



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

Sumilla: "Los elementos probatorios deben guardar plena uniformidad entre sí, de modo que generen convicción sobre la distribución de obligaciones, pues de presentarse alguna inconsistencia entre dichos elementos, no se generaría tal convicción y, por ende, no podría accederse a la individualización de la responsabilidad".

Lima, 14 MAYO 2018

Visto en sesión del 14 de mayo de 2018, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° 1963/2017.TCE, sobre el procedimiento administrativo sancionador seguido contra el Consorcio Consultor de Lima, integrado por las empresas CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. y COZAQUI INGENIEROS S.A.C, por su presunta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 03-2016-UNTELS, derivado de la Adjudicación Simplificada N° 001-2016-UNTELS - Primera Convocatoria, para la "Contratación del Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo de Inversión Pública denominado: Mejoramiento del servicio del Comedor Universitario de la Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur, Villa El Salvador, Lima. SNIP 301478", y atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. El 13 de julio de 2016, la Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur, en adelante la Entidad, convocó la Adjudicación Simplificada N° 001-2016-UNTELS - Primera Convocatoria, para la "Contratación del Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo de Inversión Pública denominado: Mejoramiento del servicio del Comedor Universitario de la Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur, Villa El Salvador, Lima. SNIP 301478", por un valor referencial ascendente a la suma de S/ 163,903.83 (Ciento sesenta y tres mil novecientos tres con 83/100 soles), en adelante el procedimiento de selección.

El 29 de agosto de 2016 se llevó acabo la presentación de ofertas y el 2 de setiembre del mismo año se publicó en el SEACE el otorgamiento de la buena pro al Consorcio Consultor de Lima, integrado por las empresas CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. y COZAQUI INGENIEROS S.A.C., en adelante el Consorcio.

El 7 de noviembre de 2016 la Entidad y el Consorcio suscribieron el Contrato N° 03-2016-UNTELS, en lo sucesivo el Contrato, por el monto de S/ 147,513.45 (Ciento cuarenta y siete mil quinientos trece con 45/100 soles).

2. Mediante "Formulario de Solicitud Aplicación de Sanción - Entidad/Tercero" presentado el 6 de julio de 2017 en la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante el Tribunal, la Entidad puso en conocimiento que el Consorcio, habría incurrido en causal de sanción al haber ocasionado que la Entidad resuelva el Contrato derivado del procedimiento de selección. Adjuntó a su comunicación el Informe N° 001-2017-UNTELS-CO-P-OGAL-CVPC/NOR del 23 de enero de 2017, en el que señala lo siguiente:

"2.1 Hasta la fecha del presente informe han transcurrido 30 días de remitido el Oficio N° 762-2016-UNTELS-CO-P-OCEPROINFRASEG a EL CONTRATISTA, que le comunica no haber subsanado las observaciones al primer entregable, no teniendo la conformidad correspondiente. En consecuencia, se ha producido un retraso injustificado en la presentación de la subsanación de observaciones del primer entregable, siendo de aplicación la penalidad por mora desde el 24 de diciembre del 2016.

2.2 Conforme al punto 10, página 42 de las Bases Integradas se ha convenido entre las partes contractuales que el Plazo de Ejecución es de setenta y cinco (75) días calendario, aclarándose el plazo señalado en la Cláusula Quinta del Contrato N° 03-UNTELS.

(...)

2.4 Aclarados normativamente los elementos de la fórmula de la Penalidad diaria por mora, debe procederse a su aplicación por la Oficina usuaria y el Órgano Encargado de las Contrataciones, considerándose que de cubrirse el monto máximo de penalidad por mora, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento, de acuerdo al último párrafo de la cláusula décimo tercera del Contrato N° 03-UNTELS."

3. Por decreto del 13 de julio de 2017, se solicitó a la Entidad remitir, entre otros documentos, un Informe Técnico Legal de su asesoría, sobre la supuesta responsabilidad del Consorcio, así como señalar si la presente controversia ha sido sometida a procedimiento arbitral u otro mecanismo de solución de controversias y remitir de ser el caso, la Demanda Arbitral y el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral correspondiente, e indicar el estado situacional del procedimiento, otorgándosele para dicho efecto plazo de diez (10) días hábiles, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos y de comunicar a su Órgano de Control Institucional en caso de incumplimiento del requerimiento.



