubre de 2018, solicitó el



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Contratación Pública

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

aumento de su capacidad máxima de contratación, esto es, el día 2 del plazo con que contaba para presentar la documentación para perfeccionar el contrato, pues, contrariamente a lo alegado por éste, el 4 de octubre de 2018 no quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, sino el 1 del mismo mes y año.

En este extremo, se debe tomar en cuenta que el 24 de setiembre de 2018 el Consorcio presentó su oferta económica ascendente a S/ **419'916,070.27**, señalando en el Anexo N° 7, que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. se comprometía con el **1%** a la ejecución de la obra, es decir, dicho postor debía contar con una capacidad libre de contratación como mínimo del **1%** del total de la oferta económica, es decir, S/ **4'199,160.70**, sin embargo, conforme se aprecia de la información registrada en el RNP, a dicha fecha la misma solo contaba con una capacidad máxima de contratación de S/ **500,000.00**, la cual recién el 10 de octubre de 2018 se aumentó a S/ **190'707,000.00**, es decir vencido el plazo máximo para la presentación de los documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato.

43. En ese contexto, en virtud de la revisión de los documentos obrantes en autos, se observa que después de vencido el plazo máximo otorgado por la Entidad, los consorciados remitieron la "Constancia de capacidad libre de contratación de SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. Por tanto, los integrantes del Consorcio no subsanaron la documentación solicitada, en los plazos establecidos en las bases y en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción; por lo que, el contrato no se perfeccionó por el incumplimiento de la obligación de contratar por parte de aquellos, con lo cual se acredita, la configuración del supuesto de hecho previsto como infracción administrativa en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Sobre la posibilidad de la aplicación de la norma más favorable para el administrado.

44. En relación a lo anterior, es necesario tener en consideración que el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, contempla el principio de irretroactividad, según el cual, 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 sancionadora que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o ha sido modificado, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable.

45. En tal sentido, resulta oportuno señalar que el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), establecía como infracción aplicable a la conducta imputada a los integrantes del Consorcio, la siguiente:

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

Asimismo, el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341) establecía que la sanción a imponerse, por la conducta antes aludida, sería una multa, la cual es 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 oferta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), precisándose que la resolución que imponga la multa debe establecer 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.

46. Sobre el particular, es preciso señalar a la fecha se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante el **TUO de la LCE**, el cual establece como infracción aplicable a la conducta imputada a los integrantes del Consorcio, la siguiente:

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

Por su parte, el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la LCE, establece como sanción aplicable a la referida conducta, la misma sanción (de multa) que recogía el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), precisándose que la medida cautelar a ser impuesta -vigente en tanto la multa no sea pagada por el infractor-, no deberá ser menor de tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses.

47. En ese sentido, la nueva tipificación de la infracción de incumplir con la obligación de perfeccionar el contrato, actualmente establecida en el TUO de la LCE, contiene supuestos más favorables para el administrado en relación con la tipificación que estuvo establecida en la LCE (DL 1341); toda vez que, para determinar la



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

configuración de la infracción, actualmente se requiere verificar si en la conducta del infractor no medió algún supuesto que justifique su incumplimiento, esto es, hechos sobrevinientes al otorgamiento de la buena pro no imputables a los integrantes del Consorcio que hayan generado la imposibilidad física o jurídica de cumplir con su obligación, o que hayan ocurrido situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, en cuanto a la medida cautelar a imponerse al infractor, el TUO de la LCE actualmente recoge un supuesto más beneficioso que la LCE (DL 1341), toda vez que, la medida cautelar a ser impuesta no podrá ser menor a tres (3) ni mayor a dieciocho (18) meses, la cual se mantendrá vigente en tanto no se pague la multa impuesta, restricción que resulta más beneficiosa que aquella que estuvo establecida en la LCE (DL 1341), pues esta última disponía que la medida cautelar se mantiene vigente de forma indefinida en tanto no sea pagada la multa impuesta.

48. Por lo tanto, en aplicación del *principio de retroactividad benigna*, corresponde que este Tribunal verifique si en el expediente obran medios probatorios de los cuales se pueda determinar si la conducta de los integrantes del Consorcio, de no perfeccionar el contrato, estuvo afectada por algún supuesto de imposibilidad física o jurídica o de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que la justifique, supuestos en los cuáles ameritaría la exoneración de responsabilidad administrativa.
49. Sobre el particular, el Tribunal ha reconocido en reiteradas resoluciones¹⁴ que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la **imposibilidad física** del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la **imposibilidad jurídica** consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados.

¹⁴ Resolución N° 0135-2017-TCE-S4, Resolución N° 0208-2017-TCE-S4, Resolución N° 0222-2017-TCE-S4, Resolución N° 1250-2016-TCE-S2, Resolución N° 1629-2016-TCE-S2, Resolución N° 0596-2016-TCE-S2, Resolución N° 1146-2016-TCE-S2, Resolución N° 1450-2016-TCE-S2, entre otras.

Asimismo, debe precisarse que para que un hecho se constituya como caso fortuito o fuerza mayor, deben concurrir los siguientes elementos: i) debe ser extraordinario, es decir, que las circunstancias en las cuales se presente deben ser excepcionales e irrumpir en el curso de normalidad; ii) debe ser imprevisible, es decir, que en circunstancias ordinarias no habría podido predecirse su ocurrencia; y iii) el acontecimiento debe ser irresistible, es decir, que su ocurrencia no haya podido ser evitada o resistida.

50. Ahora bien, en los descargos presentados por los integrantes del Consorcio, no se aprecia que aquellos hubieran alegado algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor como motivo por el cual no se presentaron los requisitos completos para la suscripción del contrato, generando que la documentación completa sea presentada fuera del plazo máximo previsto en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

Sin perjuicio de lo expuesto, el hecho señalado por los consorciados, referido a que la Entidad les notificó las observaciones a la documentación presentada fuera del horario hábil, no puede ser considerado como un evento extraordinario o imprevisible, pues aquellos sí tenían control respecto a la ocurrencia del mismo, pues conocían, desde que presentaron su oferta [24 de setiembre de 2018]: i) que la *constancia de capacidad de libre contratación* era un requisito para la suscripción del respectivo contrato, por tanto les correspondía realizar las acciones preventivas para que la entrega de documentos se efectúe dentro del plazo correspondiente; y, ii) que contaban con un plazo máximo de cuatro (4) días hábiles para presentar la documentación necesaria para la suscripción del contrato, y con un plazo máximo de un (1) día hábil para subsanar las observaciones de la Entidad [observaciones que también se debían realizar como máximo dentro del plazo de cuatro días con que contaban para la presentación de los documentos].

De igual manera, el hecho descrito no puede ser irresistible, puesto que pudieron actuar con mayor diligencia y tomar las precauciones del caso, como tramitar la *de capacidad de libre contratación* con mayor anticipación.

En ese orden de ideas, no se aprecia la existencia de fuerza mayor alguna que haya impedido a los integrantes del Consorcio cumplir con su obligación; no habiéndose, además, configurado ninguna situación de imposibilidad física ni jurídica.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SCE
Sistema
Nacional de
Contratación
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

51. En consecuencia, habiéndose acreditado que los integrantes del Consorcio no cumplieron con presentar ante la Entidad los documentos completos solicitados para la suscripción del contrato dentro del plazo legal previsto para ello, y no habiéndose verificado la existencia de alguna causa justificante para dicha conducta, a juicio de este Colegiado, ésta conducta, también se subsume el tipo infractor actualmente establecido en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la LCE; por lo que, aquellos son responsables por su comisión, siendo posibles de sanción administrativa.
52. Por otro lado, en aplicación del principio de retroactividad benigna, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, en el presente caso, corresponde que este Tribunal, adicionalmente a la sanción de multa, imponga a los integrantes del Consorcio la medida cautelar de 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, de conformidad con lo dispuesto literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la LCE, esto es, no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses, al ser más beneficiosa para aquél.

Sobre la posibilidad de individualizar la responsabilidad por la infracción detectada

53. En cuanto a la posibilidad de individualizar la responsabilidad, conforme a lo previsto en el artículo 220 del RLCE modificado (DS 056), las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o contrato de consorcio, o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad; en tal caso, el referido artículo establece que la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

En ese sentido, a efectos de determinar la sanción a imponerse en virtud de los hechos reseñados, en el presente caso corresponde dilucidar, de forma previa, si es posible imputar a uno de los integrantes del Consorcio la responsabilidad por los hechos expuestos, siendo que la imposibilidad de individualizar dicha responsabilidad determinaría que todos los miembros del consorcio asuman las consecuencias derivadas de la infracción cometida.

54. Respecto a lo anterior, y de la documentación obrante en autos, se advierte que en el **Anexo N° 7 – Contrato de Consorcio¹⁵** del 20 de setiembre de 2018, los integrantes del Consorcio establecieron lo siguiente:

(...)

b) **Designamos a CARLOS MARTÍNEZ-ALMEIDA LÓPEZ**, identificado con Carnet de Extranjería N° 001405210, como representante común del consorcio para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

d) Las obligaciones que corresponden a cada uno de las integrantes del Consorcio son las siguientes:

OBLIGACIONES DE SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ

- **Ejecución de obra.** [74%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

OBLIGACIONES DE SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

- **Ejecución de obra.** [1%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

OBLIGACIONES DE TERRAK S.A.C.

- **Ejecución de obra.** [25%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

TOTAL OBLIGACIONES: 100%*

55. Atendiendo a la información contenida en el Anexo N° 7, se aprecia que todos los integrantes del Consorcio **asumieron la obligación referida a ejecutar la obra.**

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el numeral 243.1 del artículo 243 del RLCE modificado (DS 056) establece que **el RNP asigna una capacidad máxima de contratación a los ejecutores de obra. La capacidad máxima de contratación es el monto hasta por el cual un ejecutor de obras está autorizado a contratar la ejecución de obras públicas simultáneamente.**

Por otro lado, el artículo 245 de la misma norma, **la constancia de capacidad libre de contratación es el documento expedido por el OSCE que acredita el monto no comprometido de la capacidad máxima de contratación hasta por el cual puede**

¹⁵ Documento obrante de folios 635 a 636 (anverso y reverso) del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE

Organismo
Suplensores
de Contratación
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

contratar un ejecutor de obras. Asimismo, de ser el caso, recoge información de los actos judiciales que suspenden la sanción impuesta por el Tribunal, precisando que dicho documento es solicitado al RNP a partir del registro en el SEACE del consentimiento de la buena pro o de que esta haya quedado administrativamente firme.

Sobre el particular, de acuerdo con el trámite N° 76 "Expedición de constancia de capacidad de libre contratación" del TUPA del Registro Nacional de Proveedores, entre otros, el administrado debe consignar en el formato de solicitud los datos de identificación de la persona natural o de su representante legal en el caso de personas jurídicas, precisándose que **"El solicitante deberá acreditarse con el documento de identidad declarado en el formulario y, de ser el caso, el que corresponda al tercero autorizado"**, lo que permite evidenciar que dicho trámite solo puede ser realizado por algún representante de la empresa que es titular del registro como ejecutor de obra.

Cabe añadir que de conformidad con la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD que regula la participación de proveedores en consorcio, en los procedimientos de selección para la ejecución de obras, en caso de resultar favorecido el consorcio con la buena pro, cada integrante del mismo debe contar con la *Capacidad Libre de Contratación* igual o superior al porcentaje equivalente al monto de sus obligaciones consideradas en la promesa de consorcio.

En ese orden de ideas, atendiendo a: i) las obligaciones expresamente indicadas en el Anexo N° 7 materia de análisis, conforme al cual cada uno de los consorciados asumió, como parte de sus obligaciones, la ejecución de la obra, ii) a lo dispuesto en el numeral 2.5 del mismo Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas, en el cual se estableció como requisito para el perfeccionamiento del contrato la presentación de la *Constancia de capacidad libre de contratación*, iii) a lo establecido en la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD y iv) a que el literal b) del artículo 220 del Reglamento establece que la **Promesa formal de consorcio puede ser utilizada como criterio para individualizar responsabilidades siempre que dicho documento sea veraz y su literalidad permita identificar indubitadamente al responsable de la comisión de la infracción**, se advierte que en el presente caso que la asignación de obligaciones consignada en este último documento permite identificar al consorciado en el cual debe recaer la responsabilidad de la comisión de la infracción.

Debe tenerse en cuenta que, conforme se ha indicado, todos los consorciados se obligaron en la promesa formal de consorcio a ejecutar la obra, lo que hacía necesario que todos presentasen sus correspondientes constancias de capacidad de libre contratación, no obstante lo cual, **solo respecto del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. no se presentó dicho documento**, habiéndose incluso determinado que este recién procedió con dicho trámite cuando ya había vencido el plazo para la subsanación [10 de octubre de 2018].

Por lo tanto, en este caso, las obligaciones asignadas en la promesa formal de consorcio permiten identificar el **nexo causal** entre la no suscripción de contrato, derivada de la omisión de la *Constancia de capacidad libre de contratación* del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y la responsabilidad de este en no haber gestionado dicho documento de manera oportuna, lo que generó que no pudiese ser presentado ante la Entidad en el plazo otorgado para subsanar dicho documento.

Nótese que no sería razonable que, tratándose de la infracción referida a no perfeccionar el contrato, se exigiese como condición para poder individualizar las responsabilidades, en el presente caso, que la promesa formal de consorcio tuviese que indicar adicionalmente que cada consorciado [que expresamente se ha obligado en dicho documento a ejecutar la obra] era responsable de aportar su correspondiente *Constancia de capacidad libre de contratación*, en tanto, conforme se ha indicado, la obligación de presentar este documento deriva, por norma, de haber asumido la obligación de ejecutar la obra. Debe tenerse en cuenta que si se hubiesen omitido otros documentos requeridos para el perfeccionamiento del contrato sí sería necesario que, a efectos de individualizar la responsabilidad, mediante la promesa formal de consorcio se haya identificado al consorciado responsable de su aporte, sin embargo, conforme se ha indicado, la Sala no puede soslayar que el aporte de la constancia omitida corresponde a la esfera de control cada consorciado que participará en la ejecución de la obra.

Por las consideraciones expuestas, es posible establecer que solo uno de los integrantes del Consorcio es responsable por la comisión de la infracción que, conforme al análisis precedente, se ha configurado en el presente caso, en tanto la *Constancia de capacidad libre de contratación*, cuya omisión determinó la pérdida de la buena pro, corresponde al consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., debiendo tenerse en cuenta que el trámite y obtención de la misma se encontraba bajo su esfera de control.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor
de Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

56. Por lo tanto, este Colegiado concluye que en el presente caso existen elementos a partir de los cuales, conforme a lo establecido en el artículo 220 del RLCE modificado (DS 056), puede individualizarse la responsabilidad de los integrantes del Consorcio por haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato con la Entidad; en consecuencia, corresponde sancionar únicamente al consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

Graduación de la sanción.

57. En relación a la graduación de la sanción imponible, conforme se ha indicado, el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341) dispone que, ante la comisión de la infracción materia del presente expediente, 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 oferta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

En ese entendido, considerando que el monto ofertado por los integrantes del Consorcio asciende a **S/ 419'916,070.27**; la multa a imponer no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) de dicho monto (**S/ 20'995,803.51**) ni mayor al quince por ciento (15%) del mismo (**S/ 62'987,410.54**).

Por otro lado, en virtud del principio de retroactividad benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, corresponde que en el presente caso este Tribunal establezca, como medida cautelar, la suspensión del derecho de los integrantes del Consorcio de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado por el periodo que no deberá ser menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses, la cual estará vigente en tanto la multa no sea pagada por el infractor, según el procedimiento recogido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado".

58. En tal contexto, a efectos de establecer la sanción de multa a ser impuesta al consorciado SACYR CONSTUCCIÓN PERÚ S.A.C. y determinar la duración de la suspensión de su derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos

Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado a ser impuesta como medida cautelar, se tendrán en consideración los criterios de graduación previstos en el artículo 226 del RLCE modificado (DS 056).

Adicionalmente, se debe considerar que, para la determinación de la sanción, resulta importante traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, respecto al *principio de razonabilidad*, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse 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, criterio que también será tomado en cuenta al momento de fijar la sanción a ser impuesta.

59. En tal sentido, y a efectos de graduar la sanción a imponerse, se deben considerar los siguientes criterios:
- a) **Naturaleza de la infracción:** la infracción cometida afecta la expectativa de la Entidad por perfeccionar el contrato con el proveedor ganador de la buena pro y así satisfacer las necesidades de la misma y, consecuentemente, el interés público, siendo ésta una obligación que supone, además, un incumplimiento al compromiso asumido de perfeccionar el contrato.
 - b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** de la documentación obrante en autos, no es posible determinar si hubo o no intencionalidad del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. en la comisión de la infracción imputada, aunque sí se ha acreditado negligencia en la conducta infractora.
 - c) **Daño causado:** debe tenerse en cuenta que el procedimiento en el cual no se logró suscribir contrato corresponde se encuentra en el marco de la Reconstrucción con cambios y que situaciones como ésta, ocasionan una demora en el cumplimiento de las metas programadas por la Entidad, debido a que, por haber incumplido, el consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., con su obligación de presentar la constancia de capacidad de libre contratación requerida para la suscripción del contrato dentro del plazo, se contrató el 25 de octubre de 2018 con el Consorcio Vial Piura, por el monto mayor ascendente a S/ 430'062,824.61 [Contrato de ejecución de obra N° 124-2018-MTC/20.2].



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Contratación
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- d) **El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada:** conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- e) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de la revisión de la base de datos del Registro Nacional de Proveedores, se advierte que el consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. no cuenta con antecedente de sanción impuesta por el Tribunal.
- f) **Conducta procesal:** El consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. se apersonó al procedimiento administrativo sancionador y presentó descargos a las imputaciones efectuadas en su contra.
60. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), por parte de los integrantes del Consorcio, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el **9 de octubre de 2018**, fecha en que venció el plazo para que presente los documentos requeridos para el perfeccionamiento del contrato derivado del procedimiento de selección.

Procedimiento y efectos del pago de la multa

61. Al respecto, de conformidad con el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE, publicada el 3 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE:
- El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y comunicar al OSCE dicho pago, adjuntando el comprobante original respectivo. En caso no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente.
 - El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.

- La comunicación del pago se efectúa a través de la presentación del formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa" únicamente en la mesa de partes de la sede central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas. El proveedor sancionado es responsable de consignar correctamente los datos que se precisan en el citado formulario.
- La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al término del periodo máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
- La condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente al vencimiento del plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora sin que el proveedor sancionado efectúe y comunique el pago del monto íntegro de la multa, esta misma condición se genera el día siguiente a aquel en que la Unidad de Finanza de la Oficina de Administración del OSCE verifique que la comunicación de pago del proveedor sancionado no ha sido efectiva.
- Cuando el proveedor comunique el pago de la multa con posterioridad a su suspensión, dicha suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber sido registrada en el SITCE la verificación del pago.
Asimismo, de no realizarse y comunicarse el pago de la multa por parte del proveedor suspendido, la suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber transcurrido el plazo máximo dispuesto por la medida cautelar contenida en la resolución sancionadora firme.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal ponente Violeta Lucero Ferreyra Coral y con la intervención de los Vocales Gladys Cecilia Gil Candia y Jorge Luis Herrera Guerra, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución de Presidencia N° 073-2019-OSCE/PRE del 23 de abril de 2019, publicada el 24 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 76-2016-EF; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por mayoría;



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Supervisor
de Contratación
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

LA SALA RESUELVE:

1. **SANCIONAR** a la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.**, con RUC N° 20545286719, con una multa ascendente a **S/ 20'995,803.51 (veinte millones novecientos noventa y cinco mil ochocientos tres con 51/100 soles)**, por su responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.


El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquélla, o cuando habiéndose presentado el recurso, éste fuese desestimado.


2. **Disponer**, como medida cautelar la **SUSPENSIÓN** del derecho de la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.**, con RUC N° 20545286719, 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 **seis (6) meses, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.**
3. Declarar **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción a las empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ**, con RUC N° 20548040320, y **TERRAK S.A.C.**, con RUC N° 20509056081, por su presunta responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, conforme a los fundamentos expuestos.
4. 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 pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE.

5. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, se proceda conforme a las disposiciones contempladas en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE.
6. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado registre la sanción en el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado – SITCE.

Regístrese, comuníquese y publíquese.


PRESIDENTA


VOCAL

ss.
Gil Candia.
Herrera Guerra.

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



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

VOTO EN SINGULAR DEL VOCAL JORGE LUIS HERRERA GUERRA

El vocal que suscribe el presente voto, coincide con lo expresado tanto en la parte considerativa como en la resolutive de la resolución del procedimiento administrativo sancionador (Expediente N° 4604-2018); salvo en los considerandos 50 a 56 de la Fundamentación, por lo que estima necesario dejar constancia de la misma:

50. En primer lugar, es menester precisar que en el numeral 50.3 del artículo 50 de la LCE (DL 1341) establece que *en el caso de consorcio, la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en alguna o algunas de las infracciones tipificadas en el numeral 50.1 de la presente ley*. Igual disposición se advierte en el numeral 50.6 del artículo 50 del TUO de la LCE.

En el caso de autos, conforme ha sido analizado previamente, corresponde la aplicación retroactiva benigna del TUO de la LCE, en lo referido a la configuración de infracción imputada, pues, actualmente, se requiere verificar que en la conducta del infractor no medió algún supuesto que justifique su incumplimiento, esto es, hechos sobrevinientes al otorgamiento de la buena pro no imputables a los integrantes del Consorcio que hayan generado la imposibilidad física o jurídica de cumplir con su obligación, o que hayan ocurrido situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.

51. Ahora, si bien ya se ha determinado que los integrantes del consorcio, efectivamente, no cumplieron con su obligación de perfeccionar el contrato, corresponde, a la luz de lo antes señalado, analizar si dicho incumplimiento fue fue injustificado, a efectos de determinar si se cumplen todos los elementos del tipo infractor (con retroactividad benigna).
52. Al respecto, el numeral 13.1 del artículo 13 de la LCE (DL 1341), aplicable supletoriamente a la Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios¹⁶, prevé lo siguiente:

"13.1 En los procedimientos de selección pueden participar varios proveedores agrupados en consorcio con la finalidad de complementar sus calificaciones, independientemente del porcentaje de participación de cada integrante, según las exigencias de los documentos del procedimiento de selección y para ejecutar conjuntamente el contrato (...). En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente."

¹⁶ El numeral 13.1 del artículo 13 del TUO de la LCE también tiene una disposición similar.

(El resaltado es agregado).

Fluye del texto transcrito que la norma permite que los proveedores participen en los procedimientos de selección, agrupados en consorcio, sin que ello implique la obligación de crear una persona jurídica diferente.

Lo antes señalado tiene relación con el concepto de "consorcio" previsto en el Anexo Único del RLCE modificado (DS 056), aplicable supletoriamente a la Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, que consiste en "el contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado".

En este extremo, es necesario poner de relieve que, atendiendo a la definición de "postor" precisada por RLCE modificado (DS 056), aplicable supletoriamente a la Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, sólo las personas naturales o jurídicas que presentan ofertas tendrían dicha calidad, no así el grupo de personas que realizan una presentación conjunta de una oferta o quienes lo hacen como consorcio.

Como resulta evidente, un consorcio no puede ser considerado como una persona natural, por lo que corresponde determinar si un consorcio puede ser considerado, por la contratación pública, como una persona jurídica, a efectos que pueda ser considerado como postor. Al respecto, el artículo 13 de la de la LCE (DL 1341) ha precisado que "[e]n ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente", reconociendo la naturaleza jurídica del consorcio de contrato asociativo que no genera personería jurídica, que nuestro sistema jurídico societario ha optado, conforme lo dispone expresamente el artículo 438 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades. Por tanto, al no ser el consorcio ni persona natural ni persona jurídica, no puede ser considerado como postor, sino que en los procesos de contratación pública los postores son las personas naturales o jurídicas que se asocian y presentan una oferta conjunta, pero que son distintas al consorcio, por tanto, sólo aquellos son sujetos pasibles de sanción.

53. Al respecto, debemos considerar que, al tratarse de una oferta conjunta, presentada en consorcio, para la ejecución de una obra, en el marco de la Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, debía contarse, como requisito previo para la suscripción del contrato (conforme lo exigian,



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

además, las Bases integradas) con las correspondientes constancias de capacidad de libre contratación de todos los consorciados, las cuales debían ser presentadas a la Entidad dentro de los cuatro (04) días hábiles siguientes de publicado el consentimiento de la buena pro en el SEACE, y, eventualmente, en caso que hubiera algún defecto u omisión de dichos documentos, debían ser subsanados como máximo al día hábil siguiente.

54. En dicho escenario, es pertinente señalar que los elementos del tipo infractor deben ser analizados, en el presente caso¹⁷, respecto de cada uno de los postores, integrantes del Consorcio¹⁸, conforme será desarrollado a continuación:
- En el caso de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. se verifica que recién el 10 de octubre de 2018 tramitó su *Constancia de Capacidad Libre de Contratación N° 008636-2018*, y que antes de dicha fecha su capacidad libre de contratación equivalía a S/ 500,000.00.
 - En el caso de las empresas SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ y TERRAK S.A.C. se verifica que estas, tramitaron oportunamente sus *Constancias de Capacidad Libre de Contratación*, y asimismo cada una de ellas cuenta con la capacidad libre de contratación necesaria para ejecutar la obra.

Al respecto, se aprecia que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ tramitó el 2 de octubre de 2018 su *Constancia de capacidad libre de contratación N° 008191-2018*, es decir, el primer día hábil luego de consentida la buena pro, y, asimismo en dicho documento se aprecia que su capacidad ascendía a S/ 9,278,190,000.00.

Por su parte la empresa TERRAK S.A.C. tramitó el 2 de octubre de 2018 su *Constancia de capacidad libre de contratación N° 008151-2018*, también el primer día hábil luego de consentida la buena pro, y, asimismo en dicho

¹⁷ En efecto, a diferencia de otros casos donde se realiza el análisis de configuración del tipo infractor de manera conjunta para todos los integrantes de un consorcio, en el presente caso, sí resulta relevante analizar tal configuración por cada consorciado, pues el elemento "incumplimiento injustificado", puede resultar diferente para cada uno de ellos.

¹⁸ Sobre el particular cabe tener en cuenta, que de acuerdo con el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción, establece que una vez que la buena pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a contratar, precisando que en caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevinida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal. Como se puede apreciar, la norma antes referida atribuye la obligación de perfeccionar el contrato tanto a el [cuando la oferta es singular] o a los postores [cuando la oferta es conjunta, en consorcio].

documento se aprecia que su capacidad ascendía a S/ 950,935,000.00.

Ambas constancias fueron presentadas a la Entidad el 05 de octubre de 2018, es decir, el cuarto día hábil desde consentida la buena pro, dentro del plazo normativamente establecido. Como se puede apreciar, ambos consorciados actuaron con la diligencia debida y no es posible afirmar que el incumplimiento de su obligación de contratar haya sido ocasionada por alguna causa atribuible a dichas empresas.

55. Por tanto, la conducta referida a no perfeccionar el contrato, en el caso de los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ y TERRAK S.A.C., en tanto tramitaron y presentaron oportunamente sus correspondientes constancias de capacidad libre de contratación, no es injustificada, pues la infracción imputada (no suscripción del contrato) se produjo como consecuencia de la omisión, únicamente, del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., quien recién inició su trámite de expedición de dicha constancia el 10 de octubre de 2018, trámite que no podía ser efectuado por los otros consorciados, respecto a los cuales, además se aprecia se habría configurado el supuesto de imposibilidad jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no les es atribuible, respecto a la suscripción del contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 – Primera Convocatoria.

En efecto, el incumplimiento de la obligación analizada se debió a una causa ajena a consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ y TERRAK S.A.C., no siendo posible jurídicamente, por ellas mismas, sin intervención de la consorciada SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., obtener el certificado que únicamente podía ser tramitado por ésta (pues sólo su representante legal o una persona autorizada podía realizar este trámite¹⁹); además, aun cuando estas empresas hubieran logrado tramitar el certificado que le correspondía a SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., habría subsistido la imposibilidad jurídica de contratar con la Entidad, pues dicha empresa no contaba con suficiente capacidad de libre contratación. En efecto, ha quedado acreditado que hasta el 09 de octubre de 2018 SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. sólo contaba con S/ 500,000 de capacidad de libre contratación, cuando, conforme lo dispuesto por el numeral

¹⁹ Sobre el particular, de acuerdo con el trámite N° 76 "Expedición de constancia de capacidad de libre contratación" del TUPA del Registro Nacional de Proveedores, entre otros, el administrado debe consignar en el formato de solicitud los datos de identificación de la persona natural o de su representante legal en el caso de personas jurídicas, precisándose que "El solicitante deberá acreditarse con el documento de identidad declarado en el formulario y, de ser el caso, el que corresponda al tercero autorizado", lo que permite evidenciar que dicho trámite solo corresponde a la empresa que es titular del registro como ejecutor de obra.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

7.2.6 de la DIRECTIVA N° 006-2017-OSCE/CD "Participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado", vigente a dicha fecha, y lo establecido en la Promesa Formal de Consorcio, este postor debía contar con una capacidad máxima de contratación igual o superior a los S/ 4'199,160.7027 (cifra que corresponde al porcentaje equivalente al monto de sus obligaciones consideradas en la promesa de consorcio [1% del monto total ofertado]).

Por tanto, respecto, de los postores SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ y TERRAK S.A.C. no se ha configurado el elemento del tipo infractor aplicable por retroactividad benigna, es decir, su incumplimiento de la obligación de perfeccionar el contrato no ha sido injustificado; por lo que la responsabilidad sólo recae en el postor que incumplió injustificadamente su obligación de perfeccionar el contrato, es decir, en el postor SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

56. En consecuencia, habiéndose identificado que sólo uno de los consorciados, la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. es responsable por el incumplimiento de la obligación de suscribir el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 – Primera Convocatoria, no corresponde realizar el análisis respecto a la individualización de la responsabilidad de los consorciados.



VOCAL

ss.
Ferreya Coral.

VOTO EN DISCORDIA DE LA VOCAL VIOLETA LUCERO FERREYRA CORAL

La suscrita discrepa respetuosamente de los planteamientos formulados en el voto en mayoría, por lo que procede a emitir el presente voto en discordia bajo los siguientes fundamentos:

ANTECEDENTES:

1. Según la ficha²⁰ publicada en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado (SEACE), el 27 de agosto de 2018, el **Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL**, en adelante **la Entidad**, convocó el **Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria**, para la ejecución de la obra "*Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1Nj (DV. Huancabamba) – Buenos Aires – Salitral – Canchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba*", con un valor referencial ascendente a S/ 466'573,411.41 (cuatrocientos sesenta y seis millones quinientos setenta y tres mil cuatrocientos once con 41/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**.

El procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 30556, *Ley que aprueba disposiciones de carácter extraordinario para las intervenciones del Gobierno Nacional frente a desastres y que dispone la creación de la Autoridad para la reconstrucción con cambios*, modificada por Decreto Legislativo N° 1354²¹, en adelante **la Ley para la Reconstrucción**, y el *Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios*, aprobado con Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, en adelante el **Reglamento para la Reconstrucción**²², siendo también aplicables, de manera supletoria [en lo no regulado por las normas precedentes], las disposiciones de la Ley N° 30225, *Ley de Contrataciones del Estado*, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341, en adelante **la LCE (DL 1341)**; y, su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante el **RLCE modificado (DS 056)**.

2. El 24 de setiembre de 2018 se llevó a cabo el acto de presentación de ofertas, y de

²⁰ Obrante a folios 20 del expediente administrativo.

²¹ Decreto Legislativo publicado en el Diario Oficial El Peruano el 3 de junio de 2018.

²² Norma vigente desde el 13 de julio de 2018, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2 del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

conformidad con el acta publicada en el SEACE, en la misma fecha se realizó su evaluación y se otorgó la buena pro a favor del **Consortio Vial**, integrado por las empresas **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y TERRAK S.A.C.**, en adelante el **Consortio**, por el monto de su oferta económica ascendente a S/ 419'916,070.27 (cuatrocientos diecinueve millones novecientos dieciséis mil setenta con 27/100 soles).

A través del **Informe N° 258-2018-MTC/20.2.4²³** del 10 de octubre de 2018, publicado en el SEACE en la misma fecha, la Entidad declaró la pérdida de la buena pro, en atención a que los integrantes del **Consortio** no cumplieron con presentar la constancia de capacidad de libre contratación de la empresa consorciada **SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.**, no obstante dicho documento fue observado por la Entidad.

3. Mediante *Formulario de Trámite N° 2018-13823360-LIMA* y el Oficio N° 156-2018-DP/OD-LIMA/AS presentados el 22 de noviembre de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el **Tribunal**, la Defensoría del Pueblo comunicó que los integrantes del **Consortio** habrían incurrido en causal de sanción, al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección.
4. Por decreto del 4 de diciembre de 2018, se admitió a trámite la denuncia formulada por la Defensoría del Pueblo, y de forma previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se requirió a la Entidad remitir, entre otros, un informe técnico legal sobre la procedencia y supuesta responsabilidad de los integrantes del **Consortio** al, supuestamente, incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del presente procedimiento de selección, así como los documentos que sustenten ello.

Para tal efecto, se otorgó a la Entidad el plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento de su Órgano de Control Institucional y de la Contraloría General de la República, en caso incumpla con el requerimiento.

5. Mediante Oficio N° 655-2018-MTC/20.2 presentado el 31 de diciembre de 2018 ante la Mesa de Partes del Tribunal, la **Entidad** remitió, entre la documentación

²³ Obrante de folios 11 a 12 del expediente administrativo.

que fue requerida, el Informe N° 2620-2018-MTC/20.3²⁴ del 15 de noviembre de 2018, en el cual señaló lo siguiente:

5.1. El 24 de setiembre de 2018 se otorgó la buena pro a favor del Consorcio, y el 1 de octubre de 2018 se publicó el consentimiento de la buena pro a su favor. En ese sentido, el 5 de octubre de 2018, mediante carta s/n, los integrantes del Consorcio presentaron la documentación para la suscripción del contrato derivado del procedimiento especial, siendo observada por la Entidad, a través del correo electrónico de la misma fecha, respecto a la omisión de lo siguiente: i) la constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., y ii) las cartas fianzas de fiel cumplimiento del contrato.

5.2. El 9 de octubre de 2018, según refirió, el Consorcio subsanó de forma parcial las observaciones formuladas por la Entidad, al haber omitido la presentación de la constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

En este sentido, el 10 de octubre de 2018, se publicó en el SEACE el Informe N° 258-2018-MTC/20.2.4, mediante el cual se da cuenta que el Consorcio no presentó la documentación correspondiente para perfeccionar el contrato y que por ello correspondía declarar la pérdida de la buena pro a su favor.

5.3. El 12 de octubre de 2018 el Consorcio interpuso recurso de apelación ante el Tribunal, el cual fue declarado como no presentado el 16 de octubre de 2018, al no haber cumplido con los requisitos de admisibilidad.

5.4. Por tanto, sostuvo que, habiéndose vencido el plazo legal, sin que el Consorcio hubiera cumplido con subsanar la documentación necesaria para la suscripción del contrato, este habría incurrido en la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

6. Con decreto del 8 de enero de 2019, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por su presunta responsabilidad en la comisión de la infracción tipificada en el **literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341)**, al haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento de selección. A

²⁴ Obrante de folios 46 a 48 (anverso y reverso) del expediente administrativo.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

estos efectos, se les corrió traslado, a fin que, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, cumplan con presentar sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.

7. Mediante escrito presentado el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el **consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.** presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

7.1. Mediante carta s/n del 5 de octubre de 2018, el Consorcio presentó la documentación necesaria para suscribir el contrato, y mediante correo electrónico de la misma fecha, remitido por la Entidad a las **20:56 horas**, esto es *"fuera de las horas hábiles, delimitadas por el horario de atención de la Entidad, así como fuera del horario de atención de oficina que emplea el Consorcio"* (sic.), se requirió a nuestra representada la subsanación de los documentos que fueron presentados el 5 de octubre de 2018 [constancia de capacidad libre de contratación y cartas fianzas], otorgándoles el plazo de un (1) día hábil.

7.2. Sobre el particular, agregó que la normativa de contratación pública sí permite, a través del SEACE, realizar notificaciones fuera de horas hábiles, precisando que ello ocurre únicamente durante el procedimiento de selección, el cual culmina con el consentimiento de la buena pro, luego de lo cual se inicia el procedimiento para la suscripción del contrato, que en este caso se rige por el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, el cual solo señala que las observaciones a los documentos presentados para suscribir el contrato serían notificadas vía correo electrónico [*"lo cual fue confirmado por el Consorcio con la presentación de la Declaración jurada de datos del postor"*], pero no señala en qué horario es posible realizar dicha notificación vía correo electrónico, lo que tampoco se encuentra regulado en la normativa de contratación pública.

Por este motivo, al considerar que no existe una disposición puntual y específica sobre el horario de notificación vía correo electrónico ni en la norma especial ni en la norma general, señaló que era necesario recurrir a la Ley del Procedimiento Administrativo General, citando específicamente el numeral 1 del artículo 18, el numeral 5 del artículo 75, y el numeral 1 del artículo 138, en virtud de los cuales debe entenderse que *"la notificación que realice la administración debe efectuarse en día y hora hábil para que surta efectos"* (sic), resultando contrario al debido procedimiento

administrativo que se reduzca el plazo con que cuenta el administrado para subsanar una observación, vía una notificación remitida fuera del horario de oficina y cerca de las tres horas para culminar el día, lo que resulta especialmente grave, atendiendo a que su representada solo contaba con el plazo de un (1) día hábil para subsanar, lo que hace que la regla de notificación en hora hábil cobre mayor importancia.

Agregó que, al no regularse el supuesto del horario de la notificación en la norma especial, *"su análisis ha debido de ser en base al método comparativo"*, alegando entre otros, como ejemplo que, en el artículo 8 de la Resolución OEFA de Consejo Directivo N° 015-2013-OEFA/CD se establece que se *"notificará mediante correo electrónico en el mismo horario de atención al público (...)"*, así *"en la medida que otras entidades de la administración pública trabajan de la manera que PROVIAS no quiere reconocer, resulta clara y evidente vulneración al debido proceso"* (sic).

- 7.3. Precisó que, en tanto la mencionada comunicación de la Entidad no fue remitida en hora hábil, *"la constancia de recepción del correo electrónico cursado por la Entidad solo pudo ser emitida el primer día hábil siguiente, es decir, mediante correo remitido por el Consorcio el 09 de octubre de 2018 a las 09:01 horas en el que expresamente se señaló que el Consorcio se daba por notificado de las observaciones ese mismo día, a las 8:51 horas, es decir, en día y tiempo hábil"* (sic.).

Por tanto, sostuvo haber indicado expresamente a la Entidad que **el plazo de un (1) día hábil para subsanar las observaciones formuladas, vencía el 10 de octubre de 2018**, *"en la medida que el acuse de recibo de la notificación solo se produjo el día 9 de octubre de 2018"* (sic). No obstante, la Entidad, mediante correo electrónico del 9 de octubre de 2018 de las 10:15 horas, *"sin mayor sustento sobre el criterio que estaría considerando la Entidad para pretender computar válida y legalmente el plazo de subsanación otorgado"*, le informó que debía subsanar las observaciones el mismo día.

- 7.4. Finalmente alegó que, mediante las cartas del 9 y 10 de octubre de 2018, es decir dentro del plazo legal [*"válidamente computado conforme el ordenamiento jurídico aplicable a las notificaciones por correo electrónico"*], el Consorcio cumplió con subsanar las observaciones formuladas por la Entidad, razón por la cual correspondía continuar con la etapa de suscripción



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

del contrato. No obstante, mediante correo electrónico del 10 de octubre de 2018 de las 17:03 horas, se informó que el Consorcio no habría cumplido con subsanar la documentación solicitada, y en la misma fecha se publicó la pérdida de la buena pro.

- 7.5. Sin perjuicio de las consideraciones expuestas, sostuvo que en caso se determine su responsabilidad debían considerarse los siguientes criterios: i) la ausencia de intencionalidad de su representada, dado que el Consorcio cumplió con subsanar los documentos para la firma del contrato dentro del plazo regulado en la normativa especial aplicable, ii) inexistencia de daño causado a la Entidad, debido a que la Entidad finalmente contrató con el postor que obtuvo el segundo lugar en el orden de prelación, iii) su representada no fue sancionada en anteriores oportunidades, y asimismo debe considerarse sus antecedentes en las contrataciones en las que ha participado.
8. Mediante escrito presentado el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el consorciado **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ** presentó sus descargos, reiterando los argumentos de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.
9. Mediante *Formulario de trámite y/o impulso de expediente* administrativo y escrito presentados el 29 de enero de 2019 ante el Tribunal, el consorciado **TERRAK S.A.C.** presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:

Cuestión previa: Sobre la transgresión a los principios de legalidad y tipicidad

- 9.1. En la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley de la Reconstrucción, se prevén taxativamente las infracciones y sanciones, entre las cuales no se regula como infracción la no suscripción del contrato; por lo que, en este caso considera que se estaría aplicando una infracción por remisión o extensión a la Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto precisó lo siguiente:

"(...) estaría asumiendo que las infracciones tipificadas en la Ley de la Reconstrucción, no tienen ningún efecto práctico al hacer referencia a las personas naturales y jurídicas "para efectos de esta Ley", a pesar que, claramente se desprende de la misma que su objeto no es solo crear a la Autoridad para la Reconstrucción con

Cambios, sino además, regular el procedimiento especial de contratación y las consecuencias que se deriven de participar en el mismo, por ende solo cabe aplicar las conductas tipificadas en el marco de dicha Ley, como presuntas infracciones también al amparo de la misma ley; puesto que, asumir lo contrario, implicaría no solo la transgresión a los principios a los que venimos aludiendo, sino un claro conflicto de normas, para el cual el derecho ha reservado la aplicación de la especialidad de la norma.

(...) por la especialidad de la norma de Reconstrucción con Cambios, la conductas claramente delimitadas como infracciones para las personas naturales y jurídicas "para efectos" de dicha Ley, son las contenidas expresamente en la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley N° 30556, siendo que, asumir por remisión, extensión y/o analogía que son aplicables las "demás" infracciones de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente vulneraría el principio de tipicidad y legalidad al que hemos hecho referencia" (sic.).

- 9.2. También sostuvo que, según lo establecido por la Dirección Técnico Normativa del OSCE y resoluciones emitidas por el Tribunal, éste no cuenta con potestad sancionadora para conocer infracciones incurridas en el marco de normas especiales, pues las sanciones aplicables a los administrados deben originarse en la misma fuente, como ocurre en el caso de la Tercera Disposición Complementaria Final de la Ley para la Reconstrucción, más aun cuando ya se definió, previamente, cuáles serán las infracciones y sanciones aplicables en el marco de dicha Ley.

Según la Opinión N° 69-2013/DTN, la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha indicado que las disposiciones sancionadoras contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no pueden ser utilizadas para sancionar a proveedores que hayan participado en procedimiento de contratación bajo regimenes especiales, lo cual ha ocurrido en el presente caso.

Agregó que, en las Resoluciones N° 1676-2011-TCE-S2 y N° 1682-2011-TCE-S1 emitidas por el Tribunal, se emitió pronunciamiento en un caso bastante similar al que nos ocupa.

Sin perjuicio de lo anterior, señaló que, en el caso que la imputación que se le atribuye estuviera tipificada en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción, en el cual se hace alusión al supuesto de no suscripción del contrato, precisó que dicha conducta no se consigna en los términos establecidos en la LCE (DL 1341) [*incumplir con su*



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

obligación de perfeccionar el contrato”], sino haciendo referencia a “En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuida”. De modo que, no queda claro qué conducta corresponde atribuirse a su representada, y en el último caso [artículo 53] no se encuentra determinada de forma taxativa la consecuencia jurídica que resultaría aplicable, ya que el legislador solo ha hecho mención de forma genérica a que “será pasible de sanción”. Lo anterior, según alegó, afecta su derecho de defensa, correspondiendo “declarar la nulidad del inicio del procedimiento administrativo sancionador o que no corresponde emitir pronunciamiento sobre el particular” (sic).

Sobre la individualización del presunto infractor y la sustanciación del procedimiento

- 9.3. Según indicó, mediante escrito presentado el 9 de octubre de 2018, el Consorcio subsanó la documentación requerida por la Entidad, no obstante, debido a que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. consideró que el plazo para subsanar las observaciones vencía el 10 de octubre de 2018, recién en dicha fecha presentó su constancia de capacidad libre de contratación.

En este sentido, refirió que, atendiendo a la naturaleza de la infracción, corresponde imputar la infracción a la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., pues “la supuesta falta de presentación del documento que dio lugar a la pérdida de la buena pro, fue la Constancia de capacidad de libre contratación correspondiente a la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ” (sic.), siendo dicha empresa la responsable de tramitar y aportar el referido documento. Al respecto, sustentó su posición en las Resoluciones Nos. 1349-2018-TCE, 1520-2017-TCE-S4 y 608-2018-TCE-S4.

Aunado a lo anterior, también solicitó considerar la *Constancia de capacidad libre de contratación N° 008636-2018*, emitida el 10 de octubre de 2018 por el RNP, como un documento de fecha cierta, con el cual se acredita que la imputación debió haberse realizado solo contra la consorciada SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

Sobre la notificación realizada por la Entidad

- 9.4. En relación a la notificación de las observaciones formuladas por la Entidad, reiteró los cuestionamientos de sus consorciados respecto a la hora en que se comunicaron aquellas [mediante correo electrónico], y asimismo cuestionó el hecho que la comunicación del 5 de octubre de 2010 fue remitida al correo electrónico de cada uno de los consorciados, y no al de su representante común.
- 9.5. En relación a lo anterior, precisó que el Anexo N° 2 tenía un defecto en su formulación, tanto en las bases del procedimiento especial como en las bases estándar vigentes a su convocatoria, pues en dicho documento se establecía la obligatoriedad de su presentación por cada integrante del Consorcio, con la indicación de que se autorizaba a la Entidad para realizar notificaciones electrónicas, siendo que en el caso del consorcio las notificaciones se realizarían al correo electrónico de su representante común; sin embargo, en ninguna parte del formato de colocó una casilla para separar los correos electrónicos corporativos de cada integrante del Consorcio, con el correo que efectivamente correspondía su representante común.

En tal sentido, considera que al existir la imposibilidad física y jurídica de consignar el correo electrónico de su representante común, la Entidad debió considerar que, de acuerdo con el artículo 20 del TUO de la LPAG, *la notificación dirigida a la dirección de correo electrónico señalada por el administrado se entiende válidamente efectuada cuando la Entidad reciba respuesta de recepción de la dirección electrónica señalada por el administrado*, esto es la Entidad debía verificar el **acuse de recibo** respectivo, hecho que en su caso solo se verificó de forma circunstancial, pues se está asumiendo que el representante común administraba el correo corporativo de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. también para sus actividades como representante común, notificándole en copia las observaciones.

Alegó que, a pesar de la notificación defectuosa, el representante común tomó conocimiento circunstancial, el 9 de octubre de 2018, del correo electrónico enviado a la dirección corporativa de las empresas en las que también ejerce representación legal. Sobre este punto, sostuvo lo siguiente:



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

"(...) si bien se autorizó la notificación vía correo electrónico de nuestro representante común (entendido como persona natural y no como representante de alguna de las consorciadas), no consignó en alguna parte de las bases el correo que propiamente correspondía a dicho representante como tal, porque las bases no lo exigían en ese momento, ya que lo único que se nos solicitó fue consignar los correos electrónicos corporativos de cada empresa que conformaba el consorcio (como persona jurídicas individuales).

Ella es verificable, si vemos que la omisión de consignar una cuadrícula para consignar el correo electrónico del consorcio –como tal– fue corregida por la propia Autoridad de Reconstrucción con Cambios, a través de las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE y 084-2018-RCC/DE, mediante las cuales se aprobó un nuevo formato del Anexo N° 2 (...)

Nótese que, antes de que se consignen los datos de las empresas integrantes del Consorcio con ocasión de la modificación de las bases estándar, en el Anexo N° 2 se habilitaron cuadrículas específicas para consignar el correo electrónico del mismo, de forma separada a las de sus integrantes; sin embargo, dicha especificación no fue aplicable al procedimiento de contratación que nos ocupa". (sic).

"(...) atendiendo a la defectuosa notificación que efectuó, prácticamente se nos conminó a subsanar las observaciones formuladas en menos de ocho (8) horas hábiles el mismo día de configurada la validez de la notificación, ya que la mesa de partes de la Entidad no atiende pasado un horario determinado; desconociendo nuestro derecho a la debida notificación, en virtud del cual debió entenderse vencido el plazo recién el 10 de octubre de 2018, fecha en la que efectivamente cumplimos con presentar la totalidad de la documentación requerida para la firma de contrato (Constancia de capacidad de libre contratación de la empresa SACYR PERÚ)" (sic).

En relación al horario en que la Entidad remitió el correo electrónico, indicó que, en contravención al principio de transparencia, aquella decidió notificarla en horas de la noche, conminándolos a subsanar las observaciones en menos de ocho (8) horas hábiles.

Los defectos de la notificación practicada por la Entidad, según señaló, no pueden ser atribuidos a su representada.

9.6. Precisó que, en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción se hace referencia a la negativa del postor para suscribir el contrato, debiendo considerarse que el Consorcio nunca se negó a suscribir el contrato, por el contrario agotó todos los esfuerzos posibles para concretar la formalización de la relación contractual, lo que se vio afectado por los defectos en la notificación practicada.

9.7. Finalmente, solicitó el uso de la palabra.

10. Con decreto del 12 de febrero de 2019, se tuvo por apersonados y por presentados los descargos de los integrantes del Consorcio, dejándose a consideración de la Sala la solicitud de uso de la palabra de la empresa TERRAK S.A.C., y asimismo se

dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que lo resuelva, siendo recibido el 14 de febrero de 2019.

11. Mediante escrito presentado el 20 de febrero de 2019 ante el Tribunal, el consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ solicitó el uso de la palabra.
12. Con decreto del 22 de febrero de 2019, se dejó a consideración de la Sala lo solicitado por la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ.
13. Con decreto del 7 de marzo de 2019 se programó audiencia pública para el 20 de marzo a las 17:00 horas.
14. Mediante escrito presentado el 19 de marzo de 2019 ante el Tribunal, el consorciado TERRAK S.A.C. solicitó el uso de la palabra.
15. El 20 de marzo de 2019 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes de los integrantes del Consorcio²⁵.
16. Con decreto del 28 de marzo de 2019 se programó audiencia pública para el 3 de abril de 2019, la cual fue dejada sin efecto por decreto del 2 de abril de 2019.
17. Con decreto del 10 de mayo de 2019, a efectos que el Tribunal cuente con mayores elementos de juicio al momento de resolver, se solicitó la siguiente información adicional:

**A la Dirección del Registro Nacional de Proveedores – RNP:*

- *Sírvase informar la fecha en la que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. solicitó se le expida la Constancia de capacidad de libre contratación N° 008636-2018 [Trámite N° 2018-13666107-LIMA] de fecha 10 de octubre de 2018, con el objeto de suscribir el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 1-2018-MTC/20, procedimiento especial convocado por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS NACIONAL) para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1NI (DV. Huancabamba) – Buenos Aires – Salitral – Conchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba". (...)*

A LAS EMPRESAS SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. Y TERRAK S.A.C. [INTEGRANTES DEL CONSORCIO VIAL]:

²⁵ En representación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ participó la señora Fiorella Paulina Pérez Torres, en representación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. participó el señor Carlos Alfredo Nuñez Caballero y en representación de la empresa TERRAK S.A.C. participó el señor José Luis Tello Corbetto.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- *Sírvase informar la fecha en la que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. solicitó se le expida la Constancia de capacidad de libre contratación N° 008636-2018 [Trámite N° 2018-13666107-LIMA] de fecha 10 de octubre de 2018, con el objeto de suscribir el contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 1-2018-MTC/20, procedimiento especial convocada por el Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (PROVIAS NACIONAL) para la ejecución de la obra "Rehabilitación y mejoramiento de la carretera Emp. PE-1NJ (DV. Huancabamba) – Buenos Aires – Salitral – Conchaque – Emp. PE – 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba". Asimismo, deberá remitir copia de la documentación que acredite ella. (...)"*

18. Mediante Memorando N° D000264-2019-OSCE-SSIR presentado el 13 de mayo de 2019 ante el Tribunal, el Subdirector de Servicios de Información Registral y Fidelización del Proveedor, atendió el requerimiento de información que le fuera cursado indicando que, de acuerdo con la consulta realizada en el módulo de expedición de constancias, y el *Formulario de solicitud original*, "se verifica que la persona autorizada por la citada empresa [SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.] (Colque Fuentes Iván Boris, con DNI N° 10193359), se apersonó a solicitar la referida constancia el día 10.10.2018, correspondiente al Trámite N° 2018-13666107-LIMA" (sic).
19. Mediante escrito presentado el 13 de mayo de 2019 ante el Tribunal, la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., absolvió el requerimiento de información que le fuera cursado, indicando que su representada solicitó la expedición de la constancia de capacidad libre de contratación el 10 de octubre de 2018, debido a que se encontraba pendiente la aprobación de su solicitud de aumento de capacidad de contratación.

Al respecto, precisó que el trámite de aumento de capacidad de contratación fue iniciado el 3 de octubre de 2018, debido a que su representada esperó a que la buena pro a favor del Consorcio quedara consentida, lo que ocurrió el 4 de octubre de 2018; sin embargo, dicho trámite fue observado por el RNP, siendo aprobado recién el 10 de octubre de 2018.

FUNDAMENTACIÓN:

Análisis

20. Es materia del presente procedimiento administrativo sancionador, determinar si los integrantes del Consorcio incurrieron en responsabilidad, al haber incumplido injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato, infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Cuestión Previa respecto a la competencia del Tribunal

21. En principio, resulta pertinente emitir pronunciamiento sobre la alegación realizada por el consorciado TERRAK S.A.C., en el sentido que, en el presente caso, el Tribunal no tendría competencia para ejercer la potestad sancionadora, atendiendo a la especialidad de la Ley para la Reconstrucción y su Reglamento, pues considera que solo son pasibles de sanción las conductas expresamente previstas en la Tercera Disposición Complementaria Final de dicha Ley, y *“asumir por remisión, extensión y/o analogía que son aplicables las “demás” infracciones de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente vulneraría el principio de tipicidad y legalidad al que hemos hecho referencia”* (sic).

Por tanto, a consideración del aludido consorciado, el Tribunal no cuenta con potestad sancionadora para conocer infracciones incurridas en el marco de normas especiales, en las que no se ha hecho referencia expresa a dicha potestad.

22. Sobre ello, es menester precisar que si bien la Ley para la Reconstrucción prevé determinadas disposiciones de carácter extraordinario frente a desastres, así como también dispone la creación de la Autoridad para la Reconstrucción con Cambios, dicha Ley posee reglas especiales y particulares a efectos de atender dichos desastres atendiendo a su naturaleza urgente; sin embargo, dicha norma contiene una previsión expresa respecto a la potestad sancionadora del Tribunal en el marco de los procedimientos especiales convocados bajo dicha normativa; es así que en su artículo 7-A.6 se señaló clara y expresamente lo siguiente:

“7-A.6 Precítese, que las infracciones, sanciones y procedimiento sancionador regulado en la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, es aplicable a los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas, comprendidos en los procesos que regula la presente disposición”.

(El resaltado es agregado).

23. Conforme a lo anteriormente expuesto, es claro que este Tribunal es competente para emitir pronunciamiento respecto a las conductas infractoras de los proveedores en el marco de la Ley para la Reconstrucción, infracciones que se encuentran recogidas en el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, tal como ocurre en el caso que nos ocupa, en tanto se imputa a los integrantes del Consorcio haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del procedimiento especial; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 de la LCE (DL 1341).



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo
Supervisor de
las C.A.S.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

24. Ahora bien, en tanto el consorciado TERRAK S.A.C. solicitó la aplicación de la Opinión N° 069-2013/DTN del 3 de setiembre de 2013, cabe indicar que aquélla se emitió hace más de cinco (5) años atrás, cuando aún no se había regulado ni publicado la Ley para la Reconstrucción [publicada el 29 de abril de 2017, y modificada con el Decreto Legislativo N° 1354 publicado el 3 de junio de 2018]. En dicha opinión se concluye que el *"Tribunal carece de competencia para sancionar a las empresas privadas que financian y ejecutan proyectos de infraestructura bajo el ámbito de la Ley N° 29230, toda vez que ni en dicha ley, ni en ninguna otra, se atribuye al referido Tribunal tal potestad"*.

Entonces, tenemos que la citada opinión se emitió en el marco de una consulta planteada a la luz de la Ley N° 29230, Ley que Impulsa la Inversión Pública Regional y Local con Participación del Sector Privado, norma que no recoge en ninguno de sus extremos la competencia del Tribunal a fin de imponer sanciones, ni ninguno de sus métodos de contratación, como sí ocurre con la Ley para la Reconstrucción, conforme se ha analizado previamente.

25. Lo mismo ocurre con las Resoluciones N° 1676-2011-TCE-S2 y N° 1682-2011-TCE-S1, las cuales hacen mención a la competencia sancionadora del Tribunal en el ámbito del Decreto de Urgencia N° 026-2007, que hace alusión *"a las contrataciones de la infraestructura pública a que se refiere la presente norma se realizarán en forma directa e inmediata sin necesidad de convocar al proceso de selección que corresponda (...)"*.

Nótese que, incluso en ese caso, el decreto dispone expresamente que las contrataciones se realizarían sin convocar proceso de selección, supuesto diferente al caso que nos ocupa, pues, la Ley para la Reconstrucción dispuso claramente aplicar procedimientos especiales y otorgó al Tribunal competencia para determinar la responsabilidad en la comisión de las infracciones allí contempladas.

26. Conforme a lo anteriormente expuesto, no corresponde acoger los fundamentos alegados por el consorciado TERRAK S.A.C. en este extremo, no apreciándose vulneración alguna al principio de tipicidad ni legalidad, correspondiendo ahora determinar si los integrantes del Consorcio son responsables del hecho que se les imputa, el cual, contrariamente a lo señalado por el referido consorciado, se encuentra claramente previsto en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Asimismo, tampoco se aprecia vulneración alguna a su derecho de defensa, que ameritase la declaración de nulidad invocada por el consorciado TERRAK S.A.C., en tanto, en el marco del presente procedimiento administrativo sancionador éste ha presentado sus descargos contra la imputación formulada en su contra, ofrecido medios probatorios y solicitado hacer uso de la palabra en la audiencia pública, de modo que se aprecia que dicha empresa participó de manera activa ejerciendo su derecho de defensa en todo momento.

Análisis

27. Al respecto, el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), 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 la siguientes infracciones:*

(...)

- b) ***Incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar Acuerdos Marco***,

(La negrita es agregada).

En este escenario, de acuerdo a la tipificación establecida, para la configuración de la infracción se requiere verificar que el Consorcio no perfeccionó el contrato, pese a haber obtenido la buena pro del respectivo procedimiento de selección.

28. Ahora bien, en primer orden, cabe traer a colación lo establecido en el numeral 53.1 del artículo 53 del Reglamento para la Reconstrucción, según el cual ***“una vez que la buena pro ha quedado consentida, o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores están obligados a contratar. (...) En caso que el o los postores ganadores de la buena pro se nieguen a suscribir el contrato, son pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la buena pro que no le sea atribuible, declarada por el Tribunal”***.

Por tanto, para determinar si el postor ganador incumplió con la obligación referida a no perfeccionar el contrato, también resulta pertinente considerar lo dispuesto en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Reconstrucción, el cual establece que, **consentido o administrativamente firme el otorgamiento de la buena pro, el postor debe presentar a la entidad la documentación para la suscripción del contrato** prevista en las bases, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Este plazo comprende **cuatro (4) días hábiles para la presentación de documentos y un (1) día hábil para la subsanación de observaciones y suscripción del contrato**. La observación a la presentación de documentos para suscribir el contrato se realiza vía correo electrónico, dentro del plazo para la presentación de dichos documentos.

Asimismo, el numeral 56.3 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción establece que cuando no se perfecciona el contrato, por causa imputable al postor, éste pierde automáticamente la buena pro.

29. En relación a lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, el cómputo del plazo para perfeccionar el contrato se inicia con el consentimiento de la buena pro o desde que ésta haya quedado administrativamente firme.

En este orden de ideas, para el cómputo del plazo para la suscripción del contrato, el artículo 41 del Reglamento para la Reconstrucción, señala que **en el mismo acto público de presentación de ofertas el órgano a cargo del procedimiento de selección otorga la buena pro al postor que hubiera obtenido mayor puntaje. El otorgamiento de la buena pro se presume notificado a todos los postores en la fecha del acto, oportunidad en la que se entrega a los postores copia del acta de otorgamiento y el cuadro comparativo, detallando los resultados de la calificación y evaluación. Dicha presunción no admite prueba en contrario. Esta información se publica el mismo día en el SEACE.**

Por su parte, el artículo 42 del mismo Reglamento precisa que **cuando se hayan presentado dos (2) o más ofertas, el consentimiento de la buena pro se produce a los cinco (5) días hábiles de la notificación de su otorgamiento, sin que los postores hayan ejercido el derecho de interponer el recurso de apelación. En caso se haya presentado una sola oferta, el consentimiento de la buena pro se produce el mismo día de la notificación de su otorgamiento. El consentimiento de la buena pro se publica en el SEACE el mismo día de producido.**

30. Las referidas disposiciones, obligan al postor beneficiado con la buena pro, a presentar la documentación requerida por 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.

31. Atendiendo a dichas disposiciones, se advierte que la normativa citada ha regulado, de manera precisa, el procedimiento que las partes de la futura relación contractual deben seguir a efectos de formalizar el correspondiente instrumento fuente de obligaciones, estableciendo, dentro de él, una serie de exigencias de cumplimiento obligatorio por parte del postor adjudicado, cuya inobservancia puede originar responsabilidad administrativa, debido a la necesidad de garantizar que las contrataciones se efectúen en la oportunidad requerida por el Estado, sin generar dilaciones que comprometan el cumplimiento de las 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 perfeccionamiento del contrato por parte del postor adjudicado.

32. Cabe destacar que, uno de los supuestos por los cuales el postor ganador de la buena pro incumple con su obligación de perfeccionar el contrato, se produce cuando no cumple con la realización de los actos que le preceden, como es la presentación de los documentos exigidos en las bases o la subsanación de los mismos, en caso que la Entidad, así lo requiera, toda vez que esto último constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar la relación contractual.

33. En consecuencia, una vez consentida o firme la buena pro del procedimiento de selección, por disposición de la Ley para la Reconstrucción y su Reglamento, todo adjudicatario tiene la obligación de cumplir con presentar la documentación exigida para el perfeccionamiento del contrato, de ser el caso, subsanar dicha documentación, en caso así se requiera, y de suscribirlo dentro del plazo establecido para dicho efecto.

Por tanto, para la configuración del tipo infractor materia de análisis, tendrá que acreditarse que el contrato no haya llegado a perfeccionarse por el incumplimiento de la obligación de contratar, por parte del postor adjudicado.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Configuración de la infracción:

En relación a que el contrato no haya llegado a perfeccionarse por el incumplimiento de la obligación de contratar, por parte de los integrantes del Consorcio:

34. En ese orden de ideas, y a efectos de analizar la eventual configuración de la infracción, en el presente caso, corresponde determinar el plazo con el que contaban los integrantes del Consorcio para presentar la documentación prevista en las bases para el perfeccionamiento del contrato, para su subsanación, y para la suscripción del contrato derivado del procedimiento especial.

Cabe señalar que, en el numeral 2.6 del Capítulo II de la Sección Específica de las bases integradas del procedimiento especial, se estableció que el perfeccionamiento del contrato se realizaría con la suscripción del documento que lo contiene. Así tenemos:

"(...)

2.6. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene. Para dicho efecto el postor ganador de la buena pro, dentro del plazo previsto en el numeral 3.1 de la sección general de las bases, debe presentar la documentación requerida en ventanilla de Mesa de Partes (Área de Trámite Documentario) de PROVIAS NACIONAL, sito en Jr. Zorritos N° 1203-Cercado de Lima.

(...)"

(El resaltado es agregado).

De acuerdo con el numeral 3.1 del Capítulo III de la Sección General de las bases del procedimiento especial, se estableció lo siguiente:

"(...)

3.1. PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

Consentida o administrativamente firme el otorgamiento de la Buena Pro, el postor debe presentar a la Entidad la documentación para la suscripción del contrato prevista en las bases, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes. Este plazo comprende cuatro (4) días hábiles para la presentación de documentos y un (1) día hábil para la subsanación de observaciones y suscripción del contrato. La observación a la presentación de documentos para suscribir el contrato se realiza vía correo electrónico, dentro del vencimiento del plazo para la presentación de dichos documentos.

Antes de la suscripción del contrato, el ganador de la buena pro que tenga condición de no domiciliado debe acreditar su inscripción en el RNP.

El ganador de la buena pro para suscribir el contrato debe acreditar la experiencia del personal requerido, conforme al requerimiento indicado en la sección específica de las bases.

Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro, debe presentar los documentos señalados en el artículo 54 del Reglamento, así como los previstos en la sección específica de las bases”.

(El resaltado es agregado).

Dicha previsión resulta concordante con lo dispuesto en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, conforme al cual se tiene lo siguiente:

- d) El postor adjudicado debe presentar los documentos para perfeccionar el contrato, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles luego de que el otorgamiento de la buena pro quedó administrativamente firme o consentido.
- e) El plazo acotado se divide de la siguiente manera: los cuatro (4) primeros días hábiles están destinados para la presentación de documentos, y el último día hábil es para la subsanación de observaciones y la suscripción del contrato.
- f) La Entidad formula la observación a la presentación de la documentación del postor adjudicado, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, dentro de los primeros cuatro (4) días hábiles.

De igual forma, en el numeral 2.5 del mismo Capítulo II de la Sección Específica se estableció como requisito para el perfeccionamiento del contrato, la presentación de los siguientes documentos:

**(...)*

2.5. REQUISITOS PARA EL PERFECCIONAMIENTO DEL CONTRATO

El postor ganador de la buena pro debe presentar los siguientes documentos para perfeccionar el contrato:

- l) Constancia de capacidad de libre contratación.*
- m) Garantía de fiel cumplimiento del contrato [INDICAR SI DEBE PRESENTARSE CARTA FIANZA O PÓLIZA DE CAUCIÓN].*
- n) Código de Cuenta Interbancario (CCI) ANEXO N° 11.*
- o) Copia de la vigencia de poder del representante legal de la empresa que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.*
- p) Copia del DNI del postor en caso de persona natural, o de su representante legal en caso de persona jurídica.*
- q) Documentos que acrediten la experiencia del Residente.*
- r) Calendario de avance de obra valorizado sustentado en el Programa de Ejecución de Obra (CPM), el cual debe presentar la ruta crítica y la lista de hitos claves de la obra.*



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- s) *Calendario de adquisición de materiales o insumos necesarios para la ejecución de la obra, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado. Este calendario se actualiza con cada ampliación de plazo otorgada, en concordancia con el calendario de avance de obra valorizado vigente.*
- t) *Calendario de utilización de equipo, en caso la naturaleza de la contratación lo requiera.*
- u) *Declaración jurada indicando lo siguiente:*
 - *Si sus representantes legales, accionistas, gerentes, directores y la misma contratista, tienen sentencia condenatoria, consentida o ejecutoriada, o sanción administrativa, por la comisión de delitos contra la administración pública o infracción a las normas sobre contrataciones públicas, y;*
 - *Si a la fecha de suscripción del contrato, cuenta con algún proceso penal o procedimiento administrativo sancionador en trámite, por la comisión de delitos e infracciones.*
- v) *Copia de la constitución de la empresa y sus modificatorias debidamente actualizado.*

Importante

(...)

- *En caso el postor ganador de la buena pro sea un consorcio, las garantías que presente este para el perfeccionamiento del contrato, así como durante la ejecución contractual, de ser el caso, además de cumplir con las condiciones establecidas en el artículo 33 de la LCE, deben consignar expresamente el nombre completo o la denominación o razón social de los integrantes del consorcio en calidad de garantizado, de lo contrario no podrán ser aceptadas por las Entidades. No se cumple el requisito antes indicado si se consigna únicamente la denominación del consorcio, conforme a lo dispuesto en la Directiva "Participación de Proveedores en Consorcio en las Contrataciones del Estado."*
- (...)

(El resaltado es agregado)

35. Siendo así, de la revisión del Acta publicada en el SEACE el 24 de setiembre de 2019, se aprecia que: i) el otorgamiento de la buena pro del procedimiento especial a favor del Consorcio se efectuó en acto público el **24 de setiembre de 2018**, siendo publicado en la misma fecha en el SEACE, y ii) hubo más de una oferta válida en el procedimiento especial²⁶.

En virtud de lo señalado en el artículo 42 del Reglamento para la Reconstrucción, el consentimiento de la buena pro a favor del Consorcio se produjo el **1 de octubre de 2018** [cinco (5) días hábiles desde la notificación de su otorgamiento], y en la misma fecha la Entidad publicó en el SEACE el consentimiento de la buena pro del procedimiento especial.

²⁶ La oferta del Consorcio Vial Piura, integrado por las empresas Constructora Málaga Hnos. S.A. y Sinohydro Boureau & Co. Ltd.

De conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, los integrantes del Consorcio contaban con cinco (5) días hábiles para perfeccionar el contrato, desde el consentimiento de la buena pro, plazo que se dividía en: cuatro (4) días hábiles para presentar los documentos requeridos en las bases, y un (1) día hábil para subsanar posibles observaciones y suscribir el contrato.

En consecuencia, el plazo de cinco (5) días hábiles que la norma disponía para que los integrantes del Consorcio perfeccionen el contrato, venció el 9 de octubre de 2018.

Sobre ello, en el expediente obra la carta s/n²⁷ presentada, el 5 de octubre de 2018 a horas 05:05 p.m.²⁸, mediante la cual el representante común del Consorcio remitió a la Entidad los documentos para la firma del contrato, conforme al siguiente detalle:

CONSORCIO VIAL

Lima, 05 de octubre de 2018

Señores:
PROVIAS NACIONAL
Jr. Zorritos N°1203 - Cercado de Lima 1
Atención: Jefa de la Oficina de Administración

126424
11/05/2018
Tribunal de Contenciones
EGR N° 00082
FOCUS N°

Asunto: Presentación de requisitos para perfeccionar el contrato.

Referencia: PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL N° 0001-2018-MTC/20.
EJECUCIÓN DE LA OBRA: REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1NJ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES - SALITRAL - CANCHAQUE - EMP. PE - 3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA

De nuestra consideración:

Por medio de la presente y en función a la información solicitada, Le presentamos a Ud. los documentos que son requisitos para perfeccionar el contrato del asunto en referencia.

Asimismo, para este proceso le hacemos llegar a continuación los documentos solicitados:

- a) Constancia de capacidad libre de contratación.
- b) Garantía de fiel cumplimiento del contrato (INSUR S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS y, AVLA PERÚ COMPAÑIA DE SEGUROS S.A.).

[...]

²⁷ De folios 62 a 64 del expediente administrativo.

²⁸ Como se aprecia de la documentación obrante en el folio 65 del expediente administrativo.



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Conforme fluye de la carta anterior, el Consorcio habría cumplido con presentar la documentación requerida en las bases integradas para el perfeccionamiento del contrato, dentro del plazo de cuatro (4) días hábiles desde el consentimiento de la buena pro a su favor, esto es el 5 de octubre de 2018.

36. Cabe recordar que, el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción y las propias bases integradas también establecen que, después de haber presentado la documentación correspondiente, la Entidad puede formular observaciones a dicha documentación del Consorcio, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, hasta el mismo 5 de octubre de 2018 (que como se aprecia fue la fecha en que el Consorcio presentó la documentación), y los integrantes del Consorcio contaban con un (1) día hábil para subsanarlas, y de ser el caso, suscribir el Contrato.

En consecuencia, **el plazo que tenía la Entidad para observar la documentación presentada por el Consorcio, venció el 5 de octubre de 2018, y el plazo que tenía el Consorcio para la subsanación y suscripción del contrato, a su vez venció el 9 de octubre de 2018.**

- (iii) Ahora bien, fluye del expediente administrativo que el **5 de octubre de 2018 a horas 8:37 p.m., dentro del plazo establecido en la normativa para la Reconstrucción** [cabe tener presente que el Consorcio remitió la documentación ese mismo día a las 5:05 pm), **la Entidad cursó un correo electrónico al Consorcio, a fin de comunicarle las observaciones a la documentación presentada;** a continuación se reproduce el aludido correo electrónico:

Bryan Hal Stuart Rivera

De: Bryan Hal Stuart Rivera
Enviado el: viernes, 05 de octubre de 2018 08:37 p.m.
Para: Wilmer Rahu Alregu
CC: Bryan Hal Stuart Rivera
Asunto:

Tribunal de Contratación del Estado
EXP N°
FOLIO N° **00052**

Se solicita suscribir observaciones a la documentación presentada para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento Especial de Contratación N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1N/ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES -SALITRAL-CANCHAQUE-EMP. PE -3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA", siendo que, de dicha revisión se realizaron las siguientes observaciones:

Estimado:

CONSORCIO VIAL:

Me dirijo a usted, en virtud de lo señalado en el numeral 56.1 del artículo 56° del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM - Fomento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, se procede con la revisión de los documentos presentados para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1N/ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES -SALITRAL-CANCHAQUE-EMP. PE -3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA", siendo que, de dicha revisión se realizaron las siguientes observaciones:

En el aspecto de la presentación de la Constancia de Capacidad Libre de Contratación, se observa que ha copiado la constancia de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERU, no adjuntando la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERU S.A.C., por lo que deberá de presentar dicha constancia.

En el aspecto de la presentación de las Cartas Fianza N° 3130018007935 y N° 3002018007934, emitidas por la empresa INSLUR, se señala:

A efectos de CONSORCIO VIAL, se indica por SACYR CONSTRUCCIÓN SA SUCURSA DEL PERU (2054804320), SACYR CONSTRUCCIÓN PERU S.A.C (20545295719) y TETRAK S.A.C (2050202081), otorgarse por el presente documento carta fianza mecánica, indivisible, solidaria, irrevocable, sin beneficio de excusión y de realización automática al solo requerimiento de unidades como beneficiarias. En caso de haber electiva por el motivo garantizado de FIEL CUMPLIMIENTO correspondiente al presente objeto: PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA ESPECIAL N° 0001-2018-MTC/20, PRIMERA CONVOCATORIA, CONTRATACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA: REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1N/ (DV. HUANCABAMBA) - BUENOS AIRES - SALITRAL - CANCHAQUE - EMP. PE - 3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600 - HUANCABAMBA.

De igual manera, en la Carta Fianza N° 21301770, emitida por la empresa INSLUR, se ha consignado:

En todo de la misma asegurada:

Garantía de Fiel Cumplimiento correspondiente al Procedimiento de Contratación Pública Especial N°0001-2018-MTC/20, Primera Convocatoria, Contratación de la Ejecución de la Obra: Rehabilitación y Mejoramiento de la Carretera EMP. PE-1N/(DV. Huancabamba) - Buenos Aires - Salitral - Canchaque -EMP. PE - 3N Huancabamba, Tramo KM 71+600 - Huancabamba.

En tal sentido, deberá de corregir las referidas cartas fianza, señalando como objeto de la Garantía de Fiel Cumplimiento:

El contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA

CARRETERA EMP. PE-1N/ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES -SALITRAL-CANCHAQUE-EMP. PE -3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA,

En tal sentido, se solicita que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 56.1 del artículo 56° del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM, en el plazo de un (01) día hábil contado a partir de la notificación del presente correo electrónico, proceda con la subsanación de las observaciones realizadas a la documentación presentada para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, se procedió con la revisión de los documentos presentados para la suscripción del contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20, Ejecución de la Obra: "REHABILITACIÓN Y MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA EMP. PE-1N/ (DV. HUANCABAMBA)-BUENOS AIRES -SALITRAL-CANCHAQUE-EMP. PE -3N HUANCABAMBA, TRAMO KM 71+600-HUANCABAMBA".

Atentamente,

mailto:mas@sacyr.com
mailto:mas@scyt.com
mailto:ha@tetrasac.com

Tribunal 00053
EXP N°
FOLIO N°



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Nótese del correo anterior, que la Entidad remitió a los integrantes del Consorcio dos (2) observaciones en relación a la documentación presentada para la firma del contrato: **i)** una observación referida a que en las dos cartas fianzas, emitidas por la empresa INSUR, no se había consignado correctamente el objeto de la garantía de fiel cumplimiento, y **ii)** una observación referida a que se omitió presentar la constancia de capacidad libre de contratación del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

Cabe precisar que los integrantes del Consorcio, en sus descargos, señalaron que el aludido correo electrónico fue cursado el **5 de octubre de 2018 a las 8:56 p.m.**

Asimismo, según se aprecia del propio texto del correo electrónico, la Entidad dispuso que el Consorcio debía subsanar la carta fianza y la constancia de capacidad de libre contratación **en el plazo de un (1) día hábil** desde que se notificó vía correo electrónico las observaciones (5 de octubre de 2018), aludiéndose específicamente al numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

(iv) Asimismo, en el expediente también constan las carta s/n²⁹ presentadas el 9 y 10 de octubre de 2018, mediante las cuales el representante común del Consorcio subsanó las observaciones formuladas por la Entidad, conforme al siguiente detalle:

- Con la carta s/n del **9 de octubre de 2018**, presentó las cartas fianzas corregidas, como se aprecia a continuación [cabe precisar que si bien se alude a la constancia, ésta no fue presentada en dicha oportunidad]:

²⁹ Obrantes de folios 54 a 61 del expediente administrativo.

CONSORCIO VIAL
 Calle Desv. 1465 - 1465, Oficina 1451-1502 Desv. 1465, Lima Perú
 Central Telefónico: +51-1-474-4888

Señora:
PROVIAS NACIONAL
 Jr. Zorritos N° 1203 - Cercado de Lima

Atención: Jefa de Oficina de Administración

Asunto: Subsanación observaciones electrónicas realizadas como resultado de la revisión de la documentación de la obra de octubre de 2018

Fecha: 09 OCT. 2018

Tribunal de Contratación del Estado
 No. 00054

De nuestra mayor consideración:

Mediante la presente procedemos con subsanar las observaciones notificadas mediante correo electrónico de fecha 05 de octubre de 2018, conforme a los siguientes términos:

- Respecto de la presentación de la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.C., se adjunta a la presente comunicación la copia de la solicitud (Anexo N° 1).
- Respecto al texto de las Cartas Fianza N° 3002018007915 y N° 3002018007924, emitidas por la empresa AVLA, así como la Carta Fianza N° 218207738, emitida por la empresa DNSUR, se adjunta nuevamente los mismos (Anexo N° 2), los cuales concuerdan con la misma sustancia, habiéndose precisado el texto requerido, el cual queda redactado, en la parte correspondiente, de la siguiente manera:

(...)

- Con la carta s/n del 10 de octubre de 2018, presentó la Constancia de capacidad libre de contratación de la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., como se aprecia a continuación:

Señora:
PROVIAS NACIONAL
 Jr. Zorritos N° 1203 - Cercado de Lima

Atención: Jefa de Oficina de Administración

Asunto: Remisión Constancia de Capacidad Libre de Contratación

Trámite de Referencia E-12760
 OFICINA DE ADMINISTRACIÓN
 No. 00059
 10 OCT. 2018
 TRIBUNAL DE CONTRATACION DEL ESTADO

De nuestra mayor consideración:

Que dentro del plazo de ley, cumplimos con adjuntar la Constancia de Capacidad Libre de Contratación de SACYR CONSTRUCCION PERU S.A.C. (Anexo N° 1).

POR TANTO:

Servamos tener por presente lo expuesto.

Anexo:

Constancia de Capacidad Libre de Contratación de Sacyr Construcción Perú S.A.C.

Lima, 10 de octubre de 2018



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

37. En este punto cabe recordar que, de acuerdo con las bases integradas y con el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción:

- (iv) El Consorcio debía presentar los documentos para perfeccionar el contrato, subsanar las posibles observaciones y suscribir el documento contractual, dentro del plazo de cinco (5) días hábiles luego de que el otorgamiento de la buena pro quedó administrativamente firme o consentido.

Considerando que, en el presente caso, el lunes **1 de octubre de 2018** quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, el plazo de cinco (5) días hábiles venció, indefectiblemente, el martes **9 de octubre de 2018** [en tanto el lunes 8 de octubre de 2018 no fue día hábil].

- (v) El plazo de cinco (5) días acotado se divide de la siguiente manera [es decir hasta el 9 de octubre de 2018 debían realizarse las siguientes actuaciones]: los cuatro (4) primeros días hábiles están destinados para la presentación de documentos y el requerimiento de su subsanación por parte de la Entidad, y el último día hábil es para la subsanación de observaciones y la suscripción del contrato.

Así, en tanto el lunes **1 de octubre de 2018** quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, el plazo antes referido de cuatro (4) días hábiles venció, el viernes **5 de octubre de 2018**, plazo en el cual los integrantes del Consorcio debían presentar la documentación requerida para suscribir el contrato, y en caso la Entidad observase dicha documentación, debían subsanarla como máximo hasta el **9 de octubre de 2018**.

- (vi) La Entidad puede formular observaciones a dicha documentación del Consorcio, vía correo electrónico, dentro del plazo previsto para la presentación de dichos documentos, es decir, dentro de los primeros cuatro (4) días hábiles, y los integrantes del Consorcio cuentan con un (1) día hábil para subsanarlas.

En el presente caso, el **5 de octubre de 2018** venció tanto el plazo del Consorcio para la presentación de los documentos requeridos en las bases para la suscripción del contrato, como el plazo de la Entidad para formular observaciones a dicha documentación.

En esa misma línea, habiéndose formulado observaciones a la documentación del Consorcio, el **9 de octubre de 2018 venció i) el plazo de un (1) día hábil que tenía el Consorcio para subsanar las observaciones de la Entidad**, y, su vez, **ii) el plazo máximo de cinco (5) días hábiles que prevé el Reglamento para la Reconstrucción para presentar la documentación requerida en las bases, subsanarla y suscribir el contrato.**

38. En este extremo, cabe indicar que los consorciados han alegado que la notificación del correo electrónico por parte de la Entidad se realizó fuera de las horas hábiles, esto es, el 5 de octubre de 2018 a las 8:56 p.m., y a los correos electrónicos corporativos de cada empresa y no, propiamente, al correo electrónico del representante común del Consorcio [*entendido como persona natural y no como representante de alguna de las consorciadas*](sic), quien recién el 9 de octubre de 2018 tomó conocimiento circunstancial de dicho correo electrónico.

Al respecto, alegan que en tanto ni el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción ni la LCE (DL 1341) [aplicable de manera supletoria de acuerdo con el artículo 7-A.8 de la Ley para la Reconstrucción], contienen ninguna previsión sobre el horario en que es posible notificar vía correo electrónico las observaciones a los documentos presentados para la suscripción del contrato, es necesario recurrir al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, norma en la cual, entre otros, se prevé que la *notificación debe realizarse en día y hora hábil* para que surta efectos legales.

A partir de lo anterior, sostienen que:

- *"(...) en el artículo 147.- Régimen de las horas hábiles, del TUO de la LPAG, que es de aplicación al régimen de notificación, en todo aquello que la Ley especial (norma del mismo rango, y no una Resolución Directoral) no la hubiera regulado. Dicho artículo prevé que el horario de atención de las entidades para la realización de cualquier actuación se rige por horas hábiles correspondientes al horario fijado para el funcionamiento de la Entidad.*

Dicho artículo, en su oportunidad, bajo el anterior artículo 138 de la LPAG (antes de la modificación a TUO), fue objeto de análisis por el mismo Tribunal de Contrataciones del Estado, a través del Acuerdo de Sala Plena N° 006/2005 del 19 de abril de 2005 que, si bien se emitió bajo un ámbito normativo diferente, preveía una interpretación que puede ser trasladada al vigente artículo 147 precitado, debido a que éste regula la misma disposición normativa. En dicho Acuerdo de Sala Plena, se dispuso que: (...) lo horarios de atención de las entidades públicas para la realización de cualquier actuación, como el caso del diligenciamiento de las notificaciones, están regidos por reglas establecidas por ley, con la finalidad de facilitar el ejercicio del derecho de petición de los ciudadanos y su consecuente tramitación, atenuando la discrecionalidad de la administración en este tema" (sic).



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- "(...) consideramos que la notificación electrónica recibida el viernes 05 de octubre de 2018, a las 20:56 horas, fue efectuada el día 09 de octubre de 2018, y a partir de esa fecha surten sus efectos, los mismos que culminan el miércoles 10 de octubre de 2018, fecha en la que el Consorcio cumplió con entregar la documentación faltante requerida por la Entidad, dando por subsanadas todas y cada una de las observaciones planteadas por aquella, debiendo haberse procedido con la suscripción del respectivo contrato" (sic).

39. Sobre ello, en principio es menester recordar que la **Ley para la Reconstrucción prevé disposiciones de carácter extraordinario frente a desastres, a partir de reglas especiales y particulares a efectos de atender dichos desastres dada su naturaleza urgente.**

Conforme a lo anterior, si bien el numeral 18.1 del artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en lo sucesivo el **TUO de la LPAG**, establece que "la notificación debe realizarse en día y hora hábil, salvo regulación especial diferente o naturaleza continuada de la actividad", encontrándose disposiciones similares en el numeral 5 del artículo 86³⁰, en el numeral 1 del artículo 149³¹; sin embargo, dicha Ley constituye una norma que se aplica a los procedimientos administrativos que lleven a cabo las Entidades en general, mientras que **la normativa para la Reconstrucción constituye una normativa especial que se emplea en los procesos de contratación de bienes, servicios y obras que realizan las Entidades para la implementación del Plan integral para la Reconstrucción con Cambios**, precisamente, la especialidad a que se alude en la parte final del numeral 18.1 del artículo citado.

En cuanto a ello, es importante señalar que el numeral 7-A.8 del artículo 7-A de la Ley para la Reconstrucción establece que:

"En todo lo no regulado y siempre que no contravenga la presente Ley y el Reglamento del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios, es de aplicación supletoria la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF. El Procedimiento de Contratación Pública Especial se encuentra sujeto a supervisión del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)".

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria Final de la LCE (DL 1341), establece lo siguiente:

³⁰ Cabe tener en cuenta que los consorciados citaron el numeral 5 del artículo 75 de la Ley N° 27444.
³¹ Cabe tener en cuenta que los consorciados citaron el numeral 1 del artículo 138 de la Ley N° 27444.

"La presente Ley y su reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables. Asimismo, son de aplicación supletoria a todas aquellas contrataciones de bienes, servicios u obras que no se sujeten al ámbito de aplicación de la presente norma, siempre que dicha aplicación no resulte incompatible con las normas específicas que las regulan y sirvan para cubrir un vacío o deficiencia de dichas normas.

Las contrataciones del Estado se llevan a cabo conforme a la presente norma, a su Reglamento así como a las directivas que se elabore para tal efecto; conjuntamente con los documentos estándar, manuales, y demás documentos de orientación que se ponen a disposición de los usuarios de la contratación pública".

Por lo tanto, conforme a dichas disposiciones, tanto la Ley para la Reconstrucción como su Reglamento, así como la LCE (DL 1341) con su Reglamento, prevalecen sobre las normas que regulan el procedimiento administrativo general.

Considerando lo antes expuesto, los procedimientos de selección especiales, se rigen por lo dispuesto en la Ley para la Reconstrucción como su Reglamento, normas que resultan aplicables al presente caso. En tal sentido, no corresponde acoger los argumentos de los consorciados en este extremo, pues atendiendo a la especial naturaleza del procedimiento de selección recogido en la Ley para la Reconstrucción, no resulta aplicable el régimen de la notificación personal recogido en el TUO de la LPAG, sino el régimen especial de notificación a través de correo electrónico previsto en el Reglamento de la Reconstrucción.

Atendiendo a los fundamentos expuestos, y contrariamente a lo alegado por los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. y SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ, tampoco resultan de aplicación las disposiciones establecidas por otras entidades públicas respecto a la notificación electrónica, en tanto las mismas solo resultan aplicables en el ámbito de sus propias competencias y procedimientos específicos.

40. En este punto, cabe traer a colación que los integrantes del Consorcio también calificaron como defectuosa la notificación practicada por la Entidad el 5 de octubre de 2018, debido a que en el Anexo N° 2 no se estableció un apartado para que los consorciados colocaran el correo electrónico de su representante común, de modo que aquellos no consignaron ese dato [el cual, según indicaron, tampoco les fue solicitado ni siquiera de manera verbal], por lo que la Entidad notificó las observaciones materia de análisis a los correos electrónicos de cada empresa, y no propiamente al correo de su representante común, conforme a lo autorizado en el Anexo N° 2.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

A partir de lo anterior, el consorciado TERRAK S.A.C. considera que al existir una imposibilidad física y jurídica de consignar un correo electrónico propio del representante común, la Entidad debió verificar el acuse de recibo respectivo por parte del representante común, lo que *"no se verifica de forma concreta sino de forma circunstancial"* (sic). No obstante, sostuvo que la Entidad *"asumiendo que el representante común administraba el correo corporativo de la empresa SACYR PERÚ también para sus actividades como representante común, notificó –no directamente- sino "en copia" las observaciones a la documentación requerida para la firma del contrato, al correo del señor Carlos Martínez-Almeida López en su condición de representante legal de la empresa SACYR PERÚ y SACYR SUCURSAL"* (sic).

En principio, cabe tener en cuenta que la empresa TERRAK S.A.C. también indicó que dicho anexo, fue modificado con las Resoluciones Directorales N° 068-2018-RCC/DE y 084-2018-RCC/DE, respecto a las cuales se debe indicar que mediante la **Resolución Directoral N° 068-2018-RCC/DE** del 29 de agosto de 2018 se modificó el Anexo 9 - *"Modelo Carta de Referencia Bancaria"*, y por su parte, mediante la **Resolución Directoral N° 084-2018-RCC/DE** del 5 de octubre de 2018 se modificaron las *Bases estándar para los procedimientos de selección de bienes, ejecución de obras, servicios en general, concurso oferta para obras, consultoría en general y consultoría de obra a ser convocados en el marco del Decreto Supremo N° 071-2018-PCM*; por lo que, ninguna de las resoluciones citadas resulta aplicable al presente caso, en tanto el presente procedimiento especial fue convocado el 27 de agosto de 2018.

Ahora bien, de la revisión de la oferta del Consorcio, obrante en el expediente administrativo [folios 581, 583 y 585] , se aprecian los **Anexos Nos. 2 – "Declaración jurada de datos del postor"** del 20 de setiembre de 2018, suscritos por cada uno de los integrantes del Consorcio, en los cuales todos ellos consignaron sus correos electrónicos, los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. consignaron el correo electrónico cmartinez@sacyr.com y el consorciado TERRAK S.A.C. consignó el correo electrónico gerencia@terraksac.com, asimismo, declararon expresamente que: ***"En caso de consorcio, las notificaciones se harán al correo electrónico del representante legal del consorcio"*** (sic).

Por tanto, en el presente caso, se verifica que **los consorciados autorizaron expresamente a la Entidad para notificarlos vía correo electrónico**, lo cual ha sido reconocido por todos ellos en sus escritos de descargos.

Aunado a lo anterior, también se debe tener en cuenta que en el **Anexo N° 7 – Contrato de Consorcio**³², aquellos designaron como su representante común al señor **Carlos Martínez – Almeida López**, precisándose que su designación como representante común era **“para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – Provias Nacional”** (sic).

En atención a ello, los integrantes del Consorcio:

- iii) Autorizaron a que se les notifique al correo electrónico de su representante legal, sin que aquellos hubieran incluido en el Anexo N° 2 alguna precisión o referencia respecto a ello.

En este extremo, no resulta amparable el argumento del consorciado TERRAK S.A.C. en relación a que existía una imposibilidad física y jurídica para consignar en el Anexo N° 2 el correo electrónico de su representante legal, pues dicho documento es completado por los postores de forma libre, debiendo respetar la información que como mínimo se establece en el formato.

- iv) Designaron al señor **Carlos Martínez – Almeida López**, como representante común del consorcio, quien a su vez es el representante legal de las empresas SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., y a quien corresponde el correo electrónico cmartinez@sacyr.com,

De modo que, la Entidad podía, válidamente, considerar dicho correo electrónico a efectos de notificar a todos los consorciados, verificándose que, en el presente caso, la notificación electrónica fue realizada al correo declarado por cada uno de ellos en sus respectivos Anexos Nos. 2.

Lo anterior, puede corroborarse con la copia del correo electrónico del 5 de octubre de 2018 remitido por la Entidad, y asimismo, con los descargos de cada uno de los consorciados, quienes además **han reconocido haber recibido el mismo el 5 de octubre de 2018 a las 20:56 horas**, con lo cual se tiene certeza de

³² Obrante de folios 635 al 636 del expediente administrativo.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

su recepción por aquéllos. A continuación se detalla lo indicado por los consorciados:

- Los consorciados SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ Y SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. señalaron que: *"consideramos que la notificación electrónica recibida el viernes 05 de octubre de 2018, a las 20:56 horas, fue efectuada el día martes 9 de octubre de 2018 (...)"* (sic).
- El consorciado TERRAK S.A.C. indicó que: *"(...) si verificamos la notificación que efectuó la Entidad en nuestro caso, el 5 de octubre de 2018 a las 20:56 horas, podemos advertir que la comunicación se realizó a los correos electrónicos corporativos de cada empresa, (...)"* (sic).

De ahí, que tampoco resulten amparables sus argumentos en este extremo referidos a la existencia de una notificación defectuosa, más aun considerando que en el Formato del Anexo N° 2 de las **Bases Estándar del Procedimiento de Contratación Pública Especial para la Reconstrucción con Cambios – Contratación de ejecución de obras**, aprobadas mediante Resolución Directoral N° 056-2018-RCC/DE, se establece expresamente que los postores deben declarar lo siguiente: *"Asimismo, autorizo a que se me notifique al correo electrónico consignado en la presente declaración jurada todas las actuaciones del procedimiento de selección y de la ejecución contractual, no siendo necesario acreditar el acuse de recibo"*, precisión que también fue recogida en las bases del presente procedimiento de contratación especial; tal como se aprecia a continuación:

ANEXO N° 2

DECLARACIÓN JURADA DE DATOS DEL POSTOR

Señores:
COMITÉ DE SELECCIÓN
PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN PÚBLICA ESPECIAL N° 0001-2018-MTC/20
Presente.-

El que se suscribe, [.....], postor y/o Representante Legal de [CONSIGNAR EN CASO DE SER PERSONA JURÍDICA], identificado con [CONSIGNAR TIPO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD] N° [CONSIGNAR NÚMERO DE DOCUMENTO DE IDENTIDAD], con poder inscrito en la localidad de [CONSIGNAR EN CASO DE SER PERSONA JURÍDICA] en la Ficha N° [CONSIGNAR EN CASO DE SER PERSONA JURÍDICA] Asiento N° [CONSIGNAR EN CASO DE SER PERSONA JURÍDICA], **DECLARO BAJO JURAMENTO** que la siguiente información se sujeta a la verdad:

| | |
|---------------------------------------|---------------|
| Nombre, Denominación o Razón Social : | |
| Domicilio Legal : | |
| RUC : | Teléfono(s) : |
| Correo electrónico : | |

Asimismo, autorizo a que se me notifique al correo electrónico consignado en la presente Declaración Jurada todas las actuaciones del procedimiento de selección y de la ejecución contractual, **no siendo necesario acreditar el acuse de recibo.**

En caso de consorcios, las notificaciones se harán al correo electrónico del representante legal del consorcio.

Por tanto, en el presente caso, se verifica que **los consorciados fueron notificados vía correo electrónico el 5 de octubre de 2018 a las 20:37 horas**, atendiendo precisamente al régimen especial establecido en la normativa para la Reconstrucción al que ellos voluntariamente se sometieron, no apreciándose por ello vulneración alguna al principio de transparencia.

41. Por otro lado, según se aprecia del propio texto del correo electrónico remitido el 5 de octubre de 2018, la Entidad dispuso que el Consorcio debía subsanar la carta fianza y la constancia de capacidad libre de contratación **en el plazo de un (1) día hábil** desde que se realizó vía correo electrónico la observación (5 de octubre de 2018).

Lo anterior, resulta acorde con el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción, que prevé que **para la subsanación** [en tanto se pueden formular las observaciones como máximo hasta el cuarto día hábil desde el consentimiento de la buena pro], se destina un día hábil completo [específicamente, el quinto día del plazo máximo].

En ese sentido, queda demostrado que la Entidad formuló y comunicó al Consorcio, las observaciones relacionadas a la carta fianza y la constancia de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

capacidad libre de contratación del consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C., el día **5 de octubre de 2018**; es decir, al cuarto día hábil desde el consentimiento de la buena pro al Consorcio; por lo que, **las mencionadas observaciones fueron realizadas de forma oportuna por la Entidad.**

Al respecto, también debe considerarse el hecho de que la Entidad, solo tenía hasta el 5 de octubre de 2018 para observar la documentación del Consorcio, y habiendo el mismo presentado aquella, precisamente el 5 de octubre de 2018 a las 5:05 p.m., la Entidad a las 8:37 p.m. le comunicó sus observaciones; es decir, en un promedio de tres (3) horas.

En este punto se debe indicar que, atender a un análisis como el propuesto por los consorciados, esto es, que la Entidad solo podía notificarlos vía correo electrónico en horas hábiles, atendiendo a que los consorciados recién presentaron la documentación el último día del plazo a las 5:05 p.m., supondría que aquella formulara las observaciones de forma extemporánea, el día 5 y no el día 4 previsto en la normativa para la Reconstrucción, lo que implicaría no solo un incumplimiento pasible de responsabilidad administrativa por parte de los funcionarios de la Entidad, sino que además pondría en riesgo la ejecución de la obra materia del procedimiento especial, en tanto la Entidad no podría suscribir un contrato que no cuente con la garantía que respalde su fiel cumplimiento y con un postor [cuyo consorciado] no ha acreditado contar con la capacidad máxima de contratación que lo habilite a realizar dicha ejecución.

42. En ese contexto, en virtud de la revisión de los documentos obrantes en autos, se advierte que los integrantes del Consorcio presentaron, a la Entidad, recién el **10 de octubre de 2018**, la documentación completa para el perfeccionamiento del contrato; es decir, fuera del plazo máximo para hacerlo, establecido en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

Sobre el particular, la Entidad no puede soslayar que el documento presentado fuera de plazo por los integrantes del Consorcio es la "Constancia de capacidad libre de contratación de SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.", documento cuya presentación se encontraba prevista no solo en las bases integradas sino en el numeral 5 del artículo 54 del Reglamento para la Reconstrucción, por tanto, conforme puede apreciarse, no es cierto que los integrantes del Consorcio hubieran contado solo con unas horas para su presentación, allí donde aquellos conocían que estaban obligados a contar con dicho documento para la suscripción del contrato desde que participaron en el procedimiento de selección

presentando su oferta [24 de setiembre de 2018], por tal motivo, tampoco se aprecia vulneración alguna al derecho al debido procedimiento de aquellos.

En relación a lo anterior, conviene recalcar que la infracción imputada a aquellos, se configura con el no perfeccionamiento del contrato por la falta de presentación de los documentos necesarios para tal fin, dentro del plazo establecido, toda vez que ello constituye un requisito indispensable para concretar y viabilizar la relación contractual.

Al respecto, es preciso indicar que era responsabilidad de los consorciados diligenciar de manera oportuna los documentos para el perfeccionamiento del contrato, asegurándose de su presentación ante la Entidad, y de ser el caso, su subsanación, pues el plazo de cinco (5) días hábiles estaba previsto considerando el supuesto de subsanación en caso la Entidad formulase observaciones a la documentación presentada, ello sin perjuicio que dichos documentos podían haber sido tramitados con anticipación.

Asimismo, pese a que la presentación de la constancia de capacidad libre de contratación estaba prevista en las bases como un requisito necesario para la firma del contrato, y que existía un plazo perentorio con el cual se contaba para presentar los documentos, se advierte que dicho documento recién fue tramitado el día 10 de octubre de 2018, esto es, en el sexto (6°) día hábil siguiente al consentimiento de la buena pro; toda vez que, según su propia manifestación los integrantes del Consorcio señalaron que recién tuvieron conocimiento de las observaciones de la Entidad, el 9 de octubre de 2018, por medio de un correo electrónico enviado a los representantes legales de los consorciados; es decir, el mismo día del vencimiento del plazo correspondiente [día cinco (5) contado desde el día siguiente del consentimiento de la buena pro]; ello, no obstante que, desde la presentación de su oferta, el 24 de setiembre de 2018, conocían de la obligatoriedad de su presentación, lo que evidencia una inobservancia al deber de diligencia de parte de aquéllos.

Lo anterior resulta más evidente, si se considera que el propio consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. ha indicado que tramitó dicha constancia el 10 de octubre de 2018, debido a que recién el día 3 de octubre de 2018, solicitó el aumento de su capacidad máxima de contratación, esto es, el día 2 del plazo con que contaba para presentar la documentación para perfeccionar el contrato, pues, contrariamente a lo alegado por éste, el 4 de octubre de 2018 no quedó consentido el otorgamiento de la buena pro, sino el 1 del mismo mes y año.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

En este extremo, se debe tomar en cuenta que el 24 de setiembre de 2018 el Consorcio presentó su oferta económica ascendente a S/ 419'916,070.27, señalando en el Anexo N° 7, que la empresa SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. se comprometía con el 1% a la ejecución de la obra, es decir, dicho postor debía contar con una capacidad libre de contratación como mínimo del 1% del total de la oferta económica; es decir, S/ 4'199,160.70, sin embargo, conforme se aprecia de la información registrada en el RNP, a dicha fecha la misma solo contaba con una capacidad máxima de contratación de S/ 500,000.00, la cual recién el 10 de octubre de 2018 se aumentó a S/ 190'707,000.00; es decir, vencido el plazo máximo para la presentación de los documentos necesarios para el perfeccionamiento del contrato.

43. En ese contexto, en virtud de la revisión de los documentos obrantes en autos, se observa que después de vencido el plazo máximo otorgado por la Entidad, los consorciados remitieron la "Constancia de capacidad libre de contratación de SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C." Por tanto, los integrantes del Consorcio no subsanaron la documentación solicitada, en los plazos establecidos en las bases y en el numeral 56.1 del artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción; por lo que, el contrato no se perfeccionó por el incumplimiento de la obligación de contratar por parte de aquellos, con lo cual se acredita, la configuración del supuesto de hecho previsto como infracción administrativa en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341).

Sobre la posibilidad de la aplicación de la norma más favorable para el administrado.

44. En relación a lo anterior, es necesario tener en consideración que el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, contempla el principio de irretroactividad, según el cual, 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 sancionadora que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o ha sido modificado, o se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable.
45. En tal sentido, resulta oportuno señalar que el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), establecía como infracción aplicable a la conducta imputada a los integrantes del Consorcio, la siguiente:

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

Asimismo, el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341) establecía que la sanción a imponerse, por la conducta antes aludida, sería una multa, la cual es 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 oferta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), precisándose que la resolución que imponga la multa debe establecer 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.

46. Sobre el particular, es preciso señalar a la fecha se encuentra vigente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante el **TUO de la LCE**, el cual establece como infracción aplicable a la conducta imputada a los integrantes del Consorcio, la siguiente:

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

Por su parte, el literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la LCE, establece como sanción aplicable a la referida conducta, la misma sanción (de multa) que recogía el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), precisándose que la medida cautelar a ser impuesta -vigente en tanto la multa no sea pagada por el infractor-, no deberá ser menor de tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses.

47. En ese sentido, la nueva tipificación de la infracción de incumplir con la obligación de perfeccionar el contrato, actualmente establecida en el TUO de la LCE, contiene supuestos más favorables para el administrado en relación con la tipificación que estuvo establecida en la LCE (DL 1341); toda vez que, para determinar la configuración de la infracción, actualmente se requiere verificar si en la conducta del infractor no medió algún supuesto que justifique su incumplimiento, esto es, hechos sobrevinientes al otorgamiento de la buena pro no imputables a los integrantes del Consorcio que hayan generado la imposibilidad física o jurídica de



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

cumplir con su obligación, o que hayan ocurrido situaciones de caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, en cuanto a la medida cautelar a imponerse al infractor, el TUO de la LCE actualmente recoge un supuesto más beneficioso que la LCE (DL 1341), toda vez que, la medida cautelar a ser impuesta no podrá ser menor a tres (3) ni mayor a dieciocho (18) meses, la cual se mantendrá vigente en tanto no se pague la multa impuesta, restricción que resulta más beneficiosa que aquella que estuvo establecida en la LCE (DL 1341), pues esta última disponía que la medida cautelar se mantiene vigente de forma indefinida en tanto no sea pagada la multa impuesta.

48. Por lo tanto, en aplicación del *principio de retroactividad benigna*, corresponde que este Tribunal verifique si en el expediente obran medios probatorios de los cuales se pueda determinar si la conducta de los integrantes del Consorcio, de no perfeccionar el contrato, estuvo afectada por algún supuesto de imposibilidad física o jurídica o de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor que la justifique, supuestos en los cuáles ameritaría la exoneración de responsabilidad administrativa.
49. Sobre el particular, el Tribunal ha reconocido en reiteradas resoluciones³³ que, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, la **imposibilidad física** del postor adjudicado se encuentra referida a un obstáculo temporal o permanente que lo inhabilite o imposibilite, irremediable e involuntariamente, a cumplir con su obligación de perfeccionar la relación contractual; mientras que la **imposibilidad jurídica** consiste en la afectación temporal o permanente de la capacidad jurídica de la persona natural o jurídica para ejercer derechos o cumplir obligaciones, pues de hacerlo se produciría la contravención del marco jurídico aplicable al caso, y consecuentemente, la posible invalidez o ineficacia de los actos así realizados.

Asimismo, debe precisarse que para que un hecho se constituya como caso fortuito o fuerza mayor, deben concurrir los siguientes elementos: i) debe ser extraordinario, es decir, que las circunstancias en las cuales se presente deben ser excepcionales e irrumpir en el curso de normalidad; ii) debe ser imprevisible, es decir, que en circunstancias ordinarias no habría podido predecirse su ocurrencia;

³³ Resolución N° 0135-2017-TCE-S4, Resolución N° 0208-2017-TCE-S4, Resolución N° 0222-2017-TCE-S4, Resolución N° 1250-2016-TCE-S2, Resolución N° 1629-2016-TCE-S2, Resolución N° 0596-2016-TCE-S2, Resolución N° 1146-2016-TCE-S2, Resolución N° 1450-2016-TCE-S2, entre otras.

y iii) el acontecimiento debe ser irresistible, es decir, que su ocurrencia no haya podido ser evitada o resistida.

50. Ahora bien, en los descargos presentados por los integrantes del Consorcio, no se aprecia que aquellos hubieran alegado algún supuesto de caso fortuito o fuerza mayor como motivo por el cual no se presentaron los requisitos completos para la suscripción del contrato, generando que la documentación completa sea presentada fuera del plazo máximo previsto en el artículo 56 del Reglamento para la Reconstrucción.

Sin perjuicio de lo expuesto, el hecho señalado por los consorciados, referido a que la Entidad les notificó las observaciones a la documentación presentada fuera del horario hábil, no puede ser considerado como un evento extraordinario o imprevisible, pues aquellos sí tenían control respecto a la ocurrencia del mismo, pues conocían, desde que presentaron su oferta [24 de setiembre de 2018]: i) que la *constancia de capacidad libre de contratación* era un requisito para la suscripción del respectivo contrato, por tanto les correspondía realizar las acciones preventivas para que la entrega de documentos se efectúe dentro del plazo correspondiente; y, ii) que contaban con un plazo máximo de cuatro (4) días hábiles para presentar la documentación necesaria para la suscripción del contrato, y con un plazo máximo de un (1) día hábil para subsanar las observaciones de la Entidad [que ésta también debía realizar las observaciones como máximo dentro del plazo de cuatro días con que contaban para su presentación].

De igual manera, el hecho descrito no puede ser irresistible, puesto que pudieron actuar con mayor diligencia y tomar las precauciones del caso, como tramitar la *constancia de capacidad libre de contratación* con mayor anticipación.

En ese orden de ideas, no se aprecia la existencia de fuerza mayor alguna que haya impedido a los integrantes del Consorcio cumplir con su obligación; no habiéndose, además, configurado ninguna situación de imposibilidad física ni jurídica.

51. En consecuencia, habiéndose acreditado que los integrantes del Consorcio no cumplieron con presentar ante la Entidad los documentos completos solicitados para la suscripción del contrato dentro del plazo legal previsto para ello, y no habiéndose verificado la existencia de alguna causa justificante para dicha conducta, a juicio de este Colegiado, esta conducta, también se subsume en el tipo



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

SCE
Sistema
Nacional de
Contratación
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

infractor actualmente establecido en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la LCE; por lo que, aquellos son responsables por su comisión, siendo pasibles de sanción administrativa.

52. Por otro lado, en aplicación del principio de retroactividad benigna, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, en el presente caso, corresponde que este Tribunal, adicionalmente a la sanción de multa, imponga al Consorcio la medida cautelar de 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, de conformidad con lo dispuesto literal a) del numeral 50.4 del artículo 50 del TUO de la LCE, esto es, no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses, al ser más beneficiosa para aquél.

Sobre la posibilidad de individualizar la responsabilidad por la infracción detectada

53. En cuanto a la posibilidad de individualizar la responsabilidad, conforme a lo previsto en el artículo 220 del RLCE modificado (DS 056), las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos los integrantes del mismo, aplicándose a cada uno de ellos la sanción que le corresponda, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal o contrato de consorcio, o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad; en tal caso, el referido artículo establece que la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

En ese sentido, a efectos de determinar la sanción a imponerse en virtud de los hechos reseñados, en el presente caso corresponde dilucidar, de forma previa, si es posible imputar a uno de los integrantes del Consorcio la responsabilidad por los hechos expuestos, siendo que la imposibilidad de individualizar dicha responsabilidad determinaría que todos los miembros del consorcio asuman las consecuencias derivadas de la infracción cometida.

54. Respecto a lo anterior, y de la documentación obrante en autos, se advierte que en el **Anexo N° 7 – Contrato de Consorcio**³⁴ del 20 de setiembre de 2018, los integrantes del Consorcio establecieron lo siguiente:

³⁴ Documento obrante de folios 635 al 636 (anverso y reverso) del expediente administrativo.

"(...)

b) **Designamos a CARLOS MARTÍNEZ-ALMEIDA LÓPEZ**, identificado con Carnet de Extranjería N° 001405210, como representante común del consorcio para efectos de participar en todos los actos referidos al procedimiento de selección, suscripción y ejecución del contrato correspondiente con Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional – PROVIAS NACIONAL.

d) Las obligaciones que corresponden a cada uno de los integrantes del Consorcio son las siguientes:

OBLIGACIONES DE SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ

- Ejecución de obra. [74%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

OBLIGACIONES DE SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.

- Ejecución de obra. [1%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

OBLIGACIONES DE TERRAK S.A.C.

- Ejecución de obra. [25%]
- Apoyo logístico, soporte administrativo y financiero.
- Elaboración de la propuesta

TOTAL OBLIGACIONES: 100%"

55. Atendiendo a la información contenida en el Anexo N° 7, se advierte de su lectura que no contiene pactos relacionados específicamente a la presentación de los documentos necesarios para la suscripción del contrato derivado del procedimiento especial, por el contrario del mismo, se aprecia que los integrantes del Consorcio designaron al señor Carlos Martínez-Almeida López como su representante común, para que en nombre y representación de todos ellos, realizara los actos referidos a la suscripción del mismo.

En ese orden de ideas, atendiendo a la literalidad del contenido de la Promesa de Consorcio materia de análisis, no se identifica ningún elemento que permita establecer de manera categórica que solo uno de los integrantes del Consorcio es responsable por la comisión de la infracción que, conforme al análisis precedente, se ha configurado en el presente caso.

56. De otro lado, en cuanto a la naturaleza de la infracción, este criterio solo puede invocarse ante el incumplimiento de una obligación de carácter personal por cada uno de los integrantes del Consorcio. Al respecto, nótese que tanto el artículo 220 del RLCE modificado (DS 056), como la normativa vigente en la actualidad [artículo 258 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF] ha restringido dicho criterio a las



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

infracciones previstas en los literales c), i) y k) del artículo 50 de la LCE (DL 1341), siendo que en el presente caso, la infracción analizada es aquella prevista en el **literal b)** del numeral 50.1 del artículo 50 de la misma norma.

Por el motivo expuesto, no corresponde atender la solicitud de individualización de la responsabilidad solicitada por la empresa TERRAK S.A.C., precisándose que en el caso de la Resolución N° 609-2018-TCE-S4 invocada por aquélla, se analizó la responsabilidad administrativa de las empresas Royal Global Trading S.A.C. y Creaciones Cactus S.R.Ltda. por contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimentos previstos en el artículo 11 de la Ley y por presentar información inexacta, supuestos previstos en los literales c) y h)³⁵ del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, infracciones en las que sí resulta aplicable el criterio de la naturaleza de la infracción, lo mismo ocurre en el caso de la Resolución N° 1349-2018-TCE-S4, en la cual se determinó la responsabilidad del consorciado Consorcio y Servicios Generales Gran Chavin S.R.L. por haberse registrado como participante en el procedimiento de selección sin contar con inscripción vigente en el RNP, y en la Resolución N° 1520-2017-TCE-S4, se determinó la responsabilidad de la empresa VIP AVIA CORPORATION al haber presentado oferta sin contar con inscripción vigente en el RNP, infracción tipificada en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley N° 30225, actualmente previsto en el literal k) del mismo artículo de la LCE (DL 1341).

57. Asimismo, el consorciado TERRAK S.A.C. ha solicitado considerar como documento de fecha cierta la *Constancia de Capacidad Libre de Contratación N° 008636-2018*, emitida el 10 de octubre de 2018, alegando que con la misma se acredita que *“la imputación debió haberse realizado sólo contra una consorciada y no contra las tres integrantes del Consorcio vial”*, sin embargo, y contrariamente a lo alegado por dicha empresa, si bien existe certeza de que dicho documento fue emitido el 10 de octubre de 2018 y que el mismo correspondía al consorciado SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C. [debiendo por ello ser tramitado por dicha empresa], como se ha explicado, todos los consorciados determinaron que todos los actos referidos a la suscripción del contrato se encontrarían a cargo de su representante común, sin perjuicio de lo cual, cabe reiterar que, al ser una obligación de carácter personal, tanto la normativa que estuvo vigente al momento de la comisión de la infracción como la vigente actualmente, no habilitan legalmente a efectuar la individualización de la responsabilidad en este tipo de casos, pues ello ha sido

³⁵ El literal h) se encuentra referido a la presentación de información inexacta y actualmente se encuentra contemplado en el literal i).

reservado únicamente para las infracciones tipificadas en los literales c), i) y k), conforme se ha referido precedentemente.

58. Por lo tanto, este Colegiado concluye que, en el presente caso, no existen elementos a partir de los cuales, conforme a lo establecido en el artículo 220 del RLCE modificado (DS 056), pueda individualizarse la responsabilidad de alguno de los integrantes del Consorcio por haber incumplido con su obligación de perfeccionar el contrato con la Entidad; en consecuencia, corresponde sancionar a todos los integrantes del Consorcio.

Graduación de la sanción.

59. En relación a la graduación de la sanción imponible, conforme se ha indicado, el literal a) del numeral 50.2 del artículo 50 de la LCE (DL 1341) dispone que, ante la comisión de la infracción materia del presente expediente, 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 oferta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).

En ese entendido, considerando que el monto ofertado por los integrantes del Consorcio asciende a **S/ 419'916,070.27**; la multa a imponer no puede ser inferior al cinco por ciento (5%) de dicho monto (**S/ 20'995,803.51**) ni mayor al quince por ciento (15%) del mismo (**S/ 62'987,410.54**).

Por otro lado, en virtud del principio de retroactividad benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, corresponde que en el presente caso este Tribunal establezca, como medida cautelar, la suspensión del derecho de los integrantes del Consorcio de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado por el periodo que no deberá ser menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses, la cual estará vigente en tanto la multa no sea pagada por el infractor, según el procedimiento recogido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado".

60. En tal contexto, a efectos de establecer la sanción de multa a ser impuesta al



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Inversión Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

Consortio y determinar la duración de la suspensión de su derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado a ser impuesta como medida cautelar, se tendrán en consideración los criterios de graduación previstos en el artículo 226 del RLCE modificado (DS 056).

Adicionalmente, se debe considerar que, para la determinación de la sanción, resulta importante traer a colación lo dispuesto en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, respecto al *principio de razonabilidad*, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa que impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados deben adaptarse 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, criterio que también será tomado en cuenta al momento de fijar la sanción a ser impuesta.

61. En tal sentido, y a efectos de graduar la sanción a imponerse, se deben considerar los siguientes criterios:

g) **Naturaleza de la infracción:** la infracción cometida afecta la expectativa de la Entidad por perfeccionar el contrato con el proveedor ganador de la buena pro y así satisfacer las necesidades de la misma y, consecuentemente, el interés público, siendo ésta una obligación que supone, además, un incumplimiento al compromiso asumido de perfeccionar el contrato.

h) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** de la documentación obrante en autos, no es posible determinar si hubo o no intencionalidad de los integrantes del Consorcio en la comisión de la infracción imputada, aunque sí se ha acreditado negligencia en su conducta, lo que ha devenido en la comisión de la infracción.

i) **Daño causado:** debe tenerse en cuenta que situaciones como ésta, ocasionan una demora en el cumplimiento de las metas programadas por la Entidad, debido a que, por haber incumplido, los integrantes del Consorcio, con su obligación de presentar la documentación requerida para la suscripción del contrato dentro del plazo, se contrató el 25 de octubre de 2018 con el Consorcio Vial Piura, por un monto mayor, ascendente a S/ 430'062,824.61 [Contrato de ejecución de obra N° 124-2018-MTC/20.2].

- j) **El reconocimiento de la infracción cometida antes de que sea detectada:** conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual los integrantes del Consorcio hayan reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- k) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de la revisión de la base de datos del Registro Nacional de Proveedores, se advierte que la empresa TERRAK S.A.C. cuenta con antecedente de sanción impuesta por el Tribunal.
- l) **Conducta procesal:** Los integrantes del Consorcio se apersonaron al procedimiento administrativo sancionador y presentaron sus descargos a las imputaciones efectuadas en su contra.

62. Finalmente, cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la LCE (DL 1341), por parte de los integrantes del Consorcio, cuya responsabilidad ha quedado acreditada, tuvo lugar el **9 de octubre de 2018**, fecha en que venció el plazo para que presente los documentos requeridos para el perfeccionamiento del contrato derivado del procedimiento especial de selección.

Procedimiento y efectos del pago de la multa

63. Al respecto, de conformidad con el procedimiento establecido en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD - "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE, publicada el 3 de abril de 2019 en el Diario Oficial El Peruano y en el portal institucional del OSCE:

- El proveedor sancionado debe pagar el monto íntegro de la multa y comunicar al OSCE dicho pago, adjuntando el comprobante original respectivo. En caso no notifique el pago al OSCE dentro de los siete (7) días hábiles siguientes de haber quedado firme la resolución sancionadora, la suspensión decretada como medida cautelar operará automáticamente.
- El pago se efectúa mediante Depósito en la Cuenta Corriente N° 0000-870803 del OSCE en el Banco de la Nación.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor de
Contrataciones del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

- La comunicación del pago se efectúa a través de la presentación del formulario denominado "Comunicación de Pago de Multa" únicamente en la Mesa de Partes de la sede central del OSCE o en cualquiera de sus Oficinas Desconcentradas. El proveedor sancionado es responsable de consignar correctamente los datos que se precisan en el citado formulario.
- La obligación de pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE o del día siguiente al término del período máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
- La condición de proveedor suspendido se genera el día siguiente al vencimiento del plazo de siete (7) días hábiles de haber quedado firme la resolución sancionadora sin que el proveedor sancionado efectúe y comunique el pago del monto íntegro de la multa, esta misma condición se genera el día siguiente a aquel en que la Unidad de Finanza de la Oficina de Administración del OSCE verifique que la comunicación de pago del proveedor sancionado no ha sido efectiva.
- Cuando el proveedor comunique el pago de la multa con posterioridad a su suspensión, dicha suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber sido registrada en el SITCE la verificación del pago.
Asimismo, de no realizarse y comunicarse el pago de la multa por parte del proveedor suspendido, la suspensión se levantará automáticamente el día siguiente de haber transcurrido el plazo máximo dispuesto por la medida cautelar contenida en la resolución sancionadora firme.

CONCLUSIONES:


1. **SANCIONAR** a la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.**, con RUC N° 20545286719, con una multa ascendente a **S/ 20'995,803.51 (veinte millones novecientos noventa y cinco mil ochocientos tres con 51/100 soles)**, por su responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.

El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquélla, o cuando habiéndose presentado el recurso, éste fuese desestimado.

2. **Disponer**, como medida cautelar la **SUSPENSIÓN** del derecho de la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN PERÚ S.A.C.**, con **RUC N° 20545286719**, 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 **doce (12) meses**, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.

3. **SANCIONAR** a la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ**, con **RUC N° 20548040320**, con una multa ascendente a **S/ 20'995,803.51 (veinte millones novecientos noventa y cinco mil ochocientos tres con 51/100 soles)**, por su responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.

El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquélla, o cuando habiéndose presentado el recurso, éste fuese desestimado.

- 
4. **Disponer**, como medida cautelar la **SUSPENSIÓN** del derecho de la empresa **SACYR CONSTRUCCIÓN S.A. SUCURSAL DEL PERÚ**, con **RUC N° 20548040320**, 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 **doce (12) meses**, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.

 5. **SANCIONAR** a la empresa **TERRAK S.A.C.**, con **RUC N° 20509056081**, con una multa ascendente a **S/ 20'995,803.51 (veinte millones novecientos noventa y cinco mil ochocientos tres con 51/100 soles)**, por su responsabilidad al incumplir con su obligación de perfeccionar el contrato derivado del Procedimiento de Contratación Pública Especial N° 0001-2018-MTC/20 - Primera Convocatoria; infracción tipificada en el literal b) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, modificada por el Decreto Legislativo N° 1341.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

OSCE
Organismo Supervisor
de Inversión
Privada

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1154-2019-TCE-S3

El procedimiento para la ejecución de dicha multa se iniciará, luego de que haya quedado firme la presente resolución por haber transcurrido el plazo de cinco (5) días hábiles sin que se haya interpuesto el recurso de reconsideración contra aquélla, o cuando habiéndose presentado el recurso, éste fuese desestimado.

6. Disponer, como medida cautelar la **SUSPENSIÓN** del derecho de la empresa **TERRAK S.A.C.**, con **RUC N° 20509056081**, 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 **doce (12) meses**, en tanto no se realice y comunique el pago de la multa a que alude el numeral precedente.
7. 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 pago de la sanción de multa se extingue el día hábil siguiente de la verificación del depósito y su registro en el SITCE, o al día siguiente al término del periodo máximo de suspensión por falta de pago previsto como medida cautelar.
8. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, se proceda conforme a las disposiciones contempladas en la Directiva N° 008-2019-OSCE/CD "Lineamientos para la Ejecución de la Sanción de Multa Impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado", aprobada mediante Resolución N° 058-2019-OSCE/PRE.
9. Disponer que, una vez que la presente resolución haya quedado administrativamente firme, la Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado registre la sanción en el Sistema Informático del Tribunal de Contrataciones del Estado – SITCE.

VOCAL

SS.
Ferreyra Coral.