



**UNIVERSIDAD
DEL PACÍFICO**

**Escuela de
Postgrado**

**“LA INDEBIDA APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD SOLIDARIA DEL CONSORCIO EN LA
COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN DE PRESENTACIÓN DE
DOCUMENTACIÓN FALSA”**

**Trabajo de investigación
presentado para optar al Grado Académico de
Magíster en Derecho Administrativo Económico**

Presentada por:

Sr. Juan Carlos Paredes Ollero

Sr. Carlos Enrique Pinillos Salas

Asesora: Magali Rojas Delgado

[000-0003-0867-7238](tel:000-0003-0867-7238)

Marzo, 2021

Índice de contenidos

<u>Índice de tablas</u>	v
<u>Índice de gráficos</u>	vi
<u>Introducción</u>	7
<u>Capítulo I. Planteamiento del problema</u>	11
<u>1. Justificación</u>	11
<u>2. Antecedentes</u>	12
<u>3. Planteamiento del problema</u>	13
<u>3.1. Delimitación</u>	13
<u>3.2. Preguntas de investigación</u>	13
<u>4. Hipótesis</u>	14
<u>5. Objetivos del trabajo de investigación</u>	15
<u>5.1. Objetivo general</u>	15
<u>5.2. Objetivos específicos</u>	15
<u>6. Metodología</u>	16
<u>6.1. Tipo de investigación</u>	16
<u>6.2. Métodos y técnicas de investigación</u>	17
<u>6.3. Muestra de investigación</u>	17
<u>6.4. Técnicas de análisis de información</u>	17
<u>Capítulo II. Marco teórico</u>	19
<u>1. El consorcio</u>	19
<u>1.1. Contratos asociativos</u>	19
<u>1.2. El consorcio</u>	21
<u>1.3. La autonomía de las partes y la propiedad en el consorcio</u>	22
<u>1.4. La relación con terceros y la responsabilidad solidaria</u>	22
<u>2. Principios de la potestad sancionadora de la administración pública que se ven afectados por la aplicación de la responsabilidad solidaria cuando se restringen derechos</u>	23

<u>2.1. Principio de culpabilidad</u>	24
<u>2.2. Principio de licitud</u>	29
<u>2.3. Principio de causalidad</u>	30
<u>2.4. Principio de proporcionalidad</u>	31
<u>2.5. Debido procedimiento administrativo</u>	34
<u>Capítulo III. La responsabilidad administrativa de los consorcios en el ámbito de las contrataciones del Estado</u>	35
<u>1. El consorcio en las contrataciones del Estado</u>	35
<u>2. Sobre la presentación de documentación falsa</u>	37
<u>3. La individualización de la responsabilidad de los consorcios</u>	40
<u>4. El criterio de responsabilidad solidaria de los consorcios en el ámbito de las contrataciones públicas</u>	45
<u>4.1. La responsabilidad solidaria de los consorcios y su regulación en el tiempo</u>	46
<u>4.2. La solidaridad de los consorcios aplicable como sanción económica</u>	54
<u>Capítulo IV. Análisis y propuestas</u>	57
<u>1. El criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado sobre la sanción a los consorcios por presentación de documentación falsa</u>	57
<u>1.1. Individualización de responsabilidad según la promesa de consorcio</u>	59
<u>1.2. Individualización según el contrato del consorcio</u>	67
<u>1.3. Individualización según la naturaleza de la infracción</u>	72
<u>1.4. Individualización según el contrato suscrito con la entidad</u>	73
<u>1.5. Individualización según el criterio de cualquier medio probatorio de fecha y origen cierto</u>	74
<u>2. Opinión de exvocales del Tribunal de Contrataciones del Estado</u>	74
<u>2.1. Opinión de José Antonio Corrales Gonzales</u>	75
<u>2.2. Opinión de Mariela Nereida Sifuentes Huamán</u>	76
<u>2.3. Opinión de Peter Palomino Figueroa</u>	77
<u>3. Sobre el diseño regulatorio previsto en la norma de contrataciones sobre la participación e individualización de responsabilidad de los consorcios</u>	77

<u>4. Modificación del marco regulatorio</u>	79
<u>4.1. La aplicación del criterio de responsabilidad solidaria en la comisión de infracciones de los consorcios deberá ser a través de multas</u>	79
<u>4.2. La libertad probatoria para probar la individualización de la responsabilidad de los integrantes del consorcio</u>	81
<u>4.3. Precisión en la Directiva de Consorcio y en la Directiva de Bases estándar del OSCE</u>	82
<u>Capítulo V. Conclusiones</u>	83
<u>Capítulo VI. Recomendaciones</u>	86
<u>Bibliografía</u>	87

Índice de tablas

<u>Tabla 1. Cuadro Comparativo Decreto Legislativo n. ° 1017 – Ley n. ° 30225</u>	46
<u>Tabla 2. Cuadro Comparativo Decreto Legislativo n. ° 1341 – Decreto Legislativo n. ° 1444</u> ..	52
<u>Tabla 3. Expedientes evaluados. Periodo 2017-2019</u>	58

Índice de gráficos

<u>Gráfico 1. Procedimientos sancionadores por documentación falsa y/o inexacta según tipo de postor o contratista</u>	39
<u>Gráfico 2. Tipo de documentos falsificados y/o inexactos identificados en los procedimientos sancionadores (enero 2016 - marzo 2017)</u>	40
<u>Gráfico 3. Individualización de responsabilidades</u>	57
<u>Gráfico 4. Responsabilidad solidaria por infracción detectada</u>	58

Introducción

En el ámbito de las contrataciones públicas, la Ley de Contrataciones del Estado (Ley 30225) ha regulado la posibilidad que los proveedores del Estado participen agrupados en consorcios, es decir, mediante contratos asociativos; por el cual dos o más personas naturales o jurídicas se asocian con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes para contratar con el Estado. Mediante el artículo 13 de la Ley 30225 y el artículo 258 de su Reglamento, se prescribe la responsabilidad de las empresas consorciadas por las infracciones administrativas tipificadas, respecto a su participación individual o conjunta durante la etapa de convocatoria de un procedimiento de selección, o etapa de ejecución contractual, de un contrato derivado de este.

En efecto, el Reglamento prescribe que las infracciones cometidas por un consorcio se imputan solidariamente a todos los integrantes de este; salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio, o el contrato celebrado con la entidad, se pueda individualizar la responsabilidad.

En ese contexto, mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341 (Congreso de la República del Perú, 2016), se modifican diversos artículos de la Ley 30225, entre ellos el artículo 13, respecto a la participación de consorcios, estableciendo una nueva condición respecto a la excepción de responsabilidad solidaria de los consorcios por infracciones administrativas; es decir, se contempla un nuevo criterio de individualización de responsabilidad a los ya antes mencionados, siendo este el criterio de probar cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto. Este medio probatorio a cargo del presunto infractor permitió, en cierta medida, que los integrantes de los consorcios puedan individualizar sus responsabilidades con certificaciones notariales de fecha y origen cierto, donde se delimitaba con mayor detenimiento las obligaciones de los consorcios, pudiendo de esta manera determinar quién fue el integrante que cometió la infracción y resultando ser una causal muy alegada por los consorcios; sin embargo, dicho criterio fue derogado mediante el Decreto Legislativo n. ° 1444.

Se considera que derogar ese nuevo criterio de individualización coloca en desventaja a los administrados para probar su individualización respecto a la responsabilidad solidaria en el ámbito sancionador, dado que las pruebas para que se aplique la individualización se encuentran reguladas taxativamente, no existiendo una libertad probatoria que permita, en cierta manera, demostrar al Tribunal que no se ha cometido la infracción, si es que no es

demostrada a través de las pruebas que requiere el Tribunal de Contrataciones para su individualización.

La responsabilidad solidaria del consorcio en el ámbito sancionador contraviene principios rectores de la potestad sancionadora administrativa, tales como el principio del debido procedimiento, causalidad, culpabilidad, licitud, proporcionalidad, entre otros que más adelante serán desarrollados.

Entonces, cabe plantearse la interrogante de si realmente la responsabilidad solidaria, que se ha contemplado en el ámbito sancionador por la comisión de infracción de los consorcios, resulta ser la más razonable; o si un remedio sería no aplicarlo en el ámbito sancionador cuando se restringen derechos, como es la inhabilitación temporal o definitiva, ya que el criterio de la solidaridad en el caso de consorcio, de acuerdo a la doctrina comparada, se aplica cuando se está frente a sanciones económicas (multas), en las que los integrantes del consorcio tengan que indemnizar o cumplir con obligaciones económicas que le permitan repetir ante el integrante que asumió el pago.

Se debe precisar que, de acuerdo con la legislación y doctrina comparada de Colombia y España revisadas en el presente trabajo, se ha advertido que la responsabilidad solidaria es aplicable solo en aquellos supuestos, en los cuales se les sanciona con multas al administrado por cometer alguna infracción, mas no frente a situaciones que restringen derechos, como sería el caso de la inhabilitación para contratar con el Estado, en tanto se restrinja el derecho de la libertad de contratar. Es por ello que, por el solo hecho de verificar si el documento presentado es falso, y con ello determinar la responsabilidad solidaria de todos los integrantes de presentar documentos falsos, esta medida resulta de por sí bastante irrazonable y desproporcional contra los administrados, más aún si, para probar la individualización, se encuentra limitado los medios probatorios, puesto que se han tasado las pruebas para que el Tribunal de Contrataciones del Estado pueda aplicar la individualización de responsabilidad para los integrantes del consorcio.

En virtud de ello, se considera que el criterio de responsabilidad solidaria no estaría resultando eficaz para sancionar a los consorcios por la comisión de infracción falsa, dado que dicha causal no ha disminuido por más drástica que sea la sanción, incumpliendo su finalidad disuasiva.

Asimismo, se entiende que no cumpliría dicha finalidad, tal como lo señala Martínez Zamora (2015), porque solo la sanción sentida como adecuada, tanto por el que lo soporta como por la

sociedad, va a contribuir a la confianza en el derecho y permitirá alcanzar la finalidad de prevención especial y general que se va a cumplir.

Por otro lado, se considera que el criterio de la responsabilidad solidaria en la aplicación de sanción de los consorcios por presentación de documentación falsa contravendría el principio de culpabilidad, que ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional mediante el Expediente n. ° 2050-2002-AA-TC, en el cual se señala que los principios de culpabilidad, legalidad y tipicidad constituyen principios básicos del derecho administrativo sancionador. Por lo tanto, debería aplicarse el criterio de culpabilidad en los procedimientos sancionadores en las contrataciones del Estado, ya que, para determinar si se está frente a la comisión de una infracción por documentación falsa, se debe analizar la racionalidad del hecho en función de la conducta, como la capacidad de efectuar el control simultáneo del documento, el alcance y la utilidad. Para ello, debe demostrarse dolo o culpa, no siendo suficiente verificar solo si el documento es falso, para sancionar a todos los integrantes del consorcio.

La investigación metodológica se realiza a través de un enfoque de investigación mixta. Como primer punto, en la investigación cualitativa se toma en cuenta la legislación y la doctrina comparada respecto a cómo se regula en Colombia, Chile, Argentina y España el procedimiento sancionador a los consorcios, además de lo que opinan los juristas sobre la responsabilidad solidaria a nivel internacional. Asimismo, se hace una revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado, la severidad de las sanciones y en qué situaciones se ha aplicado la individualización de responsabilidades. Como segundo punto metodológico, en nuestra investigación cuantitativa se realizará entrevistas a los funcionarios o servidores públicos, a fin de conocer sus opiniones respecto a la propuesta que se plantea en el presente trabajo de investigación, la de poner en práctica en el procedimiento sancionador de las contrataciones del estado la no aplicación de la responsabilidad solidaria.

En el primer capítulo, se aborda el planteamiento del problema, a fin de señalar preliminarmente la urgencia de un cambio normativo en las contrataciones públicas, al estar aplicándose el criterio de la responsabilidad solidaria, siendo esta irrazonable y desproporcional en cuanto se está sancionado de manera drástica a los consorcios.

En el segundo capítulo, se trata el marco teórico, donde se intenta demostrar que, a nivel de doctrina comparada, la aplicación del criterio de responsabilidad solidaria, aplicable a los consorcios en el procedimiento sancionador, contraviene los principios de la potestad

sancionadora, dado que dicho criterio se viene aplicando incorrectamente al ser tomado del ámbito civil, el mismo que es utilizado en caso se presente una situación de reparación económica. Por el contrario, frente a un procedimiento administrativo sancionador, corresponde aplicar una multa, más no una inhabilitación temporal que restringe derechos.

En el tercer capítulo, se brinda el enfoque del problema planteado, identificando el supuesto de responsabilidad administrativa que incurren los consorcios en los casos de presentación de documentación falsa, según lo que establece la vigente Ley 30225 y su reglamento, incluidos los cambios efectuados en su regulación en los últimos años.

Asimismo, se analiza el criterio de individualización de responsabilidad propuesto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, según Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE, siendo este el único mecanismo de excepción a la regla de la responsabilidad solidaria.

En el cuarto capítulo, se abordará la propuesta de solución a los problemas identificados. Para los fines, se efectuará el análisis a los casos encontrados en los últimos tres años desde la fecha de presentación del presente trabajo de investigación, a partir de lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, identificando el número de casos resueltos en donde no se individualizó la responsabilidad mediante la promesa de consorcio, al no haberse precisado de manera específica las obligaciones, o el aporte documentario vinculado a los documentos falsos y; por otro lado, el número de casos en el que se aplicó el criterio de individualización de responsabilidad de los miembros de los consorcios por la comisión de la infracción de presentar documentos falsos.

En esa línea, el precitado capítulo pone en contexto las entrevistas realizadas a tres ex miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado que han laborado en el periodo indicado en el párrafo precedente, con la finalidad de conocer su opinión respecto del criterio de responsabilidad solidaria establecido en la Ley n° 30225 y, por otro lado, el criterio jurisprudencial que han asumido para aplicar sanción e individualizar la responsabilidad a los integrantes de los consorcios, lo que servirá como insumo para reforzar o desestimar la hipótesis planteada en el presente trabajo de investigación.

Finalmente, el quinto capítulo resumirá los hallazgos y propuestas a modo de conclusiones y recomendaciones.

Capítulo I. Planteamiento del problema

1. Justificación

La comisión de la infracción de presentación de documentación falsa es la más recurrente en materia de contrataciones públicas según información estadística del OSCE, siendo además la más gravosa, en tanto la sanción aplicable es la inhabilitación¹ temporal o definitiva a las empresas proveedoras para que no contraten con el Estado, y posterior impedimento² para contratar de los órganos de dirección, así como de los accionistas de la empresa sancionada por el período que dure su inhabilitación. El criterio aplicable en la presentación de documentos falsos es la responsabilidad objetiva. A su vez, cuando se configura la comisión de infracción para el caso de un consorcio, se agrava la situación por el criterio aplicable de la solidaridad que, si bien contempla supuestos de individualización, limita el derecho de defensa y, en la práctica, resultan ser sancionados los integrantes del consorcio al no aplicarse la individualización.

Cabe precisar que la aplicación de dicho criterio es irrazonable y desproporcionado cuando se sanciona a un consorcio que está integrado por dos o más empresas proveedoras, en tanto la sanción suele darse, en la mayoría de los casos, a todos sus integrantes, no aplicándose la individualización de la responsabilidad administrativa, afectándose principios, como los de causalidad, de licitud, de culpabilidad, entre otros. Si se corrige la no aplicación del criterio de la responsabilidad solidaria para el caso de la comisión de infracciones por documentación falsa, se tendría pronunciamientos disuasivos, en la medida que los proveedores reconocerían con criterio de justicia las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado, ya que actualmente se percibe por parte de los administrados que, cuando se sanciona a un consorcio, justos terminan pagando por pecadores.

2. Antecedentes

¹ Literal b) y c) del numeral 4) del artículo 50 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo n. ° 1444 , que regula la inhabilitación temporal de 3 a 36 meses como sanción por presentación de documentación inexacta y por presentación de documentación falsa la sanción es de 36 a 60 meses; correspondiendo la inhabilitación definitiva cuando en los últimos cuatro años se haya impuesto más de dos inhabilitaciones temporales que en conjunto sumen más de treinta y seis meses o que reincida en la infracción de presentación de documentación falsa.

² Literal s) del numeral 1) del artículo 11 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo n. ° 1444 , que regula que se encuentran impedidos de ser participantes, postores, contratistas o sub contratistas los integrantes de las empresas sancionadas por el Tribunal de Contrataciones del Estado como los representantes legales, órganos de administración, socios, accionistas (superior al 30 % del capital o patrimonio social) por el tiempo que la sanción dure.

El marco legal que regula las contrataciones del Estado en el Perú resulta ser cambiante y coyuntural, de manera que siempre está ante una constante variación, repercutiendo de manera negativa en los operadores jurídicos, dado que a los servidores y funcionarios públicos les cuesta mucho aplicar correctamente las disposiciones legales en materia de contrataciones del Estado.

Es así como la Ley 30225, publicada el 11 de julio del 2014, entró en vigencia junto a su Reglamento (Decreto Supremo n. ° 350-2015-EF) el 9 de enero del 2016, siendo modificada en una primera oportunidad por el Decreto Legislativo n. ° 1341, vigente desde el 3 de abril de 2017, y a su vez modificado en una segunda oportunidad por el Decreto Legislativo n. ° 1444, vigente desde el 30 de enero del 2019. En cuanto a este reglamento, fue modificado por el Decreto Supremo n. ° 056-2017-EF, vigente desde 3 de abril del 2017, y a su vez modificado por el Decreto Supremo n. ° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero del 2019. Como se puede advertir, la norma actual tiene unos años desde su publicación y ya ha sido modificada dos veces, lo cual genera cierta inestabilidad jurídica, pues las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado son bastante cambiantes, no manteniéndose la uniformidad de criterios en sus decisiones sobre la aplicación de sanciones a los consorcios, contraviniendo directamente el principio de predictibilidad y, con ello, el trato justo e igualitario del administrado.

Al respecto, cabe señalar que, sobre los criterios de individualización de responsabilidades administrativas, si bien es cierto que, por primera vez, con la entrada en vigencia de la Ley 30225 se precisó que la responsabilidad era objetiva en la comisión de infracciones en las contrataciones públicas, adecuándose en cierta medida a las modificaciones de la Ley 27444 (modificada por Decreto Legislativo n. ° 1272), al regularse el principio de culpabilidad como regla general en los procedimientos administrativos sancionadores y, como excepción, la responsabilidad objetiva, que debe ser regulada de manera expresa en la normativa especial, en el Decreto Legislativo n. ° 1017, la Ley de Contrataciones del Estado, si bien no contemplo de manera expresa la responsabilidad objetiva, el Tribunal de Contrataciones del Estado estuvo sancionando a las empresas bajo el criterio de la responsabilidad objetiva, a pesar de que el Tribunal Constitucional ya había reconocido, de manera general, que en los procedimientos administrativos sancionadores se debía aplicar el principio de culpabilidad como límite a la potestad sancionadora del Estado (mediante Sentencia del Exp.20150-2002-AA, con fecha 16 de abril del 2003).

En el artículo 13 de la Ley 30225, se estableció que la responsabilidad administrativa de los consorcios sería solidaria tanto en la participación en los procedimientos de selección como durante la ejecución del contrato, estableciendo la posibilidad de ser individualizada bajo los

criterios de naturaleza de la infracción, promesa de consorcio, contrato de consorcio y el documento de fecha y origen cierto. Si bien se habría regulado taxativamente los medios probatorios para su individualización, el último criterio permitió, en cierta medida, individualizar la responsabilidad administrativa en la comisión de infracción de los consorcios ante un inicio de procedimiento sancionador por supuesta presentación de documentos falsos; sin embargo, dicho criterio posteriormente fue derogado mediante el Decreto Legislativo n. ° 1444, quedando solo como criterio de individualización los tres primeros, además del contrato administrativo. Si los consorcios no pueden demostrar que no son responsables de la comisión de la infracción mediante las pruebas reguladas, a pesar de tener algún medio probatorio que acredite la individualización de responsabilidad, estos no son valorados por el Tribunal de Contrataciones, siendo sancionados.

3. Planteamiento del problema

3.1. Delimitación

En el presente trabajo, se procederá a investigar las sanciones que se han aplicado a los integrantes de los consorcios en la comisión de infracción, por presentación de documentación falsa durante la presentación de oferta o en la ejecución del contrato, desde la entrada en vigencia de la Ley N 30225 y su Reglamento, con sus respectivas modificatorias. Esto con el fin de analizar si el criterio de la responsabilidad solidaria u objetiva aplicable para determinar la sanción a los integrantes del consorcio, dentro del marco legal y según los criterios aplicados por el Tribunal de Contrataciones del Estado, van acorde con el respeto de los principios del derecho administrativo sancionador.

3.2. Preguntas de investigación

3.2.1. Pregunta general

¿El criterio de responsabilidad solidaria aplicable a los consorcios, por la comisión de la infracción de presentación de documentación falsa durante la presentación de ofertas, o en la ejecución del contrato, realmente va acorde con el respeto de los principios del procedimiento administrativo sancionador, como los principios de causalidad, de licitud, de culpabilidad, así como el principio constitucional de la libertad de contratar?