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

4. Por decreto del 23 de agosto de 2017¹, se inició procedimiento administrativo sancionador contra los integrantes del Consorcio, por su supuesta responsabilidad al haber ocasionado que la Entidad resuelva el Contrato derivado del procedimiento de selección, infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, otorgándoseles el plazo de diez (10) días hábiles para que formulen sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.
5. Mediante "Formulario de Trámite y/o Impulso de Expediente Administrativo" y Escrito s/n, presentados el 4 de octubre de 2017 ante el Tribunal, el Contratista señaló que había iniciado los mecanismos de solución de controversias dentro del plazo previsto y, por ello, solicita que se suspenda el procedimiento administrativo sancionador.
6. Mediante Escrito s/n² presentado el 10 de octubre de 2017 ante el Tribunal, la Entidad remitió los antecedentes administrativos que le fueron requeridos, entre ellos, el Informe N° 030-2017-UNTELS-CO-P-OGALAJ-NOR a través del cual indicó lo siguiente:
 - a) Señala que el Consorcio incumplió injustificadamente sus obligaciones contractuales, por lo que se le aplicó automáticamente una penalidad por mora, conforme a la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 03-2016-UNTELS, llegándose a acumular el monto máximo, constituyéndose así otra causal de resolución de contrato.
 - b) Afirma que el Consorcio ocasionó que la Entidad resuelva el Contrato N° 03-2016-UNTELS, y encontrándose consentido y firme el acto de resolución inserto en la Carta Notarial N° 057810 de fecha 7 de febrero del presente año, incurrió en la infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.2 del artículo 50 de la Ley.
7. Mediante Escrito s/n³ presentado el 8 de noviembre de 2017 ante el Tribunal, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C., presentó sus descargos señalando lo siguiente:
 - i) Señala que no participó durante la ejecución del contrato, por lo que se le debe excluir de responsabilidad, tal es así que su consorciada, la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C., le ha hecho llegar una declaración

1 Notificado el 19.09.2017 a la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. y el 20.10.2017 a la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C., a través de las Cédulas de Notificación N° 51744/2017.TCE y N° 58992/2017.TCE, respectivamente, según cargos de notificación que obran en autos.

2 Documento obrante en el folio 265 del expediente administrativo.

3 Documento obrante en los folios 571 al 574 del expediente administrativo.

jurada con firma legalizada notarialmente mediante la cual admite que sólo ella tenía a cargo la ejecución de la prestación.

ii) La carta notarial con la que la Entidad resuelve el contrato carece de la firma del notario; por tanto, la Entidad no cumplió con el procedimiento para la resolución del contrato.

8. Mediante decreto del 29 de enero de 2018, se solicitó a la Entidad información adicional en el sentido siguiente:

"A LA UNIVERSIDAD NACIONAL TECNOLÓGICA DE LIMA SUR:

Sírvase REMITIR un Informe Técnico Legal Complementario en el que señale de manera clara y precisa si la controversia derivada de la resolución del contrato N° 03-2016-UNTELS fue sometida a alguno de los mecanismos de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) que la Ley de Contrataciones del Estado contempla, toda vez que la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C., integrante del Consorcio Consultor de Lima, ha señalado como parte de sus descargos que dentro del plazo legal previsto habría cursado a su representada una invitación para participar en una conciliación. De haberse recurrido a alguno de dichos mecanismos, sírvase informar documentadamente el estado situacional de dicho procedimiento."

9. Mediante decreto del 5 de febrero de 2018, se reiteró a la Entidad la solicitud de información adicional y se le solicitó, además, información al Contratista en el sentido siguiente:

"A LA UNIVERSIDAD NACIONAL TECNOLÓGICA DE LIMA SUR:

SE LE REITERA REMITIR un Informe Técnico Legal Complementario en el que señale de manera clara y precisa si la controversia derivada de la resolución del contrato N° 03-2016-UNTELS fue sometida a alguno de los mecanismos de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) que la Ley de Contrataciones del Estado contempla, toda vez que la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C., integrante del Consorcio Consultor de Lima, ha señalado como parte de sus descargos que dentro del plazo legal previsto habría cursado a su representada una invitación para participar en una conciliación adjuntado a dicho efecto la primera de las hojas de la referida solicitud de conciliación (que en copia simple se le adjunta). De haberse recurrido a alguno de dichos mecanismos, sírvase informar documentadamente el estado situacional de dicho procedimiento."

(...)

A LAS EMPRESAS CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. (con R.U.C. N° 20566008336) y COZAQUI INGENIEROS S.A.C. (con R.U.C. N° 20600601467) INTEGRANTES del CONSORCIO CONSULTOR DE LIMA:

Sírvase precisar si la controversia derivada de la resolución del contrato N° 03-2016-UNTELS fue sometida a alguno de los mecanismos de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) que la Ley de Contrataciones del Estado contempla, de ser el caso, sírvase informar documentadamente el estado situacional del referido proceso."



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

10. Mediante Carta N° 002-2018-COZAQUI⁴, con registro N° 2799, presentada el 8 de febrero de 2018 ante la Oficina Desconcentrada de OSCE ubicada en la ciudad de Chiclayo e ingresada el 9 del mismo mes y año ante la Mesa de Partes del Tribunal, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. remitió el documento "Primera Invitación a Conciliar" del Centro de Conciliación y Concesiones Mutuas y el documento con el que solicitó la conciliación.
11. Mediante Escrito s/n⁵ presentado el 9 de febrero de 2018 ante el Tribunal, la Entidad informó que el 10 de abril de 2017, se realizó la Audiencia de Conciliación, no habiéndose adoptado acuerdo alguno conforme consta en el Acta de Conciliación N° 058-2017.
12. Por decreto del 13 de febrero de 2018, el Órgano Instructor del Tribunal dio cuenta de la emisión del Informe Final de Instrucción N° 36-2018-ALRE-OI-4 y dispuso remitir el expediente a la Tercera Sala del Tribunal para que resuelva.
13. Por decreto del 26 de febrero de 2018, la Tercera Sala del Tribunal dispuso la publicación del Informe Final de Instrucción N° 36-2018-ALRE-OI-4 en el Sistema Informático del Tribunal, otorgándose al Proveedor el plazo de cinco (5) días hábiles a fin que presente los alegatos que considere pertinentes, bajo apercibimiento de resolver el expediente administrativo sancionador con la documentación obrante en autos.
14. Por decreto del 26 de febrero de 2018, se programó audiencia pública para el 7 de marzo de 2018.
15. Mediante Carta N° 005-2018-COZAQUI, presentada el 5 de marzo de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Chiclayo, recibida el 7 del mismo mes y año por el Tribunal, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. presentó una Addenda al Contrato de Consorcio, documento a través del cual pretende demostrar que la responsabilidad total de la ejecución del contrato estuvo a cargo de la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C.
16. El 7 de marzo de 2018 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación del representante de la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C.
17. Por decreto del 12 de marzo de 2018, se solicitó la siguiente información:
A LAS EMPRESAS CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C Y COZAQUI INGENIEROS S.A.C., INTEGRANTES DEL CONSORCIO CONSULTOR DE LIMA:

⁴ Documento obrante en el folio 604 del expediente administrativo.

⁵ Documento obrante en el folio 610 del expediente administrativo.

Teniendo a la vista el "Acta de Conciliación N° 058-2017 por falta de acuerdo" de fecha 10 de abril de 2017, remitida por la Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur, a través de la cual se dejó constancia que su Consorcio y dicha Entidad, no arribaron a ningún acuerdo sobre la controversia referida a la resolución del Contrato N° 03-2016-UNTELS; **informen** si han iniciado proceso arbitral sobre dicha controversia, de ser el caso, remitan copia de la solicitud de arbitraje, del Acta de Instalación y del laudo arbitral o resolución que ponga fin al proceso arbitral, de haberse emitido.

La información requerida deberá ser remitida en el plazo máximo de **tres (3) días hábiles**, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos.

A LA UNIVERSIDAD NACIONAL TECNOLÓGICA DE LIMA SUR:

Teniendo a la vista el "Acta de Conciliación N° 058-2017 por falta de acuerdo" de fecha 10 de abril de 2017, remitida por su Entidad, a través de la cual se dejó constancia que no arribó a algún acuerdo con el Consorcio Consultor Lima, respecto a la controversia referida a la resolución del Contrato N° 03-2016-UNTELS; **informe** si ha tomado conocimiento del inicio de algún proceso arbitral sobre dicha controversia, debiendo informar el estado del mismo.

La información requerida deberá ser remitida en el plazo máximo de **tres (3) días hábiles**, bajo apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de comunicar a su órgano de control institucional, en caso de incumplimiento.

- 18.** Mediante Carta N° 006-2018-COZAQUI presentada el 15 de marzo de 2018 ante la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Chiclayo, recibido el 16 del mismo mes y año ante el Tribunal, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. reiteró que conforme consta en el documento denominado Addenda al Contrato de Consorcio, la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. era la única responsable de la elaboración del expediente técnico.
- 19.** Por decreto del 2 de abril de 2018, se solicitó información al Notario Público Manuel Forero García Calderón.
- 20.** Mediante Carta s/n presentada el 5 de abril de 2018 ante el Tribunal, el Notario Público Manuel Forero García Calderón remitió la información que le fue requerida por decreto del 2 de abril de 2018.

II. FUNDAMENTACIÓN:

- 1.** El presente procedimiento administrativo sancionador se inició contra el Contratista por su presunta responsabilidad en haber ocasionado que la Entidad resuelva el Contrato N° 03-2016-UNTELS, infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, en concordancia con su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, siendo esta la normativa que estuvo vigente al momento en que se habría producido la infracción, toda vez que la resolución del contrato por parte de la Entidad, se



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

produjo el **17 de febrero de 2017**, por lo que para el análisis de la configuración de la infracción e imposición de sanción que pudiera corresponder al Contratista resulta aplicable dicha norma⁶.

2. Asimismo, para el análisis del procedimiento de resolución del contrato y solución de controversias, resulta de aplicación las normas que se encontraron vigentes a la fecha de la convocatoria del procedimiento de selección (13 de julio de 2016), esto es la Ley N° 30225, en adelante la Ley, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, en adelante el Reglamento.

Naturaleza de la infracción

3. Sobre el particular, la infracción que estuvo tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, prevé como causal de infracción administrativa ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

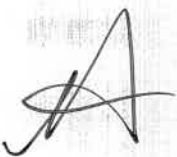
Conforme se puede apreciar, la Ley ha establecido dos requisitos para la configuración de la infracción imputada, toda vez que para determinar la responsabilidad del administrado deberá verificarse: **i)** Que el administrado ha ocasionado que la Entidad resuelva el contrato, y **ii)** Que dicha decisión haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral.

Por ello, para el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador y la consecuente imposición de sanción por la configuración de la infracción, es imprescindible tener en cuenta ambos requisitos, toda vez que la determinación de responsabilidad por haber ocasionado la resolución del Contrato, se encuentra condicionada a que la misma haya sido consentida o se encuentre firme.



4. Ahora bien, en cuanto al procedimiento de resolución de contrato, tenemos que el artículo 36 de la Ley dispone que, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme a lo establecido en el Reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

⁶ De conformidad con lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

5. Asimismo, el artículo 135 del Reglamento, señala que la Entidad puede resolver el contrato en los casos que el Contratista: (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello, (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo, o (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.
6. Aunado a ello, el artículo 136 del Reglamento establece que, en caso de incumplimiento contractual de una de las partes involucradas, la parte perjudicada, debía requerir a la otra parte, mediante carta notarial, para que satisfaga sus obligaciones en un plazo no mayor de cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

 Dependiendo del monto involucrado y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad podía establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a los quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Adicionalmente, establecía que si vencido dicho plazo el incumplimiento continuaba, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

De igual modo, dicho artículo establece en su cuarto párrafo que la Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al Contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida; precisándose que, en estos casos, bastaba comunicar al Contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

7. De la lectura de las disposiciones glosadas y conforme a los criterios utilizados por este Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure, es menester que la Entidad, efectivamente, haya resuelto el Contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el Contrato en observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad exclusiva responsabilidad respecto a tal situación.
- 


Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

8. Por otro lado, a fin de verificar si dicha decisión fue consentida o se encuentra firme, como segundo requisito del tipo infractor de necesaria verificación, es pertinente indicar que en los procedimientos administrativos sancionadores referidos a la infracción materia de análisis, corresponde verificar si se ha acreditado que las partes han recurrido oportunamente a los mecanismos de solución de conflictos, es decir a Conciliación y/o el Arbitraje, a fin de verificar la conformidad sobre la decisión de la Entidad de resolver el Contrato.

Para ello, el artículo 137 del Reglamento, establece que el plazo para iniciar cualquier mecanismo de solución de controversias relacionadas a la resolución contractual, es de **treinta (30) días hábiles** siguientes a la fecha de notificación de la resolución, precisando que al vencimiento de dicho plazo se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Por tanto, deberá verificarse en su oportunidad si la decisión de resolver el contrato fue sometida oportunamente a un mecanismo de solución de controversias (conciliación o arbitraje), a fin de determinar si dicha decisión ha quedado consentida.

De la instrucción del procedimiento

9. La etapa de instrucción del procedimiento administrativo sancionador se encuentra prevista en el artículo 252 del TUO de la LPAG. En dicho artículo se establece que para el ejercicio de la potestad sancionadora, se requiere obligatoriamente, que el procedimiento legal o reglamentariamente establecido diferencie en su estructura la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.

Sobre ello, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1272 (que modifico la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General), se señala que *"la autoridad instructora es la encargada de formular un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda (...)* recibida la propuesta de resolución, se otorga facultad al órgano competente para disponer la realización de actuaciones complementarias, siempre que las considere indispensable para resolver el procedimiento".

Como se aprecia, la lógica detrás de la modificación normativa bajo comentario consiste en que el procedimiento administrativo sancionador se desarrolle en dos etapas, la fase de instrucción y la fase decisoria, las cuales a su vez, deben ser

conducidas por órganos diferentes, de modo que la decisión final, sobre la responsabilidad administrativa que pudiera alcanzar a los administrados, se adopte sobre la base de criterios de imparcialidad y razonabilidad en la valoración de (i) los elementos de cargo acopiados por el órgano que instruye el procedimiento, (ii) los elementos de descargo aportados por las partes y (iii) los que, de forma complementaria, sean recabados de oficio por la autoridad competente para resolver cuando lo considere pertinente.

- 10.** En este caso, el Órgano Instructor N° 4 emitió el Informe Final de Instrucción N° 36-2018/ALRE-OI-4 de fecha 12 de febrero de 2018, a través del cual concluye que corresponde individualizar la responsabilidad de los integrantes del Consorcio y sancionar a la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. con ocho (8) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

En ese sentido, tomando en cuenta las consideraciones expuestas en el mencionado Informe Final de Instrucción N° 36-2018/ALRE-OI-4, se procederá a analizar la configuración de la infracción imputada, evaluando, de ser el caso, los alegatos que hayan presentado los integrantes del Consorcio.

Configuración de la infracción

Del procedimiento formal de resolución contractual

- 11.** Fluye de los antecedentes administrativos que mediante Carta Notarial N° 057810⁷ de fecha 17 de febrero de 2017, diligenciada notarialmente en la misma fecha, la Entidad comunicó al Consorcio la resolución total del Contrato por haber acumulado el monto máximo de la penalidad por mora.

Dicha Carta Notarial N° 057810 fue notificada en el domicilio del Consorcio consignado en la cláusula décimo novena del Contrato, ubicado en Jr. Huandoy 455, distrito de San Miguel, Lima.

- 12.** En este punto, cabe mencionar que en ejercicio de su derecho de defensa, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. indicó que la Entidad no habría cumplido con el

⁷ Documento obrante en los folios 269 al 272 del expediente administrativo.



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

procedimiento de resolución del contrato, debido a que el documento con el cual se comunica la resolución del Contrato carece de firma del Notario.

13. Sobre el particular, corresponde señalar que el artículo 136 del Reglamento establece que cuando la decisión de resolver el contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, no es necesario efectuar un requerimiento previo sino que basta con comunicar al contratista, mediante carta notarial, la decisión de resolver el contrato.

En este caso, la decisión de resolver el contrato, por acumulación de la penalidad máxima por mora, ha sido notificada al domicilio del Consorcio consignado en el Contrato, mediante Carta Notarial N° 057810, apreciándose en dicha carta el respectivo trámite notarial por parte de la Notaria Landázuri, así como la recepción de dicho documento.

De este modo, se aprecia que el Consorcio fue debidamente notificado con la Carta Notarial N° 057810, circunstancia que además se corrobora por el hecho de haber solicitado el inicio de conciliación contra la decisión de la Entidad de resolver el contrato, conforme se analizará más adelante.

14. Siendo ello así, se aprecia que la Entidad ha proseguido el procedimiento formal de resolución de contrato, previsto en el artículo 136 del Reglamento. Cabe anotar que, dada la causal de resolución del Contrato, no era necesario efectuar un requerimiento previo de cumplimiento de obligaciones.

Por consiguiente, corresponde verificar si la decisión de resolver el contrato quedó consentida.

Sobre el consentimiento de la resolución contractual

15. Sobre el particular, el artículo 137 del Reglamento, establece que el plazo para iniciar cualquier mecanismo de solución de controversias relacionadas a la resolución contractual, es de treinta (30) días hábiles siguientes a la fecha de notificación de la resolución, precisando que al vencimiento de dicho plazo se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.
16. En el presente caso, dado que la resolución del Contrato se produjo el 17 de febrero de 2017, el Consorcio contaba con el plazo de treinta (30) días hábiles para iniciar los

mecanismos de solución de controversias (conciliación y/o arbitraje) previstos en el Reglamento, esto es, hasta el **31 de marzo de 2017**.

Al respecto, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. remitió la Solicitud de Conciliación presentada el 30 de marzo de 2017 ante el Centro de Conciliación Concesiones Mutua, demostrándose con ello que se inició oportunamente, dentro del plazo legal establecido, el procedimiento conciliatorio.

Sin embargo, el 10 de abril de 2017, la Entidad y el Consorcio suscribieron el Acta de Conciliación N° 058-2017 por Falta de Acuerdo, al no haber arribado a ningún acuerdo sobre la resolución del Contrato. En ese sentido, a partir de dicha fecha (10 de abril de 2017), el Consorcio contaba con el plazo de treinta (30) días hábiles para iniciar arbitraje, esto es, hasta el 25 de mayo de 2017, ello de conformidad con lo previsto en el artículo 184 del Reglamento.

Sobre el particular, por decreto del 12 de marzo de 2018 se solicitó a las empresas integrantes del Consorcio que informen si habían iniciado un proceso arbitral, así como que remitan la documentación que acredite tal circunstancia; sin embargo, a la fecha, no han informado a este Tribunal el inicio de algún proceso arbitral respecto de la resolución contractual, menos aún han adjuntado documentación a partir de la cual se pueda verificar el inicio de un arbitraje.

- 17.** Atendiendo a ello y conforme a la documentación obrante en autos, se aprecia que la decisión de la Entidad de resolver el Contrato quedó consentida, puesto que si bien se inició procedimiento conciliatorio sobre dicha controversia, no se advierte que se haya iniciado arbitraje al respecto dentro del plazo legal previsto, de acuerdo