3.2.2. Preguntas específicas

- ¿Por qué la individualización de la responsabilidad administrativa de los consorcios, según la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado, no se está aplicando?
- ¿El criterio de la responsabilidad solidaria para determinar la sanción a los consorcios, realmente, es un mecanismo disuasivo para las empresas proveedoras?
- ¿Cómo repercute económicamente en las empresas sancionadas la inhabilitación para contratar con el Estado, tanto en el ámbito del giro del negocio propiamente de la empresa como el del personal que labora en dicha empresa?
- ¿Cómo es que el impedimento para contratar con el Estado de los integrantes de las empresas inhabilitadas por el tiempo que dura la sanción incentiva a crear nuevas empresas a través de terceros, generando mayor informalidad?

4. Hipótesis

- El criterio de la responsabilidad solidaria para aplicar la sanción de presentación de documentación falsa a los consorcios en el marco legal vigente de las contrataciones públicas atenta contra los principios del procedimiento administrativo sancionador, dado que no se está aplicando la individualización de responsabilidades administrativas en los integrantes del consorcio, sancionándose en la mayoría de veces a su totalidad, trayendo, como consecuencia, una menor concurrencia de proveedores del Estado, desempleo, e informalidad. Ello responde a que las pruebas para aplicar la individualización se encuentran reguladas taxativamente, de manera que no se podría valorar ningún otro medio probatorio que presenten los administrados, a fin de que se individualice la responsabilidad por más que con dicho aporte pueda acreditarse efectivamente quién de todos cometió la infracción. Por consiguiente, debería modificarse ese aspecto normativo y regularse una mayor libertad probatoria de los administrados para acreditar la individualización de la responsabilidad.
- La sanción por presentación de documentación falsa a los consorcios, en el marco legal vigente de las contrataciones públicas, no es una medida disuasiva, toda vez que el número de infracciones cometidas por proveedores del Estado no ha disminuido; ello debido a las

estadísticas que publica el OSCE³, ya que las sanciones no están siendo consideradas como adecuadas, pagando «justos» por «pecadores».

- Al ser sanciones drásticas que implican la inhabilitación temporal o definitiva de la empresa para contratar con el Estado, prácticamente esta quiebra, produciéndose con ello el despido laboral, además de generar informalidad, porque los dueños de la empresa sancionada suelen crear nuevas empresas a través de terceros para librarse del impedimento para contratar.

5. Objetivos del trabajo de investigación

5.1. Objetivo general

Demostrar que el marco legal vigente sobre las contrataciones públicas, y el criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto a la aplicación de sanción a los consorcios en la comisión de infracción de presentación de documentación falsa, no están cumpliendo una función disuasiva contra los administrados, dado que el criterio de la responsabilidad solidaria aplicable a los consorcios resulta ser desproporcional e irrazonable, transgrediendo los principios del derecho administrativo sancionador.

5.2. Objetivos específicos

- Identificar en el marco normativo vigente cuáles son las disposiciones que no se encuentran acorde con las garantías del debido procedimiento administrativo y la valoración de medios probatorios.
- Evaluar cuál es el impacto económico que implica sancionar a las empresas proveedoras con sanciones graves, que van desde la inhabilitación temporal o definitiva hasta el impedimento para contratar con el Estado de las personas naturales que integran dichas personas jurídicas.
- Demostrar que las sanciones severas dadas por la comisión de la infracción por presentación de documentación falsa no han disminuido el índice de la comisión de dicha infracción, generando, por el contrario, mecanismos de informalidad e ilegalidad como accionar de las personas naturales que integraron las empresas sancionadas.

³ Ver enlace: <https://portal.osce.gob.pe/osce/sanciones-emitidas-por-el-tce>

- Proponer mejoras en el marco normativo de las contrataciones públicas que regulan el procedimiento sancionador iniciado contra los consorcios.

6. Metodología

6.1. Tipo de investigación

El tipo de metodología aplicada es la mixta, en vista de que se procedió a revisar cualitativamente la normativa aplicable en contrataciones públicas a los consorcios, el criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto a la aplicación de sanción por presentación de documentación falsa, y cómo es que dicho colegiado resulta ser reacio a la individualización de responsabilidad administrativa. Asimismo, se revisó el análisis estadístico generado por el propio OSCE, respecto a la información brindada sobre el reporte de empresas que habrían sido sancionados por la presentación de documentos falsos.

La normativa analizada fue la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (Ley 30255), y sus modificatorias que se han dado desde su publicación, las directivas de Consorcios, los acuerdos de Sala Plena, las opiniones de la Central de Riesgo del OSCE, así como la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), a fin de evaluar si son acordes las disposiciones de las contrataciones públicas con los principios del procedimiento administrativo sancionador recogidos en dicha Ley General, para determinar si convergen con la Ley Especial. Por otro lado, se procedió, también, a analizar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto al reconocimiento del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, mucho antes del reconocimiento en la Ley 27444 y su modificatoria mediante Decreto Legislativo n. ° 1272, considerando que, a pesar de ello, los Tribunales Administrativos no seguían los lineamientos del máxime intérprete de la Constitución.

Por otro lado, en nuestra investigación de tipo cuantitativa, se efectuará el análisis a los casos encontrados en los últimos tres años desde la fecha de presentación del presente trabajo de investigación, a partir de lo resuelto por el Tribunal de Contrataciones del Estado, identificando el número de casos resueltos en donde no se individualizó la responsabilidad mediante la promesa de consorcio, al no haberse precisado de manera específica las obligaciones, o el aporte documentario vinculado a los documentos falsos individualización de responsabilidades mediante la promesa de consorcio y; por otro lado, el número de caso que se aplicó el criterio de

individualización de responsabilidad de los miembros de los consorcios por la comisión de la infracción de presentar documentos falsos.

Asimismo, se ha considerado realizar entrevistas a tres ex miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado, que resolvieron controversias planteadas en su calidad de vocales, en el periodo indicado en el párrafo precedente, teniendo como propósito para este trabajo, conocer su opinión respecto del criterio de responsabilidad solidaria establecido en la Ley n° 30225 y, por otro lado, el criterio jurisprudencial que han asumido para aplicar sanción e individualizar la responsabilidad a los integrantes de los consorcios, según sea el caso.

6.2. Métodos y técnicas de investigación

Se utilizó el análisis de doctrina comparada y sobre normas de derecho comparado, aplicables al procedimiento sancionador de los consorcios en las contrataciones públicas tanto en Latinoamérica como en Europa, haciendo un análisis descriptivo y de contenido. Con estas técnicas, se definió y describió el marco teórico, relacionando las diferentes variables.

Como parte del método y técnica de investigación, se recurrirá a utilizar técnicas para la recolección de datos, formulando una muestra a partir de recolección de resoluciones administrativas emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado en el periodo comprendido desde el año 2017 al 2019, a fin de obtener una perspectiva sobre la aplicación sobre el criterio de individualización de responsabilidad y responsabilidad solidaria por infracción detectada por la comisión de presentación de documentación falsa.

6.3. Muestra de investigación

En el presente trabajo se ha revisado un total de 130 expedientes de inicio de procedimiento administrativo sancionador, visto por el Tribunal de Contrataciones del Estado en los años 2017 al 2019. A partir de esta muestra se espera identificar el número de resoluciones en el que se ha aplicado la individualización de responsabilidad por la comisión de presentación de documentación falsa y, por otro lado, identificar el número de resoluciones en que se recurre a la responsabilidad solidaria por la comisión de presentación de documentación falsa, desde la publicación de la Ley 30225 hasta sus modificatorias; para el posterior análisis de alguno de los casos vistos por el Tribunal en el periodo señalado y evidenciar cómo ha ido variando el criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado en un corto tiempo, así como también

permitirá demostrar que tan disuasiva es la medida de inhabilitación de los proveedores del estado como sanción a lo largo de su aplicación, disminuyendo el índice de la comisión de dicha infracción.

6.4. Técnicas de análisis de información

Respecto a las técnicas que se han utilizado para el análisis de datos derivados de las entrevistas, jurisprudencias, información de fuentes bibliográficas, así como de la legislación comparada, son la inducción analítica, el análisis narrativo y el análisis de contenido; toda vez que, mediante la revisión, inferencia y descripción del contenido, se puede advertir si efectivamente existe la problemática del marco normativo y criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado respecto a la sanción a los consorcios, que resulta ser irrazonable y desproporcional. En cambio, de corroborarse esta con la revisión, el análisis y la inducción de la información, resultaría urgente un cambio normativo para lo cual se elaborará una propuesta jurídica.

Capítulo II. Marco teórico

1. El consorcio

1.1. Contratos asociativos

En el ámbito de la regulación societaria nacional, el artículo 438 de la Ley General de Sociedades (Ley 26687) concibe a este tipo de contratos como aquel acuerdo de voluntades que crea y regula relaciones de participación e integración en negocios o empresas determinadas, en interés común de los intervinientes. Su definición establece, además, como principales características el ser un contrato objetivo que no genera una persona jurídica, no siendo pasible de ser inscrito en el registro; no obstante, es formalizado a través de un documento escrito.

La doctrina habla acerca de los contratos asociativos. Al respecto, Richard (1990) hace una diferencia entre aquellos contratos plurilaterales estructurales y los contratos plurilaterales funcionales; estos últimos, que se asocian a los contratos asociativos, persiguen un fin común de colaboración y organización. Asimismo, De la Puente y Lavalle (1996) señala que, «...tienen los contratos asociativos finalidad similar, tan es así que algunos autores los clasifican entre los contratos de colaboración, cuya característica es que los contratantes persiguen un fin común» (citado en Araoz & Ramírez-Gastón, 2007, p. 245).

Además, dicho autor agrega lo siguiente:

La diferencia entre unos (contratos de colaboración empresarial) y otros (contratos asociativos) radica en que en los primeros uno de los contratantes es el que persigue el fin y el otro ayuda a obtener el fin querido por el primero, mientras que en los contratos asociativos el interés de los contratantes de alcanzar la finalidad común es principal para todos ellos. (De la Puente y Lavalle, 1996 citado en Araoz & Ramírez-Gastón, 2007, p. 245)

El libro quinto de la Ley General de Sociedades prescribe normativamente dos tipos de contratos asociativos: la asociación en participación y el contrato de consorcio.

El artículo 440 define al contrato de asociación en participación como un contrato, por el cual una persona, denominada «asociante», concede a otra u otras personas, denominadas «asociados»,

una participación en el resultado o en las utilidades de uno o de varios negocios o empresas del asociante, a cambio de determinada contribución.

Sobre la asociación en participación, Hundskopf Exebio (2015) afirma lo siguiente:

Existe similitud con la figura de las sociedades mercantiles. Si bien se debe resaltar y dejar bien en claro que no son lo mismo, pues en un contrato de asociación en participación no se forma una persona jurídica nueva, ni existe una separación patrimonial entre la esfera del asociante y asociados y la esfera del negocio en marcha, sí hay importantes factores que asemejan este tipo de contratos a la figura de la sociedad mercantil, tal como lo destaca la doctrina autorizada en el tema. (p. 46)

El presente trabajo comparte la opinión del citado autor y, asimismo, se precisa que esto se ve reflejado en la Ley General de Sociedades, pues su artículo 441 confirma alguna de las características señaladas. El asociante actúa en nombre propio y la asociación en participación no tiene razón social ni denominación; asimismo, la gestión del negocio o empresa corresponde única y exclusivamente al asociante y no existe relación jurídica entre los terceros y los asociados.

En el caso del consorcio, su principal diferencia respecto a la asociación en participación radica en la participación conjunta de sus miembros, en proporción a su participación ya establecida en el propio contrato; no obstante, su naturaleza será desarrollada con mayor detalle en las siguientes líneas.

A manera de conclusión, se puede decir que los contratos asociativos son una forma de vinculación libre, de acuerdo con el objeto del proyecto a ser desarrollado. Sin existir relaciones de dominación de una de las partes sobre la otra, esta libertad imprime relevancia al principio de buena fe, siendo esencial el cumplimiento de las obligaciones que corresponden a cada parte, pues ello coadyuva a la ejecución de las prestaciones objeto de la unión de empresas. Por otro lado, «la gestación de estos contratos supone la existencia de una fase previa de naturaleza contractual o precontractual, en la cual sus partes realizan un análisis de las finalidades, objeto, beneficios, estudios de factibilidad, duración, montos de aportes, régimen fiscal y tributario, así como la definición de las responsabilidades ante terceros» (Gutierrez Quispe, 2019, p. 9).

1.2. El consorcio

Como contrato asociativo, podemos definir al consorcio como ‘aquel contrato por el cual dos o más se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa, con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía’. Este concepto es tomado por nuestra legislación nacional, en particular en la Ley General de Sociedades (Ley 26687).

En esa misma línea, Elías Laroza (2015) señala lo siguiente:

El consorcio es un contrato por el cual dos o más personas se asociación para participar en forma ACTIVA Y DIRECTA en un determinado negocio o empresa; con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía. De conformidad con lo que se pacte en el contrato cada miembro se compromete a realizar las actividades del consorcio que se le encarguen a las que se ha comprometido. (p. 46)

Otros autores, como Caballero Sierra, se refieren al contrato asociativo como una asociación de dos o más personas para realizar una empresa aislada, que implica un determinado riesgo, para lo cual perciben unidas un beneficio, pero sin crear sociedad o corporación alguna y, para ello, se combinan propiedad, efectos, trabajos y conocimiento. Según Caballero Sierra (1985), «cada miembro actúa como dueño y agente de los demás miembros, y por ende la promesa de uno equivale a la promesa de todos. Lo ejecutado por un miembro se entiende ejecutado por todos y se presume autorizado para realizar las actividades propias del *joint venture*» (p. 67).

Como puede apreciarse, todas las definiciones apuntan a evidenciar distintos elementos, tales como la voluntad contractual de las partes para participar en un negocio específico, basado en una comunidad de intereses con el fin de obtener una utilidad común; la doble o múltiple propiedad del negocio constituido; la cooperación ante un proyecto específico, y la comunión de intereses frente a un proceso dado o combinación económica. Con la ausencia del *affectio societatis*, es decir, con respecto al ánimo de formar una sociedad, solo se busca la realización de una operación determinada (Ferrero Diez Canseco, 1999).

1.3. La autonomía de las partes y la propiedad en el consorcio

En los consorcios, la autonomía de las partes representa una de las principales cualidades que limita la responsabilidad de las partes y su participación activa y directa en los negocios, siendo el caso que cada miembro debe cumplir con las obligaciones, de acuerdo con los mecanismos que deriven del propio contrato. Se encuentra relacionado, también, el sistema de participación, del cual habla la Ley General de Sociedades en su artículo 448, que reviste una condición de obligatoriedad con respecto al régimen y sistema de participación en los resultados del consorcio; caso contrario, se entenderá que será en partes iguales.

Con respecto a la propiedad, la Ley General de Sociedades es clara en prescribir los bienes que los miembros del consorcio afecten al cumplimiento de la actividad a la que se ha comprometido, por lo que continúan siendo de propiedad exclusiva de ellos; no obstante, también precisa que cualquier adquisición conjunta de determinados bienes se regula por las reglas de la copropiedad.

1.4. La relación con terceros y la responsabilidad solidaria

Como bien lo refiere el artículo 447 de la Ley General de Sociedades, cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Asimismo, la norma señala que, cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

Sobre el vínculo con terceros, Elías Laroza (2015), al comentar el artículo 447, señala lo siguiente:

La norma básica de determinación de responsabilidades no es la solidaridad. Por el contrario, el artículo 447° establece que cada miembro del consorcio se vincula individualmente con los terceros, como resultado de las actividades que cada uno realiza en el consorcio. Así, cada uno asume, como consecuencia de ello, los derechos y obligaciones respectivos, pero a título **individual**. Ello es consecuencia lógica de la regla general, que consiste en que cada consorciado debe llevar a cabo las actividades del consorcio que le toquen, de acuerdo con el contrato. (p. 715)

En ese contexto, Hundskopf Exebio (2015) opina:

De todo ello, se puede resumir que tanto el vínculo como el título obtenido en el consorcio es individual frente a los terceros; por consiguiente, la responsabilidad será personal respecto de cada parte, salvo los casos en los que la ley establezca la responsabilidad solidaria o que las partes así lo acuerden en el contrato, lo cual, si bien es legalmente posible, no es lo más frecuente. (p. 59)

Ambos autores señalan que, en el caso particular, como regla general, en la celebración de un acuerdo con un consorcio, se vincula individualmente con cada uno de los consorciados en función de su participación. Consecuentemente, esto generará obligaciones, pero a título individual con el tercero, cuya excepción será en caso se pacte lo contrario, o también cuando lo establezca una ley, como es el caso de la Ley de Contrataciones del Estado. Ello guarda concordancia con lo que establece el Código Civil de 1984, toda vez que su artículo 1183 prescribe que la solidaridad no se presume, puesto que solo la ley o el título de la obligación la establecen en la forma expresa.

2. Principios de la potestad sancionadora de la administración pública que se ven afectados por la aplicación de la responsabilidad solidaria cuando se restringen derechos

La potestad sancionadora en el derecho administrativo sancionador, a partir de lo prescrito en la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444) y lo referido en la doctrina nacional e internacional, tiene una finalidad preventiva que, como bien lo refiere Cueto Pérez (2008), trata de proteger el cumplimiento del ordenamiento jurídico en aras del interés general que legitima la actuación administrativa. Por ello, cumple con una clara función preventiva sin que exista un reproche moral al individuo.

Es lógico entender que la finalidad a la que se hace mención se garantiza a través de los principios de la potestad sancionadora administrativa, que refiere el artículo 248 del vigente TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), aprobado mediante Decreto Supremo n. ° 004-2019-JUS. Dichos principios se han mantenido vigentes en el tiempo y se han convertido en garantías reconocidas tanto en doctrina como en legislación comparada.

En ese contexto, Morón Urbina (2014) señala que, en ningún procedimiento sancionador, ni la sanción que se derive de ella, pueden desconocer los principios de la potestad sancionadora ni la estructura y garantías mínimas reconocidas a los administrados en los artículos 245 y 246 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), modificado por el Decreto

Legislativo n. ° 1272. En ese sentido, los principios reconocidos en estas normas, y las garantías formales y sustantivas que este ordenamiento reconoce, conforman un núcleo esencial de la garantía de los ciudadanos frente a las sanciones que las entidades puedan ejercer sobre ellos. Por consiguiente, ninguna entidad podrá desconocer el principio de legalidad, de tipicidad de faltas y de culpabilidad para sancionar, sin incurrir en un acto viciado de nulidad.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido como jurisprudencia que vincula a todos los órganos y poderes públicos, con eficacia horizontal y vertical, precisando que los principios de la potestad sancionadora no solo se aplican en el ámbito penal, sino también a los procedimientos administrativos sancionadores. Ello está establecido en el fundamento 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional EXP n. ° 156-2012-PH-TC, de fecha 08 de agosto de 2012, el cual precisa que «los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el derecho administrativo sancionador» (párr. 5).

Sobre esta base, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio de legalidad exige que no solo por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía como el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones (STC n. ° 0010-2002-AI/TC). A partir de esta consideración del principio de legalidad, y sus implicancias en la estructuración del derecho penal moderno, también se estableció el fundamento 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional EXP n. ° 156-2012-PH-TC, de fecha 08 de agosto de 2012.

Queda claro, entonces, que los principios de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de causalidad, entre otros, que son reconocidos en el derecho penal, también deben ser aplicados en el derecho administrativo sancionador, a fin de tutelar a los administrados de sanciones irrazonables y desproporcionales por las entidades del Estado.

2.1. Principio de culpabilidad

El principio de culpabilidad, garantista del derecho administrativo sancionador, ha sido incorporado a partir de la modificación realizada a la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley 27444), mediante el Decreto Legislativo n. ° 1272, facultando a la administración pública a proceder con la imposición de una sanción por infracción, a partir de la determinación de una responsabilidad de carácter subjetivo.

La incorporación de este principio impone un cambio en la legislación nacional, pues, antes de la modificación de la Ley 27444, la responsabilidad en sede administrativa fue de carácter objetivo y en estricto cumplimiento del tipo de infracción que ha sido establecido en la norma positiva. Sin perjuicio de ello, la culpabilidad ha sido expuesta por el Tribunal Constitucional (2003) mucho antes de que esta haya sido incluida en una ley expresa. Esto fue confirmado a partir de lo señalado en el fundamento 64 de la sentencia del 03 de enero de 2003, correspondiente al Expediente 0010-2002-AI/TC, que señala lo siguiente:

El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2 del Decreto Ley n. ° 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. (párr. 5)

Del mismo modo, la sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 24 de noviembre de 2004, recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC, menciona sobre el principio de culpabilidad en su fundamento 21 que «... es lícito que el Tribunal se pregunte si es que un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero» (párr. 2).

La respuesta no puede ser otra que la brindada en la STC 0010-2002-AI:

Un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una emisión de un deber jurídico que no le sea imputable. (párr. 3)

De lo expuesto hasta el momento, es interés del presente trabajo de investigación destacar que el principio de culpabilidad en la normativa nacional no solo resulta aplicable al derecho penal, sino que también representa un límite a la potestad sancionadora en el derecho administrativo, habiendo sido reconocido como garantía constitucional mucho antes de haberse efectuado la modificación de la Ley 27444 en el 2016. Es por ello que la lectura actual de la norma vigente,

prescrita en el numeral 10 del artículo 248 de la norma en mención, establece una regla general en materia sancionadora a nivel administrativo, pues de primera intención atribuye que la responsabilidad administrativa es subjetiva, y la excepción será, en aquellos casos, que por ley o decreto se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Se considera que el principio de culpabilidad, tanto en doctrina como en jurisprudencia comparada, es una regla su aplicación de la administración pública para sancionar a sus administrados, de manera que solo se sancionará a los administrados bajo el criterio de la responsabilidad subjetiva; es decir, si se determina el dolo o culpa en la comisión de la infracción, no imputándose una sanción administrativa por un hecho ajeno.

En el ámbito de las contrataciones del Estado, consideramos que el principio de culpabilidad se quebranta cuando, en el procedimiento administrativo sancionador por presentar documentación falsa, se aplica la responsabilidad solidaria del consorcio, implicando eventualmente la sanción de todos sus integrantes, salvo que puedan probar la individualización de la responsabilidad mediante las pruebas reguladas por ley, como son la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, el contrato administrativo y la naturaleza de infracción.

Tal como sostiene Cordero Quinzacara (2014), la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador implica que las sanciones administrativas se apliquen al infractor que ha actuado de forma dolosa o culposa. De esta forma, la exigencia de que la conducta sea culposa, como presupuesto para la imposición de sanción, se debe a consideraciones de dignidad humana y culpabilidad. En ese sentido, esto coincide también con lo afirmado por Baca Oneto (2010), quien refiere que, cuando se exige «culpabilidad», se exige la presencia de dolo o, al menos, culpa para poder sancionar una conducta ilícita, siendo esta culpabilidad el «reproche» que se le hace a un sujeto de derecho porque actuó de modo distinto, a sabiendas que tenía como posibilidad otras opciones, es decir, la falta de diligencia.

Ramírez Torrado (2008) realiza una revisión a la doctrina internacional (Colombia), señalando que ha proscrito toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionatoria. Además, sumado al criterio jurisprudencial de La Corte Suprema de Justicia de Colombia de extender el derecho penal al campo administrativo, hace que la concurrencia de culpa se erija como una condición sin la que no es posible predicar responsabilidad, en tanto que un procedimiento sancionador sin culpa resulta ser desproporcionado y violatorio. Resulta interesante lo recogido

por la Corte Colombiana sobre los límites que impone a la administración para aplicar la responsabilidad objetiva, estableciendo los siguientes requisitos:

En efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario, donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción, o en el caso del decomiso, en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras). (Ramírez Torrado, 2008, p. 164)

Es correcto señalar que la doctrina comparada afirma que la responsabilidad subjetiva es la regla que tiene como sustento el derecho punitivo sancionador, pues se le sanciona a quien comete la infracción, no haciendo responsable a nadie por hechos de terceros. No obstante, también es verdad que la responsabilidad objetiva se aplica en otras legislaciones, pero con ciertas limitaciones y no sobre cualquier tipo de sanción, tal como se señala líneas arriba; de manera que el legislador peruano, al momento de establecer la responsabilidad objetiva en la ley especial, tiene que evaluar qué tipo de infracciones aplicar, a fin de no transgredir los principios constitucionales, tales como el de legalidad, de tipicidad, de casualidad y de culpabilidad.

En ese contexto, se cree, también, que el tipo de responsabilidad objetiva aplicado por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, a partir de lo establecido en los artículos 13 y 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, en concordancia con lo estipulado en el artículo 258 de su reglamento por la causal de presentación de documentación falsa, no cumpliría con el modelo disuasivo que pretende motivar la no realización de infracciones de este tipo, pues se considera que esta se vuelve inflexible y, al mismo tiempo, falla en identificar y mejorar el comportamiento. En este sentido, una exigibilidad muy estricta puede generar efectos indeseables como recesión, desempleo, cierre de empresas, aumento de la conflictividad social, entre otros efectos negativos, alienando el propósito regulatorio (Alza Barco, 2008). Asimismo, la sanción adoptada por el colegiado, que no es otra que la inhabilitación para contratar con el Estado, no logra identificar el daño causado por quien efectivamente ha cometido el ilícito en sede administrativa, resultando

necesario una correcta cuantificación del daño generado y que el castigo sea proporcional con la externalidad ocasionada por la empresa generadora del ilícito (Bonifaz & Montes, 2015).

Por otro lado, en derecho comparado se sostiene que la pretensión de establecer la responsabilidad solidaria, en realidad constituye un intento de establecer un sistema de responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas (García de Enterría & Ramón Fernández, 2011).

No es ajeno mencionar que esta situación se enmarque en el concepto de lo que se conoce como «falla del mercado», pues la inhabilitación de una empresa por responsabilidad solidaria puede generar efectos no deseados en los agentes económicos. Al respecto, Ochoa Mendoza (2018) define el concepto de «falla por ineficacia», donde el regulador, luego de la etapa de implementación, no se consiguen, o se generan, efectos contraproducentes al pretender implementar una regulación disuasiva. Esto puede ocurrir como consecuencia de la determinación de una sanción impuesta por el Tribunal, que inhabilita a las empresas asociadas por consorcio, pues, como bien se demostrará en el análisis, las empresas recurren a otro tipo acciones informarles o, en su defecto, a acciones lícitas en amparo de un acto o negocio jurídico que ampare la ley a efectos de continuar en actividad para contratar con el Estado.

Lo cierto es que el principio de culpabilidad no solo constituye el fundamento para la imposición de la sanción, sino que también determina su magnitud. Parafraseando una expresión propia del derecho penal, se puede decir que la culpabilidad es la medida de la sanción. Si bien esto ha sido objeto de críticas, ya que la sanción está estrechamente vinculada a la magnitud del injusto, determinada de forma abstracta por la norma, lo cierto es que aquello solo cobra eficacia en la medida de que es asumida de forma consciente por el autor, lo cual permite reprochar a él personalmente la elección de la conducta. Es a partir de esta premisa que se formula el principio de proporcionalidad, tal como se verá en el desarrollo del presente trabajo.

Si bien es cierto, cuando un consorcio comete una infracción, existen supuestos de individualización a través de medios probatorios regulados taxativamente por ley, conteniendo un criterio de subjetividad; sin embargo, la aplicación del criterio de la responsabilidad solidaria de la comisión de la infracción de los consorcios, así como la regulación de qué pruebas permiten su individualización, hace que, en la práctica, difícilmente se dé la individualización de responsabilidad del consorcio, siendo sancionados todos los integrantes. En este caso, el criterio de subjetividad de individualización ayuda poco o nada a los integrantes del consorcio, porque finalmente se les sanciona estrictamente con criterios de responsabilidad objetiva en total

quebrantamiento del principio de culpabilidad, sancionando a integrantes del consorcio que no cometieron la infracción solo por no probar la individualización a través de los medios probatorios tasados, a pesar de que se puede determinar quién presentó el documento falso como una declaración del propio integrante que lo cometió.

2.2. Principio de licitud

Este principio también es conocido, en doctrina comparada, como el de presunción de inocencia, es decir, que las autoridades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras que no cuenten con evidencia de lo contrario. La presunción de inocencia opera, fundamentalmente, en un campo procesal con incidencia en el régimen probatorio, de manera que toda condena debe ir precedida de una actividad probatoria impidiendo una condena sin pruebas. La carga de la prueba pesa sobre los que acusan, no existiendo carga del acusado en probar su inocencia (De Ahumada Ramos, 2004).

Este principio, también, garantiza que el administrado no puede ser sancionado sobre la base de una inferencia, vale decir, por una sospecha, por falta de apersonamiento o por la no absolución de cargos; por más razonable o lógica que resulta ser el planteamiento mental. Asimismo, las pruebas de cargo, que fundamentan la decisión de la administración, deben ser obtenidas legítimamente y con las garantías de control y de contradicción por parte del administrado.

En caso de duda razonable o de insuficiencia probatoria respecto a la culpabilidad del administrado, corresponderá la absolución. Lo mismo sucederá en caso de inexistencia de prueba necesaria que permita quebrantar la presunción de inocencia (Morón Urbina, 2014).

Se considera que este principio se ve vulnerado cuando se aplica el criterio de responsabilidad solidaria en la comisión de presentación de documentos falsos por un consorcio. Asimismo, de no verse individualizada la responsabilidad por ninguno de los medios probatorios que se encuentran contemplados en el numeral 2 del artículo 258 del Reglamento de Contrataciones del Estado (D.S n. ° 344-2018-EF), se determinará la sanción a todos los integrantes, sin que se valore medios probatorios adicionales a los ya regulados, situación que es una clara afectación al derecho de defensa, pues se sanciona a todos los integrantes a través de la responsabilidad solidaria de la comisión de infracción, quebrantando el principio de licitud.

En estos casos, se produce una responsabilidad vicaria. Es decir, se presenta el caso en la que una persona es pasible de sanción por conducta de terceros, aun así se haya individualizado al causante

de la infracción (Navas Rondón, 2013) como por ejemplo una declaración del propio integrante que cometió la infracción, medio probatorio que no será valorado en tanto no se encuentra en los supuestos de pruebas contemplados taxativamente en la Ley de Contrataciones que permiten la individualización.

De esta forma, toda resolución sancionadora, ya sea penal o administrativa, requiere certeza de los hechos imputados, obtenidas mediante pruebas de cargo, además de la certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos, rechazándose la responsabilidad presunta y objetiva, como la intervención de la carga de la prueba en relación con el presupuesto fáctico de la sanción (García de Enterría & Ramón Fernández, 2011).

2.3. Principio de causalidad

De acuerdo con este principio, la sanción debe recaer sobre el administrado que ha realizado la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. Ello se encuentra relacionado con el principio de personalidad de las sanciones, vale decir, que la asunción de la responsabilidad debe corresponder en quien incurrió en la conducta prohibida por ley; en otras palabras, nadie puede ser sancionado por los hechos cometidos por otros (Morón Urbina, 2014).

Es así que, de acuerdo con este principio, es necesario para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, en buenas cuentas, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, dado que, en el ámbito administrativo, no se sanciona al instigador o colaborador, salvo que la conducta sea prevista como falta.

Asimismo, la aplicación del criterio de responsabilidad solidaria en la Ley de Contrataciones del Estado, en la comisión de infracciones por presentar documentos falsos, contraviene la doctrina comparada, ya que esta última establece que este tipo de criterio, el de responsabilidad solidaria, no se contempla en situaciones en que se restrinjan derechos y afecten de manera directa o indirecta a terceros; de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad y causalidad que tienen reconocimiento constitucional. Esta situación se evidencia cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado evalúa la responsabilidad solidaria de los consorcios, sobre los procedimientos sancionadores iniciados a partir de controversias surgidas por presentación de documentación falsa.

Cabe indicar que la responsabilidad solidaria, según Ramírez Torrado (2008), para que pueda operar en la responsabilidad administrativa, debe tratarse siempre en una obligación que pueda ser valorable en dinero, es decir, en multas. Ello porque es imposible que una sanción de otro tipo puede ser saldada por uno de los individuos y, luego, este pueda repetirlo contra los demás. En resumidas cuentas, es imposible cuantificar otras sanciones administrativas que, de por sí, no tienen una cuantificación económica; por consiguiente, no es posible que aquellos que sumieron la obligación exijan la devolución a los otros autores de la infracción, como ocurre en varios casos en que se impone la inhabilitación por sanción a empresas que forman parte de consorcios.

Por otro lado, la responsabilidad solidaria es una figura jurídica eficaz para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales. No obstante, definitivamente esta no podría penetrar en el derecho administrativo sancionador, porque se estaría quebrantando el sistema punitivo, según el cual cada uno responde por sus propios actos, pues no se está frente a una tutela eficaz de los intereses públicos si se establece responsabilidad solidaria a fin de sancionar a los administrados por actos ajenos (Cobo Olvera, 2002 citado en Ramírez Torrado, 2008).

2.4. Principio de proporcionalidad

Este principio supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas según lo indicado por García de Enterría y Ramón Fernández (2011). El exceso de punición es un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su finalidad, en relación con la conducta efectivamente incurrida (Morón Urbina, 2014).

Cabe precisar que el Tribunal Constitucional en la ST Exp. n. ° 2192-2004-AA/TC ha establecido que una decisión sancionadora razonable supone tres exigencias:

- a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley en particular, sino también el ordenamiento jurídico en su conjunto.
- b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean el caso, que implica no solo una contemplación «abstracta» de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un hecho resultará menos o más tolerable.

- c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada, en relación con los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso.

Con la prueba de razonabilidad, se debe cumplir las tres dimensiones para evaluar si se está frente a una situación de exceso de punición, como son el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad estrictamente (Sarmiento Ramírez, 2004).

Respecto al juicio de adecuación, la medida sancionadora debe ser un medio jurídico idóneo y coherente para lograr el fin u objetivo previsto al habilitar la potestad sancionadora sobre determinada actividad.

La presentación de documentación falsa es sancionada con la inhabilitación temporal para contratar con el Estado que van de 36 a 60 meses, además de los impedimentos en los que incurrirían los integrantes de la persona jurídica (órganos de administración, socios, directores, etc.). En resumidas cuentas, la sanción no solo alcanza a la persona jurídica, sino además a los integrantes que la conforman al estar impedidos de contratar por el tiempo que dure la sanción de su empresa; situación que se agrava aún más cuando la comisión de la infracción de presentar documentos falsos se da a través de un consorcio, donde no se ha individualizado las responsabilidades mediante los medios probatorios tasados, tales como la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, y el contrato administrativo.

En dichos casos, la sanción implica la inhabilitación a todos los integrantes del consorcio, a pesar de que, a través de otros medios probatorios, podría individualizarse la responsabilidad de la comisión de la infracción del integrante quien fue el que la cometió, como por ejemplo una declaración jurada del propio integrante reconociéndolo. Sin embargo, no es valorado, siendo sancionados todos los que integran el consorcio, no respetándose un criterio de adecuación, porque no se conseguirá con dicha sanción cumplir el fin de ser disuasivo. Mientras tanto, dichos consorciados sancionados que no presentaron el documento falso lo sentirán como una sanción injusta y desproporcionada.

En cuanto al juicio de necesidad, se entiende que la medida sancionadora elegida debe ser la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, y que no existan otras medidas sancionadoras que estén legalmente autorizadas para este tipo de infracciones, en relación con la

intensidad de la sanción a aplicarse, prevaleciendo las que resultan menos restrictivas a sus derechos y patrimonios.

Para el caso de la presentación de documentos falsos en la Ley de Contrataciones del Estado, no existe otra medida sancionadora, pues solo se regula la inhabilitación temporal de 36 a 60 meses para contratar con el Estado a los administrados que presenten documentos falsos, así como los impedimentos a sus integrantes para contratar con el Estado, en caso sea una persona jurídica. En este sentido, se está frente a una sanción gravísima que restringe los derechos de los administrados, la cual se agrava aún más cuando se aplica la responsabilidad solidaria en los consorcios, porque no solo se les inhabilita temporalmente para contratar con el Estado a todos los integrantes, sino que, además, se remite el expediente administrativo al Ministerio Público, a fin de que se establezca la responsabilidad penal por la comisión del delito por presentar documentos falsos, procesos penales que tendrán que afrontar todos los integrantes del consorcio. Con ello, se agrava aún más la situación de los administrados. Si bien está claro que el derecho penal sanciona bajo el criterio de la responsabilidad subjetiva, de manera que se responsabilizará penalmente a quien cometió el delito, los demás integrantes habrán tenido que soportar un proceso penal a costas.

Finalmente, el juicio de proporcionalidad consiste en que el grado de la sanción mantenga una equivalencia o proporción con el fin que se quiere alcanzar. La inhabilitación temporal de 36 a 60 meses, aplicado solidariamente a todos los integrantes del consorcio que no pudieron probar su individualización a través de los medios probatorios tasados, es desproporcionado, porque se termina sancionando de manera muy drástica a los administrados por hechos ajenos en los casos en que los integrantes del consorcio pueden probar su individualización mediante las pruebas que no se encuentren tasadas, y que lamentablemente no son valoradas para su individualización.

2.5. Debido procedimiento administrativo

Este principio constituye una garantía de todos los ciudadanos, el mismo que se ha introducido al derecho administrativo y es reconocido unánimemente en doctrina, jurisprudencia y en los tratados o convenios que el Perú ha suscrito y tiene rango de ley. Por lo tanto, su vulneración o inobservancia, y violación de normas y formalidades para el debido proceso, no son subsanables en sede administrativas, además de tener como consecuencia una causal de nulidad del acto administrativo emitido, por lo que puede ser acción de una garantía constitucional, como el recurso de amparo (Navas Rondón, 2013).

El derecho a un procedimiento administrativo sancionador con todas las garantías exige un estado de no indefensión, además de los derechos de ser oído, de ser procesado por una autoridad preestablecida, de audiencia con respeto a los principios de contradicción y bilateralidad, de alegar y probar, de presentar recursos, de proponer y practicar las pruebas convenientes, de conocer los cargos, etc.

En cuanto a la regulación de la individualización de responsabilidad del consorcio, se considera que, al contemplar que los únicos medios probatorios para ser valorada la individualización son la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, el contrato administrativo, así como la naturaleza de la infracción, al regular taxativamente los medios probatorios, por la cual deben recurrir los administrados para que opere la individualización, se estaría atentando concretamente contra el derecho a ofrecer y producir pruebas, pues en el procedimiento administrativo sancionador no se valorará pruebas aportadas por el administrado, a fin de alegar su individualización si es que este medio probatorio no es uno de los medios probatorios que legalmente están reconocidos para que se individualice.

El derecho a probar implica que la decisión que se emita por la autoridad tiene que ser sobre la base de la probanza actuada y no respecto a la existencia de pruebas tasadas (Morón Urbina, 2014).

Capítulo III. La responsabilidad administrativa de los consorcios en el ámbito de las contrataciones del Estado

1. El consorcio en las contrataciones del Estado

De conformidad con el numeral 1 del artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, se define al consorcio como la participación de varios proveedores agrupados en un procedimiento de selección, 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 ejecutar conjuntamente el contrato, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdos Marco. En ningún caso, la participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.

La anterior definición se desprende de lo estipulado en el artículo 445 de la Ley General de Sociedades; sin embargo, se considera que esta última es mucho más completa y permite entender, realmente, la naturaleza del consorcio, a fin de poder delimitar las responsabilidades de los integrantes del consorcio. Asimismo, al contrato del consorcio lo define no solo como la asociación de dos o más personas para participar en forma activa y directa en un negocio o empresa, a fin de obtener un beneficio económico, sino que, además, se establece que cada integrante mantiene su propia autonomía. Precisamente, es en virtud de esa autonomía que corresponde a cada miembro del consorcio realizar actividades propias que se le ha encargado, además de aquellas en las cuales se ha comprometido. En resumidas cuentas, la naturaleza esencial del consorcio es que no se va a generar ni constituir una persona jurídica diferente, manteniendo siempre la autonomía de sus integrantes.

Asimismo, el artículo 447 de la Ley General de Sociedades establece que cada miembro del consorcio se vincula individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que le corresponde dentro del consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio solo si así se pacta en el contrato o lo dispone la ley.

De lo anterior, se desglosa que la asunción de la responsabilidad solidaria de los integrantes del consorcio es la excepción y no la regla, puesto que, para contemplarla, deberá establecerse en el

contrato o en la ley además de circunscribirse en un ámbito estrictamente económico, donde cualquiera de los integrantes del consorcio pueda responder económicamente ante un perjuicio económico generado a un tercero. Sin embargo, de ninguna manera el criterio de la solidaridad debe aplicarse en situaciones en las que los integrantes tengan que asumir una responsabilidad administrativa, como una sanción en las que se le restrinjan derechos (inhabilitación temporal o permanente).

Por otro lado, en el numeral 3 del artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado se estipula que las infracciones cometidas por un consorcio durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria; salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la entidad, pueda individualizarse la responsabilidad, conforme a los criterios que establece el reglamento. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que cometió la infracción.

Asimismo, de acuerdo con el artículo 258 del Reglamento de Contrataciones del Estado, se estipula que 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, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la entidad, pueda individualizarse la responsabilidad. En este caso, la carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

Tanto en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado como en la DIRECTIVA n. ° 005-2019-OSCE/CD (regula la participación de proveedores en consorcio en las contrataciones del Estado) se contempla la responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de infracciones, criterio que contraviene el principio de autonomía de los consorciados y desconoce propiamente la naturaleza del consorcio, el cual consiste en no formar una persona jurídica. En ese sentido, establecer como regla general que a todos los integrantes del consorcio se le debe imputar responsabilidad solidaria por la comisión de las infracciones que se presenten durante el procedimiento y la ejecución del contrato es desmedido, porque terminan siendo sancionados todos los integrantes a pesar de que puede determinarse que solo uno haya cometido la infracción.

Como se ha señalado líneas arriba, el criterio de la solidaridad, según la Ley General de Sociedades, está dispuesto para el cumplimiento del objeto del contrato, que en el caso de las

contrataciones del Estado permitiría que la administración cumpla con el fin público; sin embargo, de ninguna manera, debe aplicarse la presunción de solidaridad en el ámbito de un procedimiento sancionador donde se restringen derechos, como por ejemplo una posible inhabilitación temporal o definitiva de todos los integrantes del consorcio.

Al respecto, para Herrera Robles (2011) debe quedar claro lo siguiente:

La responsabilidad solidaria en el Derecho Administrativo sancionador es un supuesto excepcional que tiene que ser recogido por Ley, como es el caso del Código Civil, el Código Tributario y la Ley de Intermediación Laboral, seguidamente se debe destacar que la solidaridad estará destinada a la imposición de sanciones pecuniarias o al campo patrimonial, pero de ningún modo a la restricción de derechos. (p. 306)

2. Sobre la presentación de documentación falsa

En el presente caso, se analizará la comisión de la infracción por presentar documentos falsos, la cual se encuentra regulada en el literal j del numeral 1 del artículo 50 de La Ley de Contrataciones del Estado, señalando que el Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, los participantes, los postores, los contratistas —incluso en los casos que contempla el literal a del artículo 5 de la presente ley— que incurran en la infracción de presentar documentos falsos o adulterados a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) o a la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

Cabe precisar que la responsabilidad es objetiva, según lo estipulado en el numeral 3 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, y que la sanción que se estipula por presentar documentos falsos es la inhabilitación temporal de 36 a 60 meses, o la inhabilitación definitiva para contratar con el Estado. Esta última se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años se le haya impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j, en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente según lo contemplado en los literales b) y c) del numeral 4) del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Tal como se puede advertir, la sanción por presentar documentos falsos es la más grave que se impone a las empresas que contratan con el Estado, la mismo que se agrava aún más cuando sea un consorcio quien presente documentos falsos; donde, en virtud de la responsabilidad solidaria, se aplica la sanción a todos los integrantes del consorcio en caso no se pueda individualizar la responsabilidad, a pesar que los demás integrantes no hayan aportado dicho documento falso, sino uno de ellos.

De acuerdo con el Observatorio del OSCE del año 2017⁴, respecto a los reportes estadísticos mensuales de las sanciones impuestas sobre las resoluciones consentidas o firmes que imponen sanción por presentar documentación falsa, estos fluctúan entre 20 % y 24 % en relación con las demás sanciones por otras causales de comisión de infracción.

En cuanto a los meses de enero a mayo registrados en el Observatorio del OSCE del año 2018⁵, la estadística de presentar documentos falsos fluctúa de 30 % a 17 %, con una tendencia a bajar; pese a ello, la presentación de documentos falsos es una infracción frecuente. Por más que las sanciones sean graves, estas no resultan ser del todo disuasivas para las empresas.

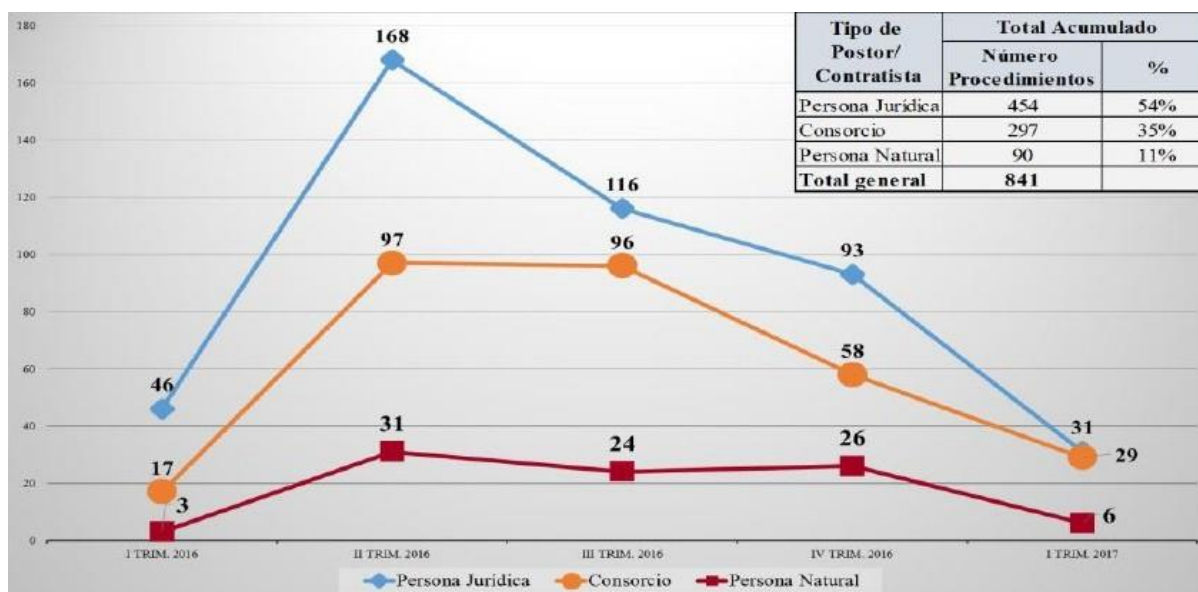
Los consorcios suelen incurrir en presentar documentos falsos durante los procedimientos de selección y ejecución contractual. Con el objetivo de tener conocimiento de la frecuencia en la que incurren en ello, a continuación, el gráfico 1 muestra el dato estadístico de Eugendio, Ireijo, y Ponce (2017), acerca de las resoluciones de sanción emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado por causal de documentación falsa y/o inexacta en el 2016, incluyendo el primer trimestre del 2017.

Según el dato estadístico del gráfico 1, el 35 % de casos de presentación de documentos falsos e inexactos durante dicho período lo hicieron los consorcios, por lo que la recurrencia en presentar documentos falsos e inexactos es considerable; de manera que, teniendo en cuenta la aplicación de criterio de responsabilidad solidaria en la comisión de la infracción de documentos falsos, se estaría sancionando a un gran número de empresas, inhabilitándolas para contratar con el Estado, en tanto no se haya podido individualizar la responsabilidad administrativa, ya sea por la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, el contrato administrativo o por la naturaleza de la infracción.

⁴ <https://portal.osce.gob.pe/osce/sanciones-2017>

⁵ <https://portal.osce.gob.pe/osce/sanciones-2018>

Gráfico 1. Procedimientos sancionadores por documentación falsa y/o inexacta según tipo de postor o contratista

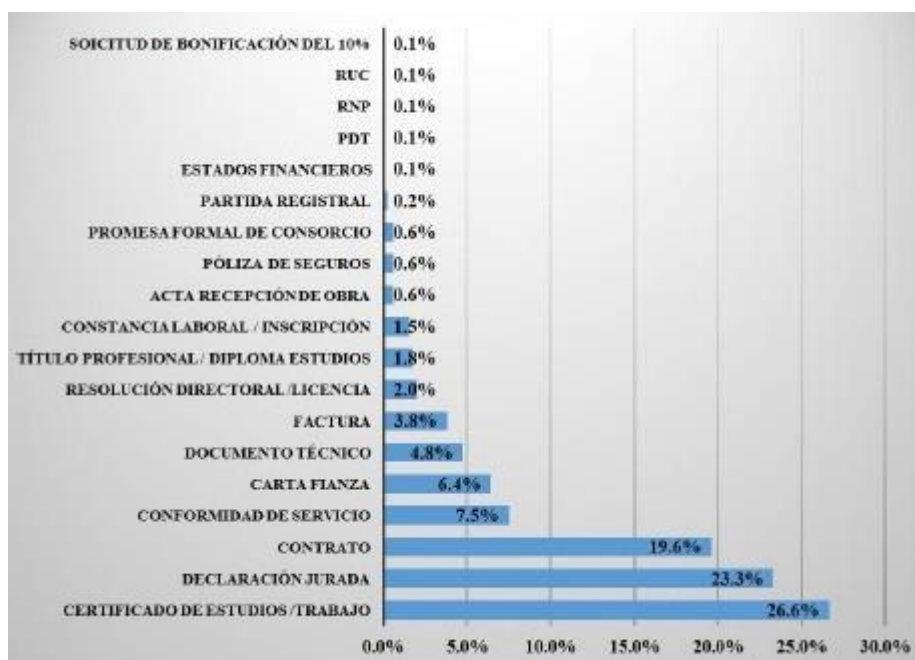


Fuente: Eugendio, Ireijo y Ponce (2017).

Por otro lado, del gráfico 1 también se desprenden los tipos de documentos que son adulterados por las empresas o consorcios que, generalmente, están relacionados a la acreditación de requisitos de calificación o factores de evaluación, y que les permiten su admisión u obtención puntaje para que se adjudiquen con la buena pro.

A continuación, el gráfico 2 muestra datos estadísticos de Eugendio, Ireijo y Ponce (2017), identificados en los procedimientos sancionadores acumulados del 2016 a marzo del 2017. Se debe precisar que, en la comisión de presentación de documentos falsos, es indistinto que el documento falso o adulterado sea parte de un requisito de calificación, o para acreditar un criterio de evaluación a fin de obtener puntaje, pues no requiere que se haya beneficiado de dichos documentos para ser admitido o calificado, tal como sí lo requiere para la configuración de la infracción de presentación de información inexacta.

Gráfico 2. Tipo de documentos falsificados y/o inexactos identificados en los procedimientos sancionadores (enero 2016 - marzo 2017)



Fuente: Eugendio, Ireijo y Ponce (2017)

Cuando alguno de los documentos indicados en el gráfico 2 es presentado por un consorcio, difícilmente puede individualizarse si es que, de manera específica, no se estipula en la promesa de consorcio quién de los integrantes lo aportó, ya sea a través de la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, el contrato administrativo o la naturaleza de la infracción; pues, difícilmente, se puede tener conocimiento de cuál de los documentos que obran en la oferta puede ser falso. Ello sucede a pesar de que los integrantes pueden tomar todas las diligencias ordinarias, más aún si las reglas definitivas respecto a los requerimientos y documentaciones a presentar en la oferta recién se contemplan en las bases integradas. De esta etapa a la presentación de ofertas son pocos los días que tienen los integrantes del consorcio para poder fiscalizar los documentos que aportan los diferentes integrantes del consorcio para la elaboración de la oferta.

3. La individualización de la responsabilidad de los consorcios

Mediante Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE, de fecha 25 de agosto del 2017, el Tribunal de Contrataciones del Estado precisó ciertos supuestos, en el cual se puede individualizar la responsabilidad solidaria de los consorcios mediante la promesa de consorcio, en caso incurrieran en la comisión de la infracción de presentación de documentos falsos o adulterados, con el

propósito de uniformizar criterios debido a la diversidad de pronunciamientos de las cuatro salas para determinar la individualización de responsabilidad de los consorcios.

Cabe indicar que, cuando se emitió el Acuerdo de Sala Plena por el Tribunal de Contrataciones del Estado, se encontraba vigente el artículo 13 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley 30225, modificada por el Decreto Legislativo n. ° 1341 y el artículo 220 del reglamento de la ley, aprobado por el Decreto Supremo n. ° 350-2015-EF, modificado por el Decreto Supremo n. ° 056-2017-EF, en el que se contemplaba los supuestos de individualización, tales como la promesa de consorcio, el contrato de consorcio, la naturaleza de la infracción y cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, supuesto que posteriormente sería derogado con la modificatoria por Decreto Legislativo n. ° 1444 a la Ley de Contrataciones del Estado.

Los motivos por los cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado decidió uniformizar criterios fueron, en primer lugar, la presentación de documentación falsa o adulterada como parte de las ofertas presentadas en los procedimientos de selección, siendo la infracción con mayor incidencia en la contratación pública nacional en el 2016 (junto a la presentación de información inexacta constituyó el 56 % de procedimientos resueltos en el Tribunal). En segundo lugar, se debió a que, en los pronunciamientos emitidos por las Salas del Tribunal de Contrataciones del Estado, se emplearon criterios diferentes al individualizar la responsabilidad de los integrantes de un consorcio en base a la promesa formal de consorcio.

De este forma, en algunos pronunciamientos se habría considerado que, sobre la base de la promesa formal de consorcio, no es posible individualizar la responsabilidad entre sus integrantes por la presentación de documentación falsa o adulterada —criterio bajo el cual todos los integrantes del consorcio eran siempre administrativamente responsables por la comisión de tal infracción, sin resultar relevante el contenido de la promesa formal de consorcio, posición que contraviene la Ley de Contrataciones del Estado—, puesto que, si bien se regula la responsabilidad solidaria de los consorcios en la comisión de infracciones, se contempla supuestos de individualización. A pesar de ello, algunas salas sancionaban a todos los integrantes del consorcio porque consideraban que, en el caso de presentación de documentos falsos, la responsabilidad es objetiva y, al ser el consorcio quien presentaba la oferta, no operaba la individualización, por ser considerado como si fuera una sola persona jurídica y no una asociación o agrupación de dos o más empresas o personas naturales que se juntan para emprender un negocio, donde cada uno mantiene su independencia. Los vocales que emitieron su voto en

discordia al presente acuerdo como fueron Jorge Luis Herrera Guerra, Héctor Martín Inga Huamán y María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra.

Por otro lado, también se encontraba la posición de las salas del Tribunal de Contrataciones, que han emitido pronunciamientos en los que sí consideran posible la individualización de responsabilidad por la comisión del mencionado supuesto infractor, aunque bajo criterios distintos para efectuar dicha individualización.

De esta forma, el Tribunal de Contrataciones del Estado, a fin de que se respete el principio de predictibilidad, y tengan los administrados conocimiento y seguridad jurídica sobre los criterios de individualización de la responsabilidad solidaria, llegó a los siguientes acuerdos:

- a) Sí es posible realizar la individualización de responsabilidad administrativa por la infracción relativa a la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, en virtud de la promesa formal de consorcio presentada en la misma oferta.
- b) No corresponde efectuar la individualización de responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio no veraz.
- c) No corresponde individualizar la responsabilidad por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta en una persona natural o jurídica que no sea uno de los integrantes del consorcio, o en un consorciado que, en la promesa formal de consorcio, solo asume obligaciones administrativas, mas no la venta, el suministro, la prestación del servicio o la ejecución de la obra según corresponda al objeto contractual.
- d) En los casos que se invoque la individualización de la responsabilidad, en base a la promesa formal de consorcio, este documento deberá hacer mención expresa a que la obligación vinculada con la configuración del supuesto infractor corresponde exclusivamente a uno o algunos de los integrantes del respectivo consorcio. Si la promesa no es expresa al respecto, asignando literalmente a algún consorciado la responsabilidad de aportar el documento detectado como falso, o asignando a algún consorciado una obligación específica, en atención a la cual pueda identificarse indubitablemente que es el aportante del documento falso, no resultará viable que el Tribunal de Contrataciones del Estado, por vía de interpretación o inferencia, asigne responsabilidad exclusiva por la infracción respectiva a uno de los integrantes.

- e) Para que la individualización de responsabilidad sea factible, la asignación de obligaciones en la promesa formal de consorcio debe generar suficiente certeza, debiéndose hacer referencia a obligaciones específicas, sin que se adviertan contradicciones en su propio contenido ni inconsistencias con otros medios probatorios y elementos fácticos, que puedan resultar relevantes y de valoración conjunta para la evaluación del caso concreto.
- f) La sola referencia, en la promesa formal de consorcio, a que algún consorciado asume la obligación de elaborar o preparar la oferta, acopiar los documentos u otras actividades equivalentes, no implica que sea responsable de aportar todos los documentos obrantes en la misma (inferencia que contradice la propia definición de consorcio) ni de verificar la veracidad de cada uno de estos; siendo necesaria, para que proceda, una individualización de responsabilidades y una asignación explícita en relación al aporte del documento o a la ejecución de alguna obligación específica, de la cual se pueda identificar su aporte.
- g) El presente Acuerdo de Sala Plena será aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores que se encuentren en trámite a la fecha de su publicación en el diario oficial El Peruano.

De los criterios que se acordaron para individualizar la responsabilidad de los integrantes del consorcio, en caso se presenten documentos falsos o adulterados, si bien es cierto se reconoce que puede individualizarse la responsabilidad a través de la promesa de consorcio, lo que resulta complejo es que, para que el Tribunal de Contrataciones del Estado reconozca la individualización de las responsabilidades, precisa que se debe detallar, de manera específica, a quién pertenece el documento cuestionado como falso o adulterado en la promesa de consorcio. En resumidas cuentas, si la promesa no es expresa en este punto, asignando literalmente a algún consorciado la responsabilidad de aportar el documento detectado como falso, o una obligación específica en atención a la cual pueda identificarse indubitadamente que es el aportante del documento, no procederá la individualización de la responsabilidad.

De manera que, si se contempla de forma genérica quién aportará los documentos que están siendo cuestionados como falsos o adulterados en las obligaciones delimitadas por el consorcio, no se aplicará la individualización, siendo sancionados solidariamente todos los integrantes del consorcio, pues el Tribunal de Contrataciones señala que no puede hacer inferencias e interpretaciones para determinar la sanción a uno de los integrantes.

De esta forma, también se contempla que no corresponde individualizar la responsabilidad en la comisión de infracción por presentar documentos falsos o adulterados cuando se delimita, dentro de las obligaciones del consorcio, que uno de los integrantes elaborará la oferta o portará los documentos. Es decir, de contemplarse tal supuesto, se sancionará a todos los integrantes del consorcio; siendo necesario, por el contrario, una asignación explícita en relación con el aporte del documento o a la ejecución de alguna obligación específica, de la cual se pueda identificar su aporte.

Como bien se puede observar, para que proceda la individualización de la responsabilidad administrativa, es necesario delimitar las obligaciones específicas que están relacionadas con la aportación de documentos falsos o adulterados, así como especificar a quién corresponde el documento cuestionado; situación que, en la práctica, resulta improbable que se pueda detallar, considerando la cantidad de documentos que contiene una oferta.

En buena cuenta consideramos que no es necesario que cada integrante del consorcio deba precisar cada documento que vaya aportar a efectos de liberarse de una posible sanción, en la medida que las ofertas contienen un gran número de documentación, pero si es posible que se valore lo contemplado en las obligaciones genéricas detalladas en la promesa de consorcio que asume cada integrante, como por ejemplo, si uno de ellos precisa que acreditará la experiencia similar al objeto de la convocatoria, no es necesario que deba detallar cada contrato que aporta como experiencia así como su constancia de cumplimiento, porque se debería entender, que si hay un documento falso en los contratos aportados debería aplicarse la sanción administrativa exclusivamente a dicho postor y no a los demás.

Ahora bien, tomando en cuenta que el anexo n. ° 03 de la Promesa de consorcio de las bases estándar de los respectivos procedimientos de selección, aprobados por la Directiva n. ° 07-2020-OSCE/CD, es un formato para ser llenado por los postores, concerniente a la información de los integrantes del consorcio: designación del representante legal común del consorcio, domicilio y obligaciones, y su porcentaje de cada integrante; especificar, de forma detallada, acerca de los documentos que van a aportar cada integrante del consorcio en dicho formato para que pueda individualizarse la responsabilidad, resulta complejo. Ello considerando que dicho anexo está pensado, más bien, para hacer referencia de obligaciones genéricas que debe asumir cada integrante del consorcio, encontrándose un gran inconveniente para que se pueda materializar el Acuerdo de Sala Plena, porque en la práctica difícilmente se puede establecer, de manera

específica, que el documento cuestionado pertenece a determinado integrante del consorcio, pues las obligaciones de los postores se detallan de manera genérica.

4. El criterio de responsabilidad solidaria de los consorcios en el ámbito de las contrataciones públicas

La legislación nacional en el ámbito de contrataciones públicas ha establecido que, en aquellas situaciones en las que concurra la participación de varios proveedores agrupados en consorcio, la responsabilidad por las consecuencias derivadas de infracciones durante el procedimiento de selección y ejecución del contrato será solidaria ante la entidad.

Este criterio ha sido introducido no solo en el ordenamiento jurídico, así como en la vigente Ley de Contrataciones del Estado, sino también en la derogada ley aprobada mediante el Decreto Legislativo n. ° 1017. Al parecer, surge la necesidad del legislador de asumir este criterio partiendo desde la perspectiva, en términos generales, de cautelar el adecuado uso de los recursos públicos de manera eficiente, mediante adquisiciones brindadas por proveedores competitivos que puedan cumplir la finalidad pública y/o objeto de la contratación a satisfacción del usuario.

Sin embargo, el criterio de responsabilidad solidaria en los consorcios puede generar brechas, desventajas y desigualdad desde otros aspectos, tal y como se está demostrando en el presente trabajo, en el momento que los proveedores se sometan a un procedimiento sancionador por la presentación de documentación falsa; restringiendo derechos fundamentales, tales como la libertad para contratar una vez sancionados o, también, la autonomía funcional de los contratos de consorcio y la responsabilidad de sus miembros, sin el debido sustento probatorio por la sola existencia de un vínculo contractual.

La responsabilidad solidaria no puede ser aplicada en situaciones en que se restrinjan derechos y afecten de manera directa o indirecta a terceros; pues, caso contrario, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad, tipicidad, legalidad y causalidad que tienen reconocimiento constitucional. Esta situación se evidencia cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado evalúa la responsabilidad solidaria de los consorcios sobre los procedimientos sancionadores iniciados a partir de controversias surgidas por presentación de documentación falsa.

4.1. La responsabilidad solidaria de los consorcios y su regulación en el tiempo

Tal como se puede advertir en la derogada Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo n. ° 1017), se contempló la responsabilidad solidaria de los integrantes del consorcio en cuanto a su actuación en los procedimientos de selección, así como en su ejecución contractual.

A continuación, se cita el cuadro comparativo de la ley derogada y vigente de contrataciones del Estado, con la modificación efectuada en el 2017 mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341, donde se trataba la responsabilidad solidaria de los consorcios en las contrataciones públicas (ver tabla 1).

Tabla 1. Cuadro Comparativo Decreto Legislativo n. ° 1017 – Ley n. ° 30225

Tema	Decreto Legislativo n. ° 1017, modificado por Ley 29873	Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Legislativo n. ° 1341
Participación en consorcio	<p>Artículo 36.- Ofertas en consorcio. En los procesos de selección podrán participar distintos postores en consorcio, sin que ello implique crear una persona jurídica diferente. Para ello, será necesario acreditar la existencia de una promesa formal de consorcio, la que se perfeccionará una vez consentido el otorgamiento de la buena pro y antes de la suscripción del contrato.</p> <p><u>Las partes del consorcio responderán solidariamente ante la entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante los procesos</u></p>	<p>Artículo 13. Participación en consorcio</p> <p>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, con excepción de los procedimientos que tengan por objeto implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco. En ningún caso, la</p>

	<p><u>de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de este.</u> Deberán designar un representante común con poderes suficientes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que se deriven de su calidad de postores y del contrato hasta la liquidación del mismo. Las partes del consorcio deben estar inscritas en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y encontrarse hábiles para contratar con el Estado.</p>	<p>participación en consorcio implica la obligación de crear una persona jurídica diferente.</p> <p>13.2. <u>Los integrantes del consorcio son responsables solidariamente ante la entidad por las consecuencias derivadas de su participación durante la ejecución del contrato. El contrato de consorcio debe contar con firma legalizada.</u></p> <p>13.3. <u>Las infracciones cometidas por un consorcio, durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, contrato de consorcio o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que la cometió.</u></p> <p>13.4. Los documentos del procedimiento de selección podrán establecer un número</p>
--	--	--

		<p>máximo de consorciados, en función a la naturaleza de la prestación.</p> <p>13.5. A los integrantes del consorcio les son aplicables las disposiciones establecidas en los artículos precedentes del presente capítulo.</p>
Infracción	<p>Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas</p> <p>51.1. Infracciones. Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que:</p> <p>(...)</p> <p>j) Presenten documentos falsos o información inexacta a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE).</p> <p>(...)</p>	<p>Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas</p> <p>50.1. El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:</p> <p>(...)</p> <p>j) Presentar documentos falsos o adulterados a las entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Registro Nacional de Proveedores (RNP).</p> <p>(...)</p> <p><u>La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos de infractores que admitan la</u></p>

		<u>posibilidad de justificar la conducta.</u>
Sanción	<p>51.2. En los casos que la presente ley o su reglamento lo señalen, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas, las sanciones siguientes:</p> <p>(...)</p> <p>En el caso de la infracción prevista en el literal j) del numeral 51.1. del presente artículo, la sanción será de inhabilitación temporal no menor de tres (3) años ni mayor de cinco (5) años. En caso de reincidencia en esta causal, la inhabilitación será definitiva, independientemente del período en el que se ha reincidido y el número de sanciones impuestas.</p> <p>(...)</p>	<p>50.2. Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son:</p> <p>(...)</p> <p>b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado, del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), e), f), g), h) e <u>i)</u> y, en caso de reincidencia, en la infracción prevista en los literales m), n) y o). En el caso de la infracción prevista en el literal <u>j)</u>, esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.</p>

		<p>c) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.</p> <p>(...)</p> <p>50.3. El reglamento establece las reglas del procedimiento sancionador, los mecanismos de cobro de la multa impuesta, las formas de aplicar sanciones a consorcios, la gradualidad y proporcionalidad de la imposición de la sanción y demás reglas necesarias. <u>En el caso del consorcio, la sanción recae sobre el integrante que haya incurrido en alguna o algunas de las infracciones</u></p>
--	--	--

		<p><u>tipificadas en el numeral 50.1. de la presente ley; tratándose de declaraciones juradas y toda información presentada en el procedimiento de selección, solo involucra a la propia situación de cada integrante.</u></p>
--	--	---

Fuente: Elaboración propia.

En el caso de la modificación realizada a la Ley n. ° 30225, mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341, la responsabilidad de los consorcios mantuvo que esta era solidaria. Se introdujo, como bien lo explica su exposición de motivos, una «salvedad» al respecto, puesto que es de justicia que se tomen en cuenta consideraciones objetivas y probadas que establezcan que esa responsabilidad deba ser atribuida de manera distinta entre los consorciados, pudiendo incluso excluir a alguno de los integrantes. En ese sentido, se estipuló que podría individualizarse la responsabilidad teniendo en cuenta la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto; además de considerar expresamente que la responsabilidad en la comisión de las infracciones, contempladas en el artículo 50 de la mencionada ley, es de responsabilidad objetiva.

Se valora la oportunidad que se dio con las modificaciones del Decreto Legislativo n. ° 1341, pues el legislador, por un momento, permitió la admisión de cualquier medio de prueba documental de fecha y origen cierto para individualizar la responsabilidad, en adición al supuesto de excepción inicialmente contemplado en la ley, el cual permitía la individualización de responsabilidad a partir de lo que refiera la naturaleza de la infracción, la promesa formal del consorcio y el contrato de consorcio. Ello permitió al Tribunal de Contrataciones del Estado garantizar la defensa de los administrados en consonancia con los principios y derechos que se vienen mencionando y que representan límites al *ius puniendi* de la administración pública.

Sin embargo, la Ley 30255 va a tener una segunda modificación en sus cortos cuatro años, mediante el Decreto Legislativo n. ° 1441, que entra en vigencia el 30 de enero de 2019, donde se estaría derogando el supuesto de individualización de responsabilidad de los consorcios del documento de fecha y origen cierto, situación que se considera que fue un error, pues generó mayor indefensión a los integrantes del consorcio, que ya de por sí se les responsabiliza

solidariamente en la comisión de cualquier infracción, hecho que afectaría el principio de libertad de empresa. Es decir, se estaría sancionando a empresas que no cometieron la infracción, en buenas cuentas, «justos pagan por pecadores»; al parecer, ese es el mensaje del legislador en contrataciones del Estado, pues no solo limita el derecho de defensa, al regular taxativamente los medios probatorios que serán valorados, sino que, además, deroga un medio probatorio que estaba sirviendo para individualizar la responsabilidad administrativa en materia sancionatoria a los consorciados.

Actualmente, con el Decreto Legislativo n. ° 1444, se rige una nueva condición para la «salvedad» regulada mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341, tal como se muestra en la tabla 2.

Tabla 2. Cuadro Comparativo Decreto Legislativo n. ° 1341 – Decreto Legislativo n. ° 1444

Tema	Ley 30225, modificada por el DL n. ° 1341	Decreto Legislativo n. ° 1444
Participación en consorcio	<p>Artículo 13. Participación en consorcio</p> <p>(...)</p> <p>13.3. Las infracciones cometidas por un consorcio, durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto, pueda individualizarse la responsabilidad. En este caso, se aplica la sanción</p>	<p>Artículo 13. Participación en consorcio</p> <p>(...)</p> <p>13.3. Las infracciones cometidas por un consorcio, durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, se imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la entidad, pueda individualizarse la responsabilidad, conforme a los criterios que establece el reglamento. En este caso, se aplica la sanción únicamente</p>

	únicamente al consorciado que la cometió la infracción.	al consorciado que cometió la infracción.
--	---	---

Fuente: Elaboración propia.

De la revisión efectuada a la exposición de motivos elaborada por el poder ejecutivo en el 2018, se desprende que el motivo de la modificación de la norma se justifica en razón de eliminar incentivos perversos para crear información, con la finalidad de que uno de los consorciados sea eximido de responsabilidad, partiendo de la premisa de que, en la promesa formal del consorcio o en el contrato, es obligatorio consignar las responsabilidades que asume cada consorciado.

En ese sentido, la justificación señalada por el Ejecutivo debió tener una mejor motivación que permita identificar aquellos incentivos perversos en los que incurrían los proveedores para eludir su responsabilidad. Dicho documento tampoco hace mención cuál es el análisis costo-beneficio de dicha modificación; por lo cual, se asume que, con la responsabilidad objetiva, es mucho más fácil sancionar a aquellas empresas que incurren en el supuesto infractor del literal j) del artículo 50 de la Ley 30225. Ello sucede pese a que la norma establece un supuesto de excepción que permite individualizar la responsabilidad, pero que, en la práctica, no es aplicado por el tribunal, debido a su competencia según lo evidencian las estadísticas presentadas en el desarrollo del presente trabajo.

Al respecto, García de Enterría y Ramón Fernández (2011) señala que, en materia de procedimiento administrativo sancionador, debería aplicarse más bien el criterio de la responsabilidad subjetiva, puesto que, como bien señala, la posición de la responsabilidad objetiva a aplicar en el ámbito administrativo sancionador, en el cual no se requería ni dolo ni culpa, ha sido ya condenada por la jurisprudencia comparada desde los años 70 y, además, por la regla de la aplicación general de los principios del derecho penal al derecho sancionador administrativo. Tal es el caso del principio de culpabilidad, que supone imputación y dolo o culpa en la acción sancionable.

Si bien es cierto que el legislador ha adoptado la responsabilidad objetiva y la posibilidad de individualizar la responsabilidad en materia sancionatoria para los consorcios, no debería restringir el derecho de defensa al regular taxativamente los medios probatorios que van a ser exclusivamente valorados. En cambio, debería modificarse y permitir cualquier medio probatorio que pueda aportar el administrado para individualizar la responsabilidad administrativa; así, se evitaría una clara afectación al derecho de defensa, estrictamente al debido procedimiento.

4.2. La solidaridad de los consorcios aplicable como sanción económica

Resulta muy importante recurrir a este punto, pues, en parte, una de las propuestas del presente trabajo se basa en impulsar una modificación legislativa de ley de contrataciones. Inicialmente, se toma en cuenta lo afirmado por Baca Oneto (2010), autor que ha realizado múltiples trabajos sobre la responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora en el Perú. Lo cierto es que el mencionado autor afirma que en las sanciones solidarias no está en juego la existencia de dolo o negligencia, sino la culpabilidad en su vertiente de principio de personalidad de las penas. Aunque se trate de obligaciones pecuniarias, no puede buscarse una explicación en las reglas de la responsabilidad civil, porque se trata de la imposición de una sanción. En ese contexto, la culpabilidad no solo significa la exigencia de dolo o culpa, sino también el carácter personal de las infracciones donde la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta infractora.

La responsabilidad solidaria, según Ramírez Torrado (2008), para que pueda operar en la responsabilidad administrativa, debe tratarse siempre en una obligación que pueda ser valorable en dinero, es decir, en multas. Ello porque es imposible que una sanción de otro tipo puede ser saldado por uno de los individuos y, luego, aquel que la saldó pueda repetirlo contra los demás. En resumidas cuentas, es imposible cuantificar otras sanciones administrativas que, de por sí, no tienen una cuantificación económica y, como consecuencia, no es posible que aquellos que sumieron la obligación exijan la devolución a los otros autores de la infracción, como ocurre en varios casos en que se impone la inhabilitación por sanción a empresas que forman parte de consorcios.

Por otro lado, la responsabilidad solidaria es una figura jurídica eficaz para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales; no obstante, definitivamente no podría penetrar en el derecho administrativo sancionador, porque se estaría quebrantando el sistema punitivo, según el cual cada uno responde por sus propios actos, pues no se está frente a una tutela eficaz de los intereses públicos si se establece responsabilidad solidaria a fin de sancionar a los administrados por actos ajenos.

La aplicación del criterio de la responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción de presentación de documentación falsa, según la regulación actual, genera perjuicios económicos a las empresas que participan en consorcio, y son sancionadas a pesar que no aportaron el documento falso, ya que al no poder individualizar su responsabilidad con algunas

de las pruebas reguladas por Ley, terminan siendo sancionadas, a pesar que puedan contar con algún medio probatorio que en cierta manera acrediten su no participación en la aportación del documento cuestionado, pero no es valorado por el Tribunal al no ser una de las pruebas tasadas.

Es así que tenemos empresas que son sancionadas por el criterio de la responsabilidad objetiva que van de 36 a 60 meses o definitiva de inhabilitación para contratar con el estado, además de los impedimentos que ello conlleva para los socios, representantes legales que lo integran entre otros, dicho tiempo es un duro golpe económico, teniendo en cuenta que la mayoría de empresas al no participar en las licitaciones públicas durante dicho período de inhabilitación, suelen quebrar, así como los daños colaterales como es la reducción de trabajadores, además, el Estado deja de tener postores que puedan presentarse en otros procedimientos de selección y competir, a fin que el estado cuente siempre con la mejor oferta técnica y económica.

Si bien es cierto la inhabilitación es solo en el extremo de contratar con el Estado y no con el sector privado, debemos tener en cuenta que la mayoría de proveedores que contratan con el sector público, se especializan en dicho rubro, teniendo como potenciales clientes a las Entidades Públicas, con ello ganan experiencia y cuentan con personal técnico especializado, que luego de la sanción de inhabilitación lo pierden, y difícilmente luego de la inhabilitación puedan activarse económicamente.

Además los integrantes de las empresas sancionadas se ven impedidos de contratar con el estado, no pudiendo crear nuevas empresas, o ser órganos de administración o socios, restringiéndoles prácticamente el acceso a participar en las compras públicas, por lo que la regulación actual genera que los dueños de las empresas sancionadas recurran a amigos o familiares para que crear nuevas empresas bajo su mando al encontrarse impedido, generando informalidad en la contratación pública.

También debemos tener en cuenta que la aplicación de la responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción desincentiva que empresas se asocien para participar en consorcio, por el riesgo de poder ser sancionados en caso uno de sus integrantes presenta documentos falsos, generándose una falta de competencia en las contrataciones públicas, en la medida que individualmente no podrán cumplir con los requisitos de calificación ante una licitación de obra pública de gran magnitud, limitándose la participación de proveedores.

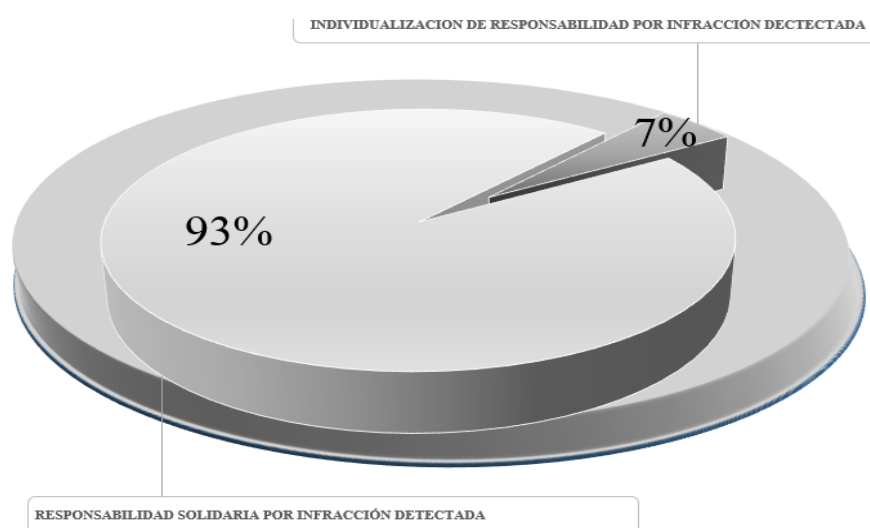
Finalmente el Tribunal de Contrataciones del Estado a efectos de determinar una sanción a un consorcio por la comisión de la infracción de presentar documentos falsos, solo debe verificar que el documento cuestionado se efectivamente falso, así como constatar que la individualización alegada por cada integrante del consorcio sea probado por una de las pruebas que se encuentran reguladas en la ley de contrataciones del estado, como es el contrato de consorcio, promesa de consorcio y el contrato administrativo, si se acredita con otra prueba, no es valorada la individualización y se sanciona a todos los integrantes. Afectándose con ello tal como lo desarrollamos anteriormente principios básicos del procedimiento administrativo sancionador, como el de causalidad, culpabilidad, debido procedimiento, proporcionalidad entre otros, sancionando a los integrantes del consorcio por un hecho ajeno y restringiéndose sus derecho de contratar al encontrarse inhabilitados de forma temporal o permanente para contratar con el estado.

Capítulo IV. Análisis y propuestas

1. El criterio jurisprudencial del Tribunal de Contrataciones del Estado sobre la sanción a los consorcios por presentación de documentación falsa

En el presente trabajo, se ha revisado los pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del Estado, acerca de las sanciones a los integrantes de los consorcios por la comisión de la infracción de presentar documentos falsos, tomando como objeto de estudio las resoluciones derivadas de los expedientes de inicio de procedimiento sancionador de los años 2017, 2018 y 2019. De la revisión de la jurisprudencia en ese período, de un total de 121 resoluciones solo se ha aplicado la individualización de responsabilidades a un 7 %, habiéndose aplicado la individualización de responsabilidad en 9 ocasiones. Esto demuestra que, bajo el criterio de la solidaridad de la comisión de infracción, finalmente se sanciona a todos los integrantes, no produciéndose la individualización de responsabilidades, precisamente, porque las empresas no detallan de manera específica las obligaciones, o el aporte documentario que se encuentra vinculado a la documentación falsa, y, al haberlo contemplado de manera genérica, resultan ser sancionados todos los integrantes. A continuación, el gráfico 3 muestra lo indicado líneas arriba, es decir, cómo la individualización de responsabilidad se da en una proporción muy baja en comparación a la aplicación de la presunción de la responsabilidad solidaria.

Gráfico 3. Individualización de responsabilidades



Fuente: Elaboración propia.

Tanto en la tabla 1 como en el gráfico 2, se muestran disgregados los expedientes de inicio de procedimiento sancionador por la comisión de presentación de documentación falsa por año,

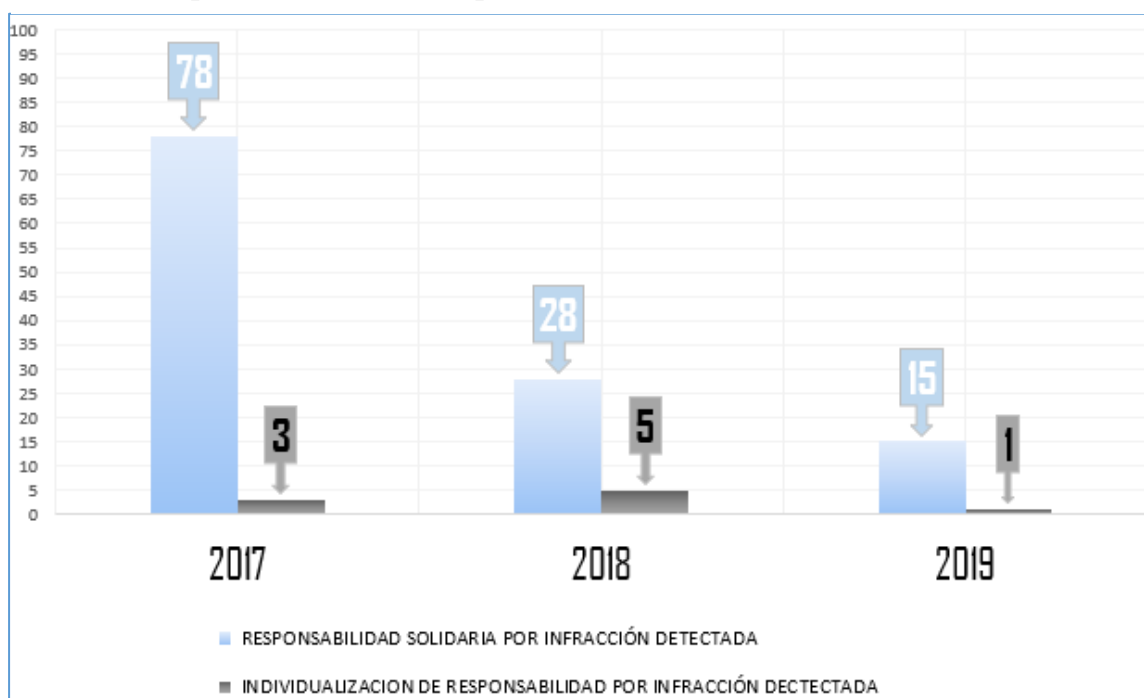
donde se puede advertir que la individualización de responsabilidad, en el 2017, se dio en 3 oportunidades de 81 expedientes; en el 2018, se dio en 5 ocasiones de 33 expedientes, y, finalmente, en el 2019, solo se produjo una sola vez de 16 expedientes.

Tabla 3. Expedientes evaluados. Periodo 2017-2019

AÑO	NÚMERO DE EXPEDIENTES	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR INFRACCIÓN DETECTADA	INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DETECTADA
2017	81	78	3
2018	33	28	5
2019	16	15	1
TOTAL	130	121	9

Fuente: Elaboración propia.

Gráfico 4. Responsabilidad solidaria por infracción detectada



Fuente: Elaboración propia.

Cabe indicar que los únicos supuestos, en los que se ha individualizado la responsabilidad de los consorcios en los expedientes sancionadores revisados, son mediante la promesa de consorcio en seis oportunidades y en tres ocasiones mediante el contrato de consorcio, no habiéndose

producido la individualización mediante la naturaleza de la infracción y el contrato administrativo.

1.1. Individualización de responsabilidad según la promesa de consorcio

1.1.1. Pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del Estado

A continuación, se analiza un caso en que el Tribunal de Contrataciones del Estado no individualizó la responsabilidad mediante la promesa de consorcio, al no haberse precisado de manera específica las obligaciones, o el aporte documentario vinculado a los documentos falsos, los cuales representan el 93 % de los pronunciamientos revisados.

- **Resolución n. ° 598-2019-TCE-S1 de fecha 11 de abril de 2019**

Procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Makrocon S.R.L. y el señor Waldimar Víctor Sulca Buleje, integrantes del consorcio, por su supuesta responsabilidad al haber presentado, como parte de su oferta, documentos presuntamente falsos o adulterados, en el marco de la Licitación Pública n. ° 03-2017-GRC-PER-IMA/CS-1, convocado por el Gobierno Regional de Cusco – Instituto de Manejo Agua y Medio Ambiente, en lo sucesivo la Entidad.

El 27 de junio de 2017, la Entidad convocó la Licitación Pública 3-2017-GRC-PER IMA/CS-1 para la adquisición de piedra angular —seleccionada de 6 a 8 pulgadas para gaviones y piedra grande de 1 a 1,20 metros de diámetro para enrocado, según especificaciones técnicas—, para el proyecto “Ampliación y mejoramiento del servicio de protección y gestión de riesgos contra inundaciones en 38 km. del cauce del río Huatanay en las provincias de Cusco-Quispichis-Región Cusca”; según relación de ítems, por un valor referencial total de S/. 2.400.000 (dos millones cuatrocientos mil con 00/100 soles), en adelante el procedimiento de selección.

El 2 de agosto de 2017, se llevó a cabo la presentación de ofertas, otorgándose la buena pro del ítem n. ° 1, cuyo valor referencial era de S/. 2.143.750 (dos millones ciento cuarenta y tres mil setecientos cincuenta con 00/100 soles) al consorcio, por el monto de su oferta económica ascendente a S/. 1.370.600 (un millón trescientos setenta mil seiscientos con 00/100 soles).

Mediante Carta n. ° 01-2018-PER IMA GRC, de fecha 26 de enero de 2018, la Entidad adjuntó el Informe Técnico Legal n. ° 037-2018-GRC-PER-IMA GRC/AL/RSC, de fecha 25 de enero de

2018, en el que da cuenta de lo siguiente: «El 9 de agosto de 2017, el ingeniero Juan Víctor Loayza Álvarez, en su condición de director regional de Energía y Minas de la Entidad, remitió a la Dirección Ejecutiva del Instituto de Manejo de Agua y Medio Ambiente, el Informe n. ° 719-2017-GR-CLISCO-GRDE/DREM, de fecha 9 de agosto de 2017, a través del cual comunicó, entre otros aspectos, que la Resolución Directoral n. ° 047-2015-GRC/DREM y el Auto Directoral n. ° 011-2017- DREAM/GRC-CUSCO no existen; además, que los números de los referidos documentos corresponden a otros asuntos».

En el ejercicio de su derecho de defensa, como partes de sus descargos, los integrantes del consorcio señalan que lo indicado por la Entidad, respecto a que los documentos cuestionados no existen, no significa que estos sean falsos o que contengan información inexacta. Consideran, además, que es responsabilidad de la Entidad mantener la custodia y la numeración correlativa de sus documentos.

El tribunal de Contrataciones del Estado señala que los documentos cuestionados, no obstante, tienen la misma numeración de los documentos que obran en los archivos de la Entidad. La información contenida en estos difiere con la información de los documentos que sí emitió la Entidad, sustancialmente en aspectos relacionados a la fecha de emisión, el membrete, la dirección, el número de teléfono y el asunto que trata cada uno de esos documentos. Por ello, el Tribunal de Contrataciones concluye que la Resolución Directoral n. ° 047- 2015-GRC/DREM-CU5CO, de fecha 21 de abril de 2015, y el Auto Directoral n. ° 011-2017-DREAM/GRC-CUSCO, de fecha 13 de marzo de 2017, presentados en la oferta del consorcio, han sido elaborados en su integridad por un tercero, con la finalidad de acreditar un hecho irreal; por lo tanto, son documentos falsos.

Habiendo determinado que el documento es falso, la sala efectuó el análisis si correspondía aplicar la individualización de responsabilidad de acuerdo con la Promesa de Consorcio, según el criterio del Acuerdo de Sala Plena n. ° 005- 2017/TCE, de fecha 25 de agosto de 2017, el cual precisa que se debe determinar de manera específica que el documento falso fue presentado por uno de los integrantes.

Ahora, en la promesa de consorcio, de fecha 01 de agosto de 2017, los integrantes del consorcio establecieron lo siguiente:

1. Obligaciones de Waldimar Víctor Sulca Buleje: 80 %

- 1.1 Material de Cantera
 - 1.2 Maquinaria requerida
 - 1.3 Facturación
 - 2. Obligaciones de Makrocon S.R.L.: 20 %
 - 2.1 Personal requerido
 - 2.2 Pago de personal
 - 2.3 Gastos Logísticos
- Total de Obligaciones: 100 %

El Tribunal de Contrataciones, al analizar la promesa de consorcio, precisa que esta no contiene pactos, relacionados específicamente al aporte de la Resolución Directoral n. ° 2047-2015-GRC/DREM-CUSCO, de fecha 21 de abril de 2015, y del Auto Directoral n. ° 2011-2017-DREAM/GRC-CLISCO, de fecha 13 de y marzo de 2017, que acrediten que determinado integrante fue quien aportó tal documento. Por ello, la promesa de consorcio no evidencia elementos que permitan establecer de manera categórica que solo uno de los integrantes del mismo es responsable por la comisión de la infracción, por lo que el Tribunal concluye que no existen elementos que permitan individualizar la responsabilidad.

Finalmente, el Tribunal de Contrataciones sancionó a la empresa Makrocon S.R.L. y al señor Waldimar Víctor Sulca Buleje con 39 meses de inhabilitación temporal para contratar con el Estado, y dispuso que, una vez que este firmara la resolución administrativa, correspondía remitir las piezas procesales al Ministerio Público para que se investigara el delito de falsificación de documentos.

Comentarios:

En el presente caso, se advierte que los integrantes del consorcio establecieron en la promesa del mismo obligaciones genéricas, las cuales no se encuentran vinculadas a la presentación de los documentos falsos, por lo que no se realizó la individualización, pues según el acuerdo de sala plena se debe precisar de manera específica y certera a quién de los integrantes le correspondía aportar el documento falso. Sin embargo, en este pronunciamiento se puede advertir que las empresas, cuando se han consorciado, le dan poca relevancia a la delimitación de responsabilidad del aporte documentario.

Considerando que la promesa de consorcio es el documento que le permitirá la individualización de la responsabilidad a los integrantes del consorcio, en caso se establezca de manera específica

a quién le corresponde presentar los documentos cuestionados como falsos, no existe una adecuada orientación de parte del OSCE en informar a los administrados acerca de la relevancia de delimitar de manera específica el aporte documentario de cada integrante en la promesa de consorcio, debiendo estar establecido ello en las directivas del consorcio y de las bases estándar.

En la mayoría de los casos, de acuerdo con el análisis jurisprudencial que se ha realizado, las empresas no son específicas en cuanto a la aportación de los documentos, al contemplar obligaciones genéricas con relación a las actividades que cada uno va a realizar, como quién aportará la maquinaria y la carta fianza, contratará al personal y ejecutará el servicio, bien, la obra, los gastos logísticos, etc.

El problema radica en que la directiva del consorcio, así como la directiva de las bases estándar de los procedimientos de selección, en el que se incluye el formato de consorcio, no admiten que en dicho documento puede contemplarse una mayor regulación de los propios integrantes del consorcio para delimitar bien sus obligaciones y precisar mejor el aporte documentario, ya que se considera que los operadores, los administrados y los funcionarios entienden que incluir mayor información a la Promesa de Consorcio podría implicar una virtual descalificación, de manera que tratan de completar la información según el formato estándar.

Es por ello que debería precisarse tanto en la directiva del consorcio como en la directiva de las bases estándar que es en la promesa de consorcio donde se tienen que establecer de manera específica las obligaciones que asumirá cada consorciado. Asimismo, convendría precisar el detalle del aporte documentario de cada integrante al consorcio, para que cada uno asuma la responsabilidad en caso se advierta documentación falsa. Dicho documento es vital para la individualización de la responsabilidad, ya que la sanción de inhabilitación temporal es de 36 a 60 meses, y, en ocasiones, puede ser la inhabilitación definitiva. Con aquella precisión determinada por el OSCE es seguro que las empresas delimitarán mejor sus obligaciones, así como el aporte documentario, sin temor a que el comité de selección pueda no admitir su oferta al haber incluido más información que el formato de consorcio contempla.

1.1.2. Individualización de la responsabilidad solidaria por la promesa de consorcio

Ahora, se procederá a analizar los casos, en los cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado aplicó la individualización de responsabilidades mediante la promesa de consorcio. De los 9 casos en los que se procedió a la individualización respecto a los expedientes administrativos que se

han analizado, correspondiente a los años 2017, 2018 2019, 5 fueron resoluciones en los que se aplicó la individualización mediante la promesa de consorcio, siendo estas las siguientes: Resolución n. ° 858-2019-TCE-S4, de fecha 29 de abril de 2019; Resolución n. ° 1312-2020-TCE-S4, de fecha 2 de julio de 2020; Resolución n. ° 1127-2020-TCE-S4, de fecha 9 de junio de 2020; Resolución n. ° 1035-2020-TCE, de fecha 1 de junio de 2020; Resolución n. ° 2185-2020-TCE-S2, de fecha 8 de Octubre de 2020.

A continuación, se procederá a analizar la siguiente resolución donde se aplicó la individualización de responsabilidades en virtud de la promesa de consorcio:

- **Resolución n. ° 01312 -2020-TCE-S4 de fecha 02 de julio de 2020**

Procedimiento administrativo sancionador iniciado contra las empresas Constructora Mundo S.R.L. y Tenengenh Perú S.A.C, integrantes del Consorcio Saneamiento Pátapo, por su supuesta responsabilidad al haber presentado, como parte de su oferta, documentos presuntamente falsos, adulterados o inexactos, en el marco de la Licitación Pública n. ° 001-2017 MDP/CS, convocado por la Municipalidad Distrital de Pátapo, en adelante La Entidad.

El 26 de junio de 2017, la Entidad convocó la Licitación Pública n. ° 001-2017-MDP/CS, Primera Convocatoria, para la ejecución de la obra “Mejoramiento y Ampliación del Sistema Integral de Agua Potable y Saneamiento en las localidades de Progreso, Progreso Alto, Puente Tulipe y Pozo Tulipe, Distrito de Pátapo – Chiclayo – Lambayeque”, con un valor referencial ascendente a S/. 13.078.094,57 (trece millones setenta y ocho mil noventa y cuatro con 57/100 soles).

El 6 de octubre de 2017, se llevó a cabo el acto de presentación de ofertas, y, el 9 del mismo mes, se otorgó la buena pro al Consorcio Saneamiento Pátapo por el valor referencial. El 10 de enero de 2019, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del consorcio, por su supuesta responsabilidad al haber presentado documentación falsa o adulterada y/o información inexacta a la Entidad, en el marco del procedimiento de selección; infracción que estuviera tipificada en los literales j) e i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, consistente en los siguientes documentos:

a) Presunta documentación falsa o adulterada y/o información inexacta:

- i. Certificado del 12 de febrero de 1994, emitido por el señor Mervyn D. Watkins, jefe de proyecto de la empresa Binnie Partners, a favor del señor Alberto Núñez Flores, al haberse

desempeñado como especialista en Perforación y Geofísica en los proyectos “Perforación 51 Pozos en la Gran Lima” y “Perforación 12 Pozos Adyacentes a Pozos de Bajo Rendimiento y/o abandonados de la Gran Lima”, del 1 de febrero de 1989 al 31 de diciembre de 1993.

- ii. Certificado del 15 de diciembre de 2000, emitido por el señor Alfonso Velásquez Savatti, director gerente de la empresa Hidroconsul S.R.LTDA., a favor del señor Alberto Núñez Flores, al haberse desempeñado como supervisor de la “Perforación de 15 pozos y las pruebas hidrodinámicas para el abastecimiento de agua para PETRO PERÚ S.A.”, del 15 de agosto de 1999 al 25 de febrero de 2000.

b) Supuesta información inexacta contenida en:

- i. Anexo n. ° 11 - Carta de Compromiso del Personal Clave del 28 de setiembre de 2017, suscrito por el señor Félix Alberto Núñez Flores.

Durante el procedimiento sancionador, la empresa Constructora Mundo S.R.L. solicitó que se individualice la responsabilidad administrativa respecto de su consorciada, la empresa Tenengenh Perú S.A.C., en mérito a la Promesa Formal de Consorcio.

Cabe indicar que el Tribunal de Contrataciones del Estado, dentro del procedimiento sancionador, señaló que, respecto al certificado del 12 de febrero de 1994, no se acreditó su falsedad; sin embargo, respecto al certificado del 15 de diciembre de 2000, se determinó que era falso en virtud del desconocimiento del ente emisor del certificado cuestionado, atendiendo a dicha declaración y no existiendo en el expediente ningún elemento probatorio que lo desvirtúe. Concluyó que el certificado de trabajo, otorgado a favor del señor Alberto Núñez Flores, era un documento falso.

Asimismo, la sala concluyó que el Anexo n. ° 11, Carta de Compromiso del Personal Clave, del 28 de setiembre de 2017, contenía información ajena a la realidad, en tanto se declaró una experiencia que no contaba el profesional propuesto, habiéndose configurado también información inexacta en la comisión de infracción.

La sala, a fin de evaluar la individualización de responsabilidades, verificó la Promesa Formal de Consorcio, del 27 de setiembre de 2017 (certificada notarialmente el 5 de octubre de 2017), presentada como parte de la oferta en el procedimiento de selección, según lo exigía el literal A.1) del numeral 3.1. Requisitos de Calificación del Capítulo III de las Bases Integradas, en el cual se había consignado la siguiente información:

ANEXO N° 7 PROMESA DE CONSORCIO (...)

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

1. OBLIGACIONES DE CONSTRUCTORA MUNDO S.R.L. 94 %

1.1. Ejecución de obra

1.2. Responsable del aporte y de la autenticidad o veracidad de la documentación para acreditar la experiencia del Consorcio en Obras Generales y Similares.

2. OBLIGACIONES DE TENENGENH PERU S.A.C. 6 %

2.1. Ejecución de obra

2.2. Responsable de las siguientes obligaciones complementarlas:

2.2.1. Responsable de la elaboración y autenticidad o veracidad (falsedad) de la documentación del Plantel Profesional Clave contenidos en la oferta.

2.2.2. Responsable de que la documentación sustentatoria del Plantel Profesional Clave sea congruente con la realidad (Inexactitud).

2.2.3. Responsable de la gestión y obtención de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento para el perfeccionamiento del contrato.

2.2.4. Responsable de presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente infundados al pliego de Absolución de Consultas y Observaciones.

2.2.5. Incumplir la prohibición expresa de que el Residente de obra, a tiempo completo, preste servicios en más de una obra a la vez.

2.2.6. Subcontratar prestaciones sin autorización de la Entidad, en porcentaje mayor al permitido por el Reglamento o cuando al subcontratista no cuente con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP), y este impedido o inhabilitado para contratar con el Estado.

TOTAL DE OBLIGACIONES: 100 %

La sala, luego de evaluar la literalidad en las que se había delimitado las obligaciones de cada consorciado, precisa que la empresa Tenengenh Perú S.A.C., integrante del consorcio, se comprometió a presentar, elaborar y verificar la autenticidad de la documentación correspondiente al personal clave, apreciándose de la literalidad de la promesa de consorcio, y que la referida empresa era responsable de la “elaboración y autenticidad o veracidad (falsedad) de la documentación del Plantel Profesional Clave contenidos en la oferta y de que la documentación sustentatoria del Plantel Profesional Clave sea congruente con la realidad (inexactitud)”. Por consiguiente, el Tribunal precisó que corresponde individualizar la

responsabilidad por la comisión de las infracciones detalladas en la empresa Tenengenh Perú S.A.C.

Por las consideraciones antes expuestas, el colegiado sanciona a la empresa Tenengenh Perú S.A.C. por un periodo de 37 meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, aplicando la individualización de la responsabilidad para esta empresa.

Comentarios:

Cabe indicar que, en el presente caso, se aplicó la individualización de responsabilidad al haberse contemplado las obligaciones en la promesa de consorcio de manera detallada, siendo la empresa Tenengenh Perú S.A.C la única responsable en la aportación de documentos relacionados al profesional clave, conforme a lo exigido en el Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE, que requiere que se detalle, de manera específica, quién de los integrantes aportó el documento falso para aplicar la individualización.

Dicha situación no se repite en los casos antes estudiados, pues la mayoría de los consorcios contemplan sus obligaciones muy genéricas, y casi no se preocupan en detallar los documentos que va a aportar cada integrante, tal como sucede en el presente caso. Es por ello que, en la directiva de consorcio, se debe tener en cuenta que, en la promesa de consorcio, no solo se contemplen obligaciones genéricas de las actividades que van a desarrollar en el negocio, sino además precisar que se debe detallar, de manera específica, quiénes de los integrantes aportarán determinada documentación. De no hacerlo, prácticamente los integrantes del consorcio terminarán siendo sancionados, convirtiéndose la promesa de consorcio en un elemento probatorio de mucha trascendencia para salvar responsabilidades, por lo que se debería orientar mejor a los administrados para que delimiten mejor sus obligaciones.

Asimismo, la directiva de las bases estándar debe apreciar mejor que, en el formato de consorcio, se pueden contemplar de manera más detallada las obligaciones, así como los aportes documentarios de cada integrante, situación que no implicaría una posible descalificación por el comité de selección u órgano encargado de contrataciones, dado que los funcionarios y servidores que conducen el procedimiento de selección tienden a ser muy reacios en cuanto a la modificación de los formatos. Además, si se modifica por exceso a causa de dicha razón, podría no admitirse una oferta.

1.2. Individualización según el contrato del consorcio

Del análisis de los expedientes sancionadores, se han encontrado cuatro pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones del Estado, en los que se ha aplicado la individualización del consorcio bajo el criterio del contrato de consorcio, siendo estas las siguientes resoluciones: Resolución n. ° 0489-2020-TCE-S2, de fecha 7 de febrero de 2020; Resolución n. ° 2419-2020-TCE-S4, de fecha 26 de agosto de 2019; Resolución n. ° 1440-2019-TCE-S4, de fecha 3 de junio de 2019, y Resolución n. ° 0489-2020-TCE-S2, de fecha 7 de febrero de 2020.

A continuación, se procederá a analizar una de las resoluciones antes mencionadas, donde se aplicó la individualización de responsabilidades en virtud del contrato de consorcio:

- **Resolución n. ° 1440-2019-TCE-S4 de fecha 3 de junio de 2019**

Procedimiento administrativo sancionador iniciado contra la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C y Miguel Ángel Sarmiento Junes, integrantes del consorcio Dolmen, por supuesta responsabilidad al haber presentado, como parte de su oferta, documentos presuntamente falsos, adulterados o inexactos, en el marco de la Adjudicación Simplificada n. ° 020.2018.CORPAC S.A. - Primera Convocatoria, para la contratación de un consultor que brinde el servicio de elaboración de expediente técnico de obra “Parchado, Sellado y Señalización Horizontal del Área de Movimiento de Aeronaves del Aeropuerto de Jaén”, convocado por Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. - CORPAC S.A., en adelante la Entidad.

El 10 de julio de 2018, se llevó a cabo la presentación de ofertas, y el 13 de ese mismo mes, se otorgó la buena pro al consorcio Dolmen. El 7 de agosto de 2018, suscribieron el Contrato n. ° G.L.037.2018, por el monto contractual ascendente a la suma de S/. 130.000 (ciento treinta mil con 00/100 soles) con la Entidad.

Con decreto del 9 de enero de 2019, se dispuso el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del consorcio por su presunta responsabilidad en haber presentado documentación falsa o inexacta en su oferta, infracciones tipificadas en el literal i) y j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo el documento cuestionado el diploma del 8 de abril 2013, supuestamente otorgado por la Cámara Minera del Perú y Mining Society of South Africa, a favor del señor Rafael Díaz Ríos, por haber aprobado

el diplomado virtual de Geomecánica Superficial, con una duración de 200 horas y culminado el 17 de febrero de 2013.

Cabe indicar que el documento en cuestión fue acreditado como falso, mediante Carta n. ° GCAF.3.548.2018.0, del 21 de agosto de 2018, a través de una fiscalización posterior realizada por el Área de Contratos de la Entidad, quien solicitó a la Cámara Minera del Perú que se pronuncie sobre la veracidad de dicho documento, obteniendo como respuesta el Oficio n. ° 2 103-2018-CAMIPER/OAC, del 23 de agosto de 2018 y emitido por la referida institución, que señala lo siguiente:

Sobre la solicitud formulada, precisamos que el documento denominado “Diploma” no corresponde a las certificaciones que emite CAMIPER, es decir nuestras certificaciones no tienen la denominación de “Diplomado Virtual”; asimismo, nuestros diplomados tienen una duración académica de 120 horas y no de 200 como se precisa en dicho documento. Cabe precisar, que la información que les brindamos se sustenta en nuestras bases de datos, a través de las cuales podemos concluir que la referida persona no pertenece ni perteneció a ningún programa de extensión académica de CAMPIER.

El 14 de febrero de 2019, ante el Tribunal, el señor Miguel Ángel Sarmiento sentó sus descargos manifestando lo siguiente:

- a) Solicita se individualice la responsabilidad, ya que no aportó el documento cuestionado ni tuvo conocimiento de su falsedad o inexactitud, tal como se desprende del contrato de consorcio que cuenta con firmas legalizadas ante notario con fecha del 19 de julio de 2018.
- b) Refiere que, de las obligaciones asumidas en el contrato de consorcio, precisamente en su cláusula novena, se aprecia que correspondía a la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C. la elaboración de la oferta y el aporte del personal clave profesional y técnico.
- c) Sustenta su pedido en el artículo 220 del Reglamento, el Acuerdo n. ° 005- 2017, y los principios de causalidad y culpabilidad. En mérito a lo expuesto, solicita se declare no lugar a la imposición de sanción administrativa contra su representada.

Mediante escrito presentado el 14 de febrero de 2019 ante el Tribunal, la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C. presentó sus descargos señalando lo siguiente:

- d) Alega que, si bien le correspondía a su representada la obligación de elaborar la oferta técnica, como el aporte del personal clave en el procedimiento de selección, el ingeniero Alberto Rafael Díaz Ríos, beneficiario del diploma, fue quien les proporcionó dicho documento, así como otras constancias y títulos, vía correo electrónico que adjunta a sus descargos.
- e) Manifiesta que “resolvió” los servicios profesionales del señor Alberto Rafael Díaz Ríos, y que lo ha denunciado por los hechos ocurridos en el procedimiento de selección.
- f) Asume la responsabilidad por la falta de diligencia en la verificación del documento cuestionado, solicitando al Tribunal que sea valorada dicha acción en virtud del principio de razonabilidad y proporcionalidad, dado que su representada no ha tenido intención en la comisión de la infracción.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, luego de valorar los medios probatorios y los descargos, determinó que se habría configurado la presentación del documento falso, dado que la Cámara Minera del Perú, quien figura como supuesta emisora del documento en cuestión, ha manifestado clara y expresamente que el diploma del 8 de abril 2013, que se habría emitido a favor del señor Alberto Rafael Díaz Ríos por haber aprobado el diplomado virtual de Geomecánica Superficial, no corresponde a las certificaciones que emite su representada. Asimismo, agregó que los diplomados que emite tienen una duración de 120 horas, mas no de 200, como se indicó. Asimismo, la Cámara Minera del Perú ha señalado, en forma clara, que quien figura como beneficiario del diploma del 8 de abril 2013, el señor Alberto Rafael Díaz Ríos, no pertenece ni perteneció a ningún programa de extensión académica de su representada.

Habiendo el Tribunal de Contrataciones del Estado determinado que se está ante un supuesto de presentación falsa e inexacta, procedió a analizar si correspondía realizar la individualización de responsabilidades. Es así que analizó si correspondía hacerlo a través de la promesa de consorcio, del 7 de julio de 2018 y certificado por notario público, en la cual se pueden advertir las siguientes obligaciones:

(...) en caso de obtener la buena pro, nos comprometemos a formalizar el contrato de consorcio, de conformidad con lo establecido por el artículo 118 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, bajo las siguientes condiciones:

(...)

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

OBLIGACIONES DE DOLMEN CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C.: 50 %

Ejecución de servicio de consultoría de elaboración de expediente técnico.

Aporte experiencia y responsable de la autenticidad de la documentación referida a la experiencia de su representada.

OBLIGACIONES DE SARMIENTO JUNES MIGUEL ANGEL 50 %

Ejecución de servicio de consultoría de elaboración de expediente técnico.

Aporte experiencia y responsable de la autenticidad de la documentación referida a la experiencia de su representada.

TOTAL DE OBLIGACIONES: 100 %

Del análisis indicado con anterioridad, según el Tribunal de Contrataciones del Estado, y de la promesa de consorcio, se puede advertir que tanto la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C. como el señor Miguel Ángel Sarmiento Junes se obligaron a aportar su experiencia y a verificar la autenticidad de los documentos que presentaron respecto a su experiencia.

Asimismo, aunado a ello, el Tribunal de Contrataciones del Estado procedió a analizar el contrato consorcio, de fecha 19 de julio de 2018 y certificado ante notario público, el cual se precisa las siguientes obligaciones:

CLAUSULA OCTAVA: DE LA PARTICIPACIÓN Y LAS OBLIGACIONES

La participación y obligaciones de los miembros del CONSORCIO DOLMEN durante la ejecución contractual del servicio de consultoría de obra y concordante con la promesa de consorcio suscrita notarialmente el 09 de julio del 2018, se da en las siguientes proporciones:

OBLIGACIONES DE: DOLMEN CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C.: 50 %

Ejecución del Servicio de Consultoría de Elaboración de Expediente Técnico.

Aporta experiencia y es responsable de la autenticidad de la documentación referida a la experiencia de su representada.

OBLIGACIONES DE SARMIENTO JUNES MIGUEL ANGEL 50 %

Ejecución de servicio de consultoría de elaboración de expediente técnico.

Aporta experiencia y responsable de la autenticidad de la documentación referido a la experiencia de su representada.

TOTAL DE OBLIGACIONES: 100 % (...)

CLAUSULA NOVENA.- DEL PERSONAL PROFESIONAL Y TECNICO Los consorciados acordaron y lo ratifican en el presente contrato de consorcio que, tanto para la elaboración de la oferta técnica como para la ejecución del servicio de consultoría de obra, el aporte del personal clave (profesionales y técnicos) estará a cargo de la empresa DOLMEN CONSTRUCTORA Y CONSULTORA S.A.C.

La sala, al haber revisado la delimitación de responsabilidades en el contrato de consorcio, determina que, según lo citado, los consorciados acordaron que sería la empresa Dolmen Constructora y Consultora quien aporte el personal clave (profesionales y técnicos). Por consiguiente, a consideración del colegiado, la falta de veracidad del documento en cuestión no puede ser imputada al señor Miguel Ángel Sarmiento Junes; ello según las obligaciones pactadas por los integrantes del consorcio en la promesa formal de consorcio y en el contrato de consorcio antes analizados.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en virtud de lo antes expuesto, sanciona a la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C. por un período de 36 meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procedimientos de selección, siendo absuelta su consorciada.

Comentarios:

La sala, para aplicar el criterio de individualización de responsabilidades, toma en cuenta las obligaciones estipuladas en la promesa de consorcio, certificado por notario público y de fecha 7 de julio de 2018, y el contrato de consorcio, de fecha 19 de julio de 2018. Sin embargo, respecto a las obligaciones contempladas en la promesa de consorcio, no podría aplicarse la individualización, dado que, de las obligaciones detalladas en ella, se advierten que ambos integrantes del consorcio asumirán la responsabilidad en caso presentaran documentos falsos, respecto a los contratos de experiencia que presenten en la oferta individualmente.

En cambio, en el contrato de consorcio, si bien es cierto se contemplan las mismas obligaciones que en la promesa de consorcio, se agrega una nueva obligación no pactada inicialmente, la cual

sostiene que la empresa Dolmen Constructora y Consultora S.A.C. asumiría la responsabilidad en caso se presenten documentos falsos referente al profesional clave propuesto.

Ahora, se debe tener en cuenta lo estipulado en el literal c) del numeral 2) del artículo 258 del Reglamento de Contrataciones del Estado, el cual establece que «este criterio es de aplicación siempre que dicho documento sea veraz, no modifique las obligaciones estipuladas en la promesa de consorcio y su literalidad permita identificar indubitablemente al responsable de la comisión de la infracción».

En el presente caso, al haber sido modificada la promesa de consorcio, agregándosele una estipulación no contemplada inicialmente, de acuerdo con lo estrictamente estipulado en la norma antes glosada, la sala no debió valorar dicho medio probatorio ni sancionar a ambas empresas.

Ahora bien, como se ha mencionado anteriormente, el regular taxativamente cuáles son los medios probatorios y los requisitos que debe cumplir el administrado, para que se aplique el criterio de la individualización de responsabilidades, representa una clara afectación al derecho de defensa y al principio de la verdad material, pues finalmente se ve vulnerado su derecho a probar. Ello complica la tarea de valorar los medios probatorios al Tribunal de Contrataciones del Estado, dado que no solo importa la acreditación de los hechos de los medios probatorios, sino además qué formalidades debe tener para ser valorado, siendo ello una de las razones de por qué se presentan pronunciamientos contradictorios por una misma sala.

En ese sentido, debería, entonces, contemplarse una mayor libertad probatoria, no siendo limitada por disposiciones normativas, como sucede actualmente según lo contemplado en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

1.3. Individualización según la naturaleza de la infracción

Del análisis de los expedientes del procedimiento administrativo sancionador que ha sido objeto de estudio, no se ha encontrado ningún supuesto de individualización de responsabilidad por presentación de documentos falsos mediante el criterio de la naturaleza de la infracción. Ello se debe a que, en el literal a) del numeral 2) del artículo 258 del Reglamento de Contrataciones del Estado, se dispone lo siguiente: «Este criterio solo puede invocarse ante el incumplimiento de una obligación de carácter personal por cada uno de los integrantes del consorcio, en el caso de las infracciones previstas en los literales c), i) y k) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley».

En buena cuenta, la naturaleza de la infracción es un criterio que puede invocarse solo cuando se está ante supuestos en los que se ha cometido la comisión de infracción concerniente a contratar con el Estado, estando impedido, conforme a ley, de presentar información inexacta ante la Entidad, el Tribunal de Contrataciones del Estado, el Registro Nacional de Proveedores, el OSCE y la central de Compras Públicas- Perú Compras, así como suscribir contratos o acuerdos marcos sin contar con RNP. En ese sentido, no aplica para los supuestos de presentación de documentación falsa o adulterada, por lo que los medios probatorios, que servirán para acreditar la individualización de la responsabilidad del consorcio, se encuentran aún más restringidos.

Ahora, no se entiende por qué el legislador sí considera aplicar el criterio de individualización de responsabilidad mediante la naturaleza de la infracción cuando se presente información inexacta y no por presentar documentación falsa, si ambas infracciones contravienen el principio de presunción de veracidad. En buena cuenta, lo que se busca es que, si se va a sancionar a los integrantes del consorcio, debe ser siempre teniendo en cuenta el principio de verdad material, es decir, que el Tribunal sancione a quien realmente ha cometido la infracción, situación que se ve restringida, pues los administrados no podrían invocar este criterio para la individualización en caso se haya presentado un documento falso. Es así que se está ante un caso donde una obligación personalísima de un integrante del consorcio, como por ejemplo la presentación de una licencia de funcionamiento falsa, o una constancia de capacidad de libre contratación como ejecutor de obras, la cual compete exclusivamente el trámite a cada integrante. Si estos documentos fueran falsos y se encontraran en la oferta del consorcio, no se podría alegar el criterio de naturaleza de infracción para que se individualice la responsabilidad.

1.4. Individualización según el contrato suscrito con la entidad

Según el análisis realizado, no se ha advertido ningún supuesto de individualización de la responsabilidad del consorcio por presentación de documentación falsa, en virtud del criterio del contrato administrativo. Se considera que no suele aplicarse este criterio para el presente caso, en la medida que es un contrato estándar que regula la relación jurídica entre el contratista y la entidad, en el que se estipula las obligaciones de ambas partes y no se precisa, dentro de las cláusulas, el aporte documentario por cada integrante del consorcio, que permite, en cierta manera, efectuar la individualización en caso se haya presentado documentación falsa.

1.5. Individualización según el criterio de cualquier medio probatorio de fecha y origen cierto

Del grupo de expedientes que han sido objeto de estudio, no se ha encontrado ningún caso en el que se haya aplicado la individualización de responsabilidades con ocasión del documento de fecha y origen cierto.

Cabe indicar que este criterio de individualización ha sido derogado mediante Decreto Legislativo n. ° 1444 y D.S n. ° 344-2018-EF, el cual entró en vigencia el 30 de enero de 2019, por lo que dicho criterio, desde esa fecha, no puede ser invocado como un criterio de individualización en caso la comisión de infracción se haya dado con posterioridad a su vigencia, recortándose aún más la libertad probatoria de los administrados que, de contar con dicha prueba no será valorado por el Tribunal de Contrataciones del Estado así lo invoquen.

2. Opinión de exvocales del Tribunal de Contrataciones del Estado

Según el análisis realizado, se considera oportuno efectuar consultas a exvocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, en particular aquellos que formaron parte de este colegiado durante el periodo 2017-2019.

El periodo 2017-2019 resultó ser importante a efectos de poder conocer cómo el colegiado resolvió las controversias surgidas a partir de denuncias a proveedores asociados bajo el esquema de consorcios, por el supuesto de infracción por presentación de documentación falsa durante la etapa del procedimiento de selección y ejecución del contrato, una de las denuncias más recurrentes en materia de contrataciones. Cabe precisar que fue en esta etapa donde se efectuaron modificaciones normativas para la determinación de responsabilidad solidaria en los consorcios, mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341 (2017), el Decreto Legislativo n. ° 1444 (2019) y por parte del Tribunal, que formuló su propuesta basándose en el Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE (2017), referida a la individualización de responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta.

En ese contexto, se invitó a participar a los siguientes exvocales del Tribunal de Contrataciones del Estado: José Antonio Corrales Gonzales, designado mediante Resolución Suprema n. ° 015-2015-EF; Mariela Sifuentes Huamán, designada mediante Resolución Suprema n. ° 015-2015-

EF, y Peter Palomino Figueroa, designado mediante Resolución Suprema n. ° 048-2015-EF, ilustres especialistas que, mediante sus comentarios, contribuyeron significativamente en la elaboración de este trabajo investigación.

Las consultas formuladas fueron enfocadas principalmente en conocer la opinión sobre dos hechos relevantes:

- a) el criterio de responsabilidad solidaria establecido en la Ley 30225, aplicado a los integrantes de los consorcios que participan en los procesos y las etapas de contratación pública, y
- b) el criterio jurisprudencial asumido por los miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado para aplicar sanción e individualizar la responsabilidad a los integrantes de los consorcios.

2.1. Opinión de José Antonio Corrales Gonzales

- Entrevista realizada el 08-12-2020 a través del aplicativo Zoom

En su opinión, Corrales refiere que el marco regulatorio actual y la regla que determina la responsabilidad solidaria no son perfectos; en efecto, se generan situaciones de desigualdad para algunos proveedores. Sin embargo, el sistema actual brinda la oportunidad a los integrantes que participan en consorcios de que puedan individualizar la responsabilidad a partir de los documentos señalados en el numeral 13.2 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones (promesa formal de consorcio, contrato de consorcio, contrato suscrito con la entidad).

En ese contexto, Corrales señala que, pese a las decisiones injustas que ocurren en la práctica, lo que el sistema quiere evitar es que se abra la posibilidad de que los proveedores empleen mecanismos oportunistas para eximirse de responsabilidad mediante el uso de malas prácticas.

En consecuencia, sostiene que se debe poner énfasis en educar al mercado (mercado entrenado), entendiendo que no todos los proveedores, según su condición, conocen las reglas del juego (norma, directivas, lineamientos, etc.) al momento de participar en contrataciones públicas mediante la participación de los consorcios. En ese escenario, la educación del mercado radica en que todos los operadores (proveedores y entidades públicas) tengan pleno conocimiento de que, siendo explícitos, al más mínimo detalle, en la promesa de consorcio o el contrato de consorcio, se puede definir, de manera clara y precisa, su porcentaje de participación, obligaciones y aporte documentario. Como consecuencia, se eximen de responsabilidad cuando el Tribunal evalué la

presunta infracción e individualización de responsabilidades, asumiendo los agentes infractores las consecuencias derivadas de su participación.

2.2. Opinión de Mariela Nereida Sifuentes Huamán

- Entrevista realizada el 20-12-2020 a través del aplicativo Zoom

Por su parte, Sifuentes señala que la estadística ha demostrado que el número de infracciones cometidas, por parte de los proveedores por la presentación de documentación falsa, es elevado. Ello permite concluir que la sanción de inhabilitación para participar en los procesos de contratación pública, por un periodo de hasta 36 meses, no es disuasiva, y, por ende, no desincentiva a los proveedores a recurrir a estas malas prácticas.

En su experiencia, Sifuentes refiere que, cuando los proveedores tienen la intención de contratar con el Estado y participar en procedimientos de contratación, por lo general, recurren a los servicios de terceros, es decir, tramitadores que elaboran los expedientes de contratación, pero que, en la práctica, no cuentan con la experiencia y especialidad necesaria. No obstante, con la finalidad de que el proveedor acredite los requisitos del procedimiento convocado, incurren en malas prácticas, como la presentación de documentación adulterada.

Otro de los motivos que considera la exvocal, mediante el cual se sanciona a las empresas consorciadas por la presentación de documentación falsa, es el desconocimiento, por parte de alguno de los proveedores participantes de los instrumentos normativos que regulan la participación en consorcio y la individualización de responsabilidad mediante los medios probatorios, que señala el numeral 13.2 del artículo 3 de la Ley de Contrataciones (promesa formal de consorcio, contrato de consorcio, contrato suscrito con la entidad). En este escenario, Sifuentes refiere que es fácil identificar a aquellos proveedores que actúan con diligencia debido al nivel de conocimiento que tienen de la normativa, por lo que, difícilmente, resulten ser sancionados por la presentación de documentación falsa.

Respecto al criterio de individualización por la presentación de documentos de fecha cierta, establecido en la modificación del Ley 30225, mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341, Sifuentes señala que este medio probatorio fue difícil de aplicar por parte de los miembros del Tribunal, puesto que los denunciantes falsificaban los documentos de fecha cierta que presentaban como medio probatorio, con la intención de ser eximidos de responsabilidad administrativa.

Como consecuencia de ello, se eliminó este medio probatorio con la modificación de la norma mediante el Decreto Legislativo n. ° 1444.

2.3. Opinión de Peter Palomino Figueroa

- Entrevista realizada el 22-12-2020 a través del aplicativo Zoom

Ante la consulta acerca de si los supuestos de individualización de responsabilidad de los consorcios afectarían el debido procedimiento y el derecho a probar mediante otros medios probatorios que no sean los contemplados en la ley, como es la promesa de consorcio, naturaleza de la infracción, contrato de consorcio y contrato administrativo, el exvocal del Tribunal de Contrataciones del Estado tiene una opinión favorable. Palomino sostiene que la individualización de responsabilidad solidaria debería realizarse mediante diferentes medios probatorios, y no únicamente a través de aquellas pruebas permitidas como regla según lo previsto en la norma. En su opinión, se debe sancionar a quien cometió la falta en la presentación de documentación falsa, y no a todos los integrantes.

3. Sobre el diseño regulatorio previsto en la norma de contrataciones sobre la participación e individualización de responsabilidad de los consorcios

En el ámbito de las contrataciones públicas, la norma ha sido clara en manifestar su intención de fortalecer el régimen competitivo, teniendo como premisa que quien participe en el mercado deberá competir de manera eficiente y, por ende, contratar con el Estado. Conforme a ello, las herramientas dadas por el marco legal permiten que las empresas privadas puedan asociarse, teniendo la figura del consorcio, como herramienta para la persecución de un fin común con finalidad pública, que el Estado deberá garantizar que se emplee, dentro del marco de legalidad, al momento de proveer bienes, servicios u obras.

El *iter* regulatorio previsto en la norma de contrataciones, en particular, la responsabilidad solidaria de los consorcios por presentación de documentación falsa, conlleva a determinar que, para el legislador, dicha conducta infractora es una falta muy grave que amerita una sanción del mismo nivel.

Esta estrategia regulatoria definida por el Estado demuestra que hay un nivel alto de exigibilidad de cumplimiento por parte del regulador y sus agentes, un claro modelo disuasivo cuya intención

es la no realización de futuras infracciones; no obstante, hay que tener presente que un nivel de exigibilidad puede generar efectos indeseables (desempleo, cierre de empresas, recesión, entre otros). En dicho contexto, no todas las medidas de persuasión o disuasión tienen el mismo efecto sobre los administrados, y la regulación adoptada dependerá de diversos motivos para que se vuelva efectiva, por ejemplo, en atención a criterios de motivación económica, sociales o del sentido de cumplimiento, es decir, la motivación de los agentes para cumplir con las normas y encontrarse a derecho (Nielsen y Parker, 2009 citados en Bonifaz y Montes, 2015).

La regulación establecida con respecto a la responsabilidad solidaria de los consorcios por presentación de documentación falsa es una exigibilidad disuasiva que, conforme a lo señalado por Alza (2008), trata seriamente las infracciones, considerándolas como conductas impropias e inaceptables; reforzando, por ello, la valoración social de desaprobación, lo que genera mayor presión para el cumplimiento.

Al momento de evaluar la regulación actual, y la finalidad que persigue estableciendo el criterio de responsabilidad solidaria a partir de lo analizado en los párrafos previos, se concluye que, pese a que el nivel de exigibilidad disuasiva es alto al momento de establecer la responsabilidad solidaria administrativa a las empresas consorciadas e imponer sanción, el número de procedimientos sancionadores iniciados e infracciones cometidas no ha “disuadido” al agente de evitar que se incurran en estas actividades, sin perjuicio de que, en su oportunidad, se hicieran modificaciones legislativas mediante el Decreto Legislativo n. ° 1341, el Decreto Legislativo n. ° 1444, así como también el criterio establecido por el Tribunal de Contrataciones del Estado, a través el Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE.

Esto implicaría que concurre en falla regulatoria en la aplicación de la presunción de responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción por presentación de documentación falsa; en concreto, una falla por ineficacia que, según Ochoa (2018), consiste en aquella intervención regulatoria, a través de la cual, se plantea un objetivo, pero que, una vez puesta en marcha su implementación, no se consigue o puede generar efectos contraproducentes. A ello, también, aplicaría el concepto del escalamiento, que el citado autor refiere para aquellas situaciones en las que se pretende disminuir el riesgo de una actividad con una regulación, como la indicada, mediante el marco normativo de contrataciones públicas, pero que aumenta el nivel de riesgo por efecto de la nueva medida al implementarse.

Bajo este escenario, se destaca que, para mejorar el esquema regulatorio planteado por el Estado sobre responsabilidad solidaria del consorcio en la comisión de la infracción por presentación de documentación falsa, se necesitará de una estrategia combinada, siguiendo, en todo caso, la pauta a la que hacen mención Bonifaz y Montes (2015):

... debe ser un objetivo de las instituciones públicas el promover en los agentes una cultura de cumplimiento y la búsqueda del bienestar común. Ello implica que los esfuerzos y recursos de las entidades deben concentrarse inicialmente en estrategias de persuasión: como difusión, prevención, educación y autorregulación en todos los agentes del mercado. Sin embargo, en caso de que la acción preventiva o de persuasión no genere en el administrado el efecto deseado y como consecuencia se evidencie un incumplimiento, es importante la implementación de estrategias combinadas, en el que coexistan las acciones de prevención con aquellas de disuasión o castigos, que refuerza la idea que toda infracción comprobada acarreará una consecuencia. La finalidad de la implementación de las diversas estrategias es lograr en los agentes el cumplimiento de las reglas de juego; pero el objetivo de las estrategias de persuasión sobre los agentes debe generar un cumplimiento voluntario, ex ante la ocurrencia de una conducta infractora; entonces, el objetivo de las estrategias de disuasión buscará enviar una señal al mercado, ex post la ocurrencia de la conducta infractora, y concientizar en los agentes del mercado que los incumplimientos tienen consecuencias, y para ellos los castigos deben causar un efecto suficiente de modo que, de manera directa, el infractor no quiera volver a cometer la infracción; y de manera indirecta, el mercado tenga la señal que las instituciones serán severas con los infractores... (pág. 4)

4. Modificación del marco regulatorio

4.1. La aplicación del criterio de responsabilidad solidaria en la comisión de infracciones de los consorcios deberá ser a través de multas

Cabe indicar que, en derecho comparado, se sostiene que la pretensión de establecer la responsabilidad solidaria, en realidad, constituye un intento de establecer un sistema de responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas (García de Enterría & Ramón Fernández, 2011). Por lo tanto, no se están evaluando los elementos de la culpabilidad, como el

dolo o la culpa para aplicar la sanción, sino se imputa la comisión de las infracciones a todos los integrantes del consorcio, lo cual resulta irrazonable y desproporcionado cuando la sanción restringe derechos, como la inhabilitación temporal o definitiva por presentar documentos falsos.

Tal como lo establece la doctrina comparada, cuando la responsabilidad es objetiva, se aplica la sanción económica, y no sanciones que restrinjan derechos (Ramírez Torrado, 2008). Sin embargo, el numeral 3) del artículo 13 de la Ley 30225, modificado por el D.L 13444, establece lo siguiente:

Las infracciones cometidas por un consorcio, durante el procedimiento de selección y la ejecución del contrato, imputan a todos sus integrantes de manera solidaria, salvo que, por la naturaleza de la infracción, la promesa formal, el contrato de consorcio o el contrato suscrito con la Entidad, pueda individualizarse la responsabilidad, conforme el criterio que establece el reglamento. En este caso, se aplica la sanción únicamente al consorciado que cometió la infracción.

Se debe agregar, además, que la infracción por presentar documentos falsos, regulado en el literal j) del numeral 1) del artículo 50, se sanciona, según el literal b) y c) del numeral 4) del artículo 50, con inhabilitación temporal no menor de 36 ni mayor a 60 meses, así como inhabilitación definitiva en caso de reincidencia para contratar con el Estado.

De acuerdo con la normativa antes indicada, cuando un consorcio comete la infracción por presentar documentos falsos, se presume la solidaridad de la comisión de sus integrantes en caso no se individualice, sancionándolos con la inhabilitación temporal o definitiva de corresponder. Dicha disposición no se ajusta a lo establecido en la doctrina comparada, dado que son sanciones rescisorias que restringen derechos, correspondiendo aplicar una sanción económica, como una multa; de lo contrario, la sanción resultaría ser desproporcionada, vulnerando los principios de causalidad, culpabilidad, licitud y de verdad material. Por lo tanto, el Tribunal de Contrataciones del Estado para sancionar solo se limita a verificar si existe o no un documento falso presentado a fin de sancionar a todos los integrantes del consorcio en caso no acreditaron la individualización, no buscando sancionar realmente a quien presentó el mencionado documento falso.

Es por ello que podría modificarse la sanción de inhabilitación temporal o definitiva por presentar documentos falsos por el de una multa, si se mantiene el criterio de la responsabilidad solidaria del consorcio, tal como se encuentra regulado en el literal a) del numeral 4) del artículo 50 de La

Ley de Contrataciones del Estado. Este establece como sanción que el infractor debe pagar a favor del OSCE un monto económico no menor del 5 % ni mayor del 15 % de la oferta o del contrato; caso de no poder determinarse el monto, se impondrá una multa que va entre 5 y 15 UIT. Además, se establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento y de contratar con el Estado por un plazo no menor de tres meses ni mayor a dieciocho.

4.2. La libertad probatoria para probar la individualización de la responsabilidad de los integrantes del consorcio

De acuerdo a la revisión de la jurisprudencia del Tribunal de Contrataciones del Estado, se ha podido advertir que no solo la imputación de presunción de la responsabilidad solidaria a los integrantes del consorcio es bastante desproporcionada, cuando no se pactó de manera detallada la individualización del consorcio, causando que todos los integrantes sean sancionados con la inhabilitación temporal o definitiva; sino también la libertad probatoria para los administrados, la cual se encuentra restringida en la medida que los medios probatorios para individualizar la responsabilidad están establecidos por norma, además de las formalidades que debe tener cada medio probatorio para que sean valorados.

El derecho a probar implica que la decisión que se emita por la autoridad tiene que ser sobre la base de la probanza actuada y no respecto a la existencia de pruebas tasadas (Morón Urbina, 2014).

En el numeral 1) y 2) del artículo 258 del Reglamento de Contrataciones del Estado, D.S n. ° 344-2018-EF, se establece el criterio de la responsabilidad solidaria de los consorcios en los procedimientos sancionadores, los cuales se pueden individualizar en virtud de medios probatorios regulados, como la naturaleza de la infracción, la promesa formal de consorcio, el contrato de consorcio y el contrato suscrito con la entidad, además de establecer las formalidades que debe tener cada medio probatorio para ser considerado como válido. Empero, debido a que las pruebas se encuentran reguladas taxativamente por las normas antes indicadas, es difícil que se aplique la individualización, precisamente porque las pruebas que el administrado debe aportar son limitadas y deben contar adicionalmente con determinada formalidad, lo cual contraviene con el derecho a probar, además de quebrantar el principio de verdad material; pues, debido a la normativa actual, se puede presentar la situación en que el administrado podría probar que no ha

cometido la infracción con algún medio probatorio diferente a lo regulado en la norma, pero no será valorado en tanto no es una prueba reconocida.

En conclusión, al regular taxativamente los medios probatorios que deben recurrir los administrados para que opere la individualización, se está atentando concretamente contra el derecho a ofrecer y producir pruebas, por lo que debería derogarse ambos artículos. Por lo tanto, se debe permitir una libertad probatoria del administrado para que pueda demostrar que no cometió la infracción mediante cualquier medio probatorio que acredite la individualización de las responsabilidades, a fin de evitar sanciones irrazonables y desproporcionadas.

4.3. Precisión en la Directiva de Consorcio y en la Directiva de Bases estándar del OSCE

Del análisis de las decisiones del Tribunal de Contrataciones del Estado, se puede advertir que, en la mayoría de los procedimientos administrativos sancionadores contra consorcios por la comisión de la presentación de documentación falsa, no se efectuó la individualización de responsabilidad solidaria. Ello se debe a que las empresas no delimitaron en la promesa formal de consorcio ni en el contrato de consorcio, de manera literal, específica y completa, a cuál de las empresas integrantes correspondía la obligación de aportar documentos destinados a ser presentados ante la Administración Pública, en perjuicio de los integrantes del consorcio quienes fueron sancionados con la inhabilitación temporal o definitiva.

La Directiva n. ° 005-2019-OSCE/CD, que regula la conformación de consorcios, en el numeral 7.4.2 establece el contenido mínimo que debe recoger la promesa de consorcio, como la identificación de los integrantes del consorcio, la designación del representante común del consorcio, el domicilio común del consorcio, las obligaciones que le corresponden a cada integrante, así como el porcentaje de las obligaciones de cada integrante. Sin embargo, en la directiva vigente no se detalla ninguna disposición referente a la precisión del aporte documentario de cada integrante que les permita individualizar responsabilidades, en caso se advierta algún documento falso. Se considera que se debe incluir dentro de la directiva de consorcio dicha disposición a fin de que los administrados puedan especificar, de manera clara y detallada, respecto a los documentos que se harán responsables, en caso se advierta que sean falsos.

Adicionalmente, en la Directiva n. ° 001-2019-OSCE/CD , vigente desde el 15 de julio de 2020, que aprueba las disposiciones de las bases estándar de los diferentes procedimientos de selección,

debería precisarse que el formato —Anexo n. ° 05, Promesa de Consorcio— puede agregar información referente a la precisión de los documentos que aportará cada integrante del consorcio, lo cual no debe significar una virtual no admisión o descalificación de los postores por parte del comité de selección u órgano encargado de las contrataciones.

Capítulo V. Conclusiones

1. La Ley de Contrataciones del Estado ha regulado la posibilidad de que los proveedores del Estado participen agrupados en consorcios, es decir, mediante contratos asociativos; por el cual, dos o más personas naturales o jurídicas se asocian para participar en forma activa y directa en un determinado negocio o empresa, con el propósito de obtener un beneficio económico, manteniendo cada una su propia autonomía.
2. Los miembros del consorcio se vinculan individualmente con terceros en el desempeño de la actividad que les corresponde en el consorcio, adquiriendo derechos y asumiendo obligaciones y responsabilidades a título particular. Asimismo, cuando el consorcio contrate con terceros, la responsabilidad será solidaria entre los miembros del consorcio, siempre y cuando se pacte así en el contrato o lo disponga la ley.
3. En derecho comparado, se sostiene que la pretensión de establecer la responsabilidad solidaria, realmente, constituye un intento de establecer un sistema de responsabilidad objetiva en las infracciones administrativas (García de Enterría & Ramón Fernández, 2011).
4. La responsabilidad objetiva aplicada por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, a partir de lo establecido en los artículos 13 y 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, y en concordancia con lo estipulado en el artículo 258 de su reglamento por la causal de presentación de documentación falsa, no cumpliría con el modelo disuasivo que pretende motivar la no realización de infracciones de este tipo, pues se considera que esta se vuelve inflexible y, al mismo tiempo, falla en identificar y mejorar el comportamiento. Asimismo, la sanción adoptada por el colegiado, que no es otra que la inhabilitación para contratar con el Estado, no logra identificar el daño causado por quien, efectivamente, ha cometido el ilícito en sede administrativa; resultando necesario una correcta cuantificación del daño generado, y que el castigo sea proporcional con la externalidad ocasionada por la empresa generadora del ilícito (Bonifaz & Montes, 2015).
5. La aplicación del criterio de presunción de responsabilidad solidaria en la Ley de Contrataciones del Estado, en la comisión de infracciones por presentar documentos falsos, contraviene la doctrina comparada, ya que esta última establece que este tipo de criterio no se contempla en situaciones en que se restrinjan derechos y afecten de manera directa o indirecta

a terceros; de lo contrario, se estaría vulnerando el principio de culpabilidad y de causalidad, las cuales tienen reconocimiento constitucional.

6. La responsabilidad solidaria aplicada a los integrantes de los consorcios en el ámbito de contrataciones públicas contraviene principios rectores de la potestad sancionadora administrativa, tales como el principio del debido procedimiento, de causalidad, de culpabilidad, de licitud y de proporcionalidad, dado que coloca en desventaja a los administrados para probar su individualización, respecto a la presunción de la responsabilidad solidaria en el ámbito sancionador, toda vez que las pruebas para que se aplique la individualización se encuentran reguladas taxativamente. Asimismo, no existe una libertad probatoria que permita, en cierta manera, demostrar al Tribunal que no se ha cometido la infracción, salvo que sea evidenciada a través de las pruebas que requiere el Tribunal de Contrataciones para su individualización.
7. Cabe indicar que la responsabilidad solidaria, según Ramírez Torrado (2008), para que pueda operar en la responsabilidad administrativa, debe tratarse siempre en una obligación que pueda ser valorable en dinero, es decir, en multas, puesto que es improbable que una sanción de otro tipo puede ser saldada por uno de los individuos y, luego, este pueda repetirlo contra los demás. En resumidas cuentas, no se pueden cuantificar otras sanciones administrativas que, de por sí, no tienen una cuantificación económica; por consiguiente, no es posible que aquellos que sumieron la obligación exijan la devolución a los otros autores de la infracción, como ocurre en varios casos en que se impone la inhabilitación por sanción a empresas que forman parte de consorcios.
8. La responsabilidad solidaria es una figura jurídica eficaz para garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales. No obstante, esta, definitivamente, no podría penetrar en el derecho administrativo sancionador, porque se estaría quebrantando el sistema punitivo, según el cual cada uno responde por sus propios actos, pues no se está frente a una tutela eficaz de los intereses públicos si se establece responsabilidad solidaria a fin de sancionar a los administrados por actos ajenos.
9. Las sanciones prescritas en la norma de contrataciones, en los casos de presentación de documentación falsa, son consecuencia de una estrategia regulatoria de exigibilidad alta, cuya intención es la no realización de futuras infracciones. De acuerdo con la evidencia presentada (periodo 2017-2019), se ha demostrado que su finalidad disuasiva no ha tenido los efectos

deseados, puesto que el agente (proveedor) no ha dejado de incurrir en dichas actividades pasibles de sanción.

10. De los criterios del Acuerdo de Sala Plena n. ° 05-2017/TCE, de fecha 25 de agosto del 2017, que se acordaron para individualizar la responsabilidad de los integrantes del consorcio, en caso se presenten documentos falsos o adulterados, si bien es cierto se reconoce que puede individualizarse la responsabilidad a través de la promesa de consorcio, lo que resulta complejo es que, para que el Tribunal de Contrataciones del Estado reconozca la individualización de las responsabilidades, se precisa que se debe detallar, de manera específica, a quién pertenece el documento cuestionado como falso o adulterado en la promesa de consorcio. En resumidas cuentas, si la promesa no es expresa en este punto, asignando literalmente a algún consorciado la responsabilidad de aportar el documento detectado como falso, o una obligación específica en atención a la cual pueda identificarse indubitadamente que es el aportante del documento, no procederá la individualización de la responsabilidad.
11. Regular taxativamente cuáles son los medios probatorios y los requisitos que debe cumplir el administrado para que se aplique el criterio de la individualización de responsabilidades representa una clara afectación del derecho de defensa y del principio de la verdad material; pues, finalmente, se vulnera el derecho a probar del administrado su, y le complica la tarea de valorar los medios probatorios al Tribunal de Contrataciones del Estado. Ello debido a que no solo importa la acreditación de los hechos de los medios probatorios, sino también qué formalidades debe tener para ser valorado, siendo esta una de las razones de que se presenten pronunciamientos contradictorios por una misma sala.

Capítulo VI. Recomendaciones

1. Si se mantiene el criterio de la responsabilidad solidaria del consorcio, se recomienda modificar la sanción de inhabilitación temporal o definitiva por presentar documentos falsos por el de una multa, tal como se encuentra regulado en el literal a) del numeral 4) del artículo 50 de La Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece como sanción que el infractor debe pagar a favor del OSCE un monto económico no menor del 5 % ni mayor del 15 % de la oferta o del contrato, o, en caso de no poder determinarse el monto, se impondrá una multa que va entre 5 y 15 UIT. Además, se recomienda establecer como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento y de contratar con el Estado por un plazo no menor de tres meses ni mayor de dieciocho.
2. Al regular taxativamente los medios probatorios que deben recurrir los administrados para que opere la individualización, se está atentando concretamente contra el derecho a ofrecer y producir pruebas. Frente a ello, se propone que se derogue ambos artículos, en vista de que se debe permitir una libertad probatoria del administrado, para que pueda demostrar que no cometió la infracción mediante cualquier medio probatorio, acreditando la individualización de las responsabilidades, a fin de evitar sanciones irrazonables y desproporcionadas.
3. Se recomienda mejorar la regulación de la directiva de consorcio, así como la directiva de las bases estándar, para lo cual debería participar el Tribunal de Contrataciones, a fin de que se establezcan disposiciones en las que se contemple cómo delimitar las obligaciones vinculadas a los aportes documentarios en la promesa o contrato de consorcio, para tener las herramientas necesarias que les permita individualizar la responsabilidades en caso de presentar documentos falsos por uno de los integrantes.

Bibliografía

- Alza Barco, C. (2008). *¿Y después de la Ley qué?. La Exigibilidad del Cumplimiento de la Regulación*. Obtenido de Revista Derecho & Sociedad (PUCP): <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17354/17640>
- Araoz, L., & Ramírez-Gastón, A. (2007). Los Contratos de Colaboración Empresarial y de Asociación en Participación Celebrados entre Partes Domiciliadas en el País: su Tratamiento Tributario en la Ley del Impuesto a la Renta y en la Ley del Impuesto General a las Ventas. *Derecho & Sociedad*, 244-254.
- Baca Oneto, V. S. (15, 16 y 17 de setiembre de 2010). *¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano*. Obtenido de Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional del Derecho Administrativo, en Mendoza, Argentina.: https://www.mpf.n.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_responsabilidad_subjetiva_u_objetiva_en_materia_sancionadora.pdf
- Bonifaz, J., & Montes, K. (10, 11, 12, y 13 de noviembre de 2015). Teoría del Enforcement y el uso de instrumentos económicos para fomentar el cumplimiento de la ley. *XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*. Lima, Perú.
- Caballero Sierra, G. (1985). *Los Consorcios Públicos y Privados*. Bogotá: Ternis.
- Congreso de la República del Perú. (2016). *Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1341 Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado*. Obtenido de http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivo_1341.pdf
- Cordero Quinzacara, E. (2014). Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno. En: XLII. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- Cueto Pérez, M. (2008). Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad. *Documentación Administrativa*, 280-281.
- De Ahumada Ramos, F. (2004). *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*. Madrid: Dykinson.
- Elías Laroza, E. (2015). *Derecho Societario Peruano*. (Vol. Tomo 1 y 2). Lima: Gaceta Jurídica.

- Eugendio, K., Ireijo, C., & Ponce, C. (2017). Riesgo en las entidades públicas de contratar con proveedores no calificados por la presentación de documentación falsa (Tesis de maestría). pp. 16 y 21. Lima: Universidad del Pacífico.
- Ferrero Diez Canseco, A. (1999). Algunos apuntes sobre los contratos asociativos y su tratamiento en la Ley General de Sociedades peruana. , 9(18), . *IUS ET VERITAS*, 9(18), 56-66. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15821/16253>
- García de Enterría, E., & Ramón Fernández, T. (2011). *Curso de derecho administrativo*. Lima - Bogotá: Palestra - TEMIS.
- Gutierrez Quispe, M. (2019). *Mitigación Del Riesgo De Responsabilidad Administrativa En Consorcios que Participan En Contrataciones Públicas (Tesis de maestría)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Herrera Robles, J. (2011). El Tribunal del OSCE y la responsabilidad administrativa de los consorcios en la etapa de ejecución contractual. . *Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica*, 306.
- Hundskopf Exebio, O. (2015). Las singularidades de los contratos asociativos, con especial énfasis en la asociación en participación y en el contrato de consorcio. *Derecho Comercial: Temas societarios*(Tomo XIV), 46.
- Martínez Zamora, M. (2015). La responsabilidad objetiva de los proveedores del Estado en la Presentación de Documentación Falsa o Declaración Jurada Inexacta. *Revista Derecho y Sociedad N° 44*, 121-138.
- Morón Urbina, J. C. (2014). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica (10ma edición).
- Navas Rondón, C. (2013). *Derecho administrativo sancionador en las contrataciones del Estado*. Lima: Gaceta jurídica (1era edición).
- Ochoa Mendoza, F. (8 de febrero de 2018). *Fallas Regulatorias: Aprendiendo de los errores*. Obtenido de Blog de la Maestría en Regulación de los Servicios Públicos: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/mregulacionsp/2018/02/08/fallas-regulatorias-aprendiendo-de-los-errores/>
- Ramírez Torrado, M. (2008). Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. *Revista de Derecho N°29*, 153-177.
- Richard, E. (1990). Contratos Asociativos o de Colaboración. *Nota 7*, 5997-6000.
- Sarmiento Ramírez, D. (2004). *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Tribunal Constitucional. (3 de enero de 2003). Expediente N° 0010-2002-AI/TC. .
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>. Lima, Perú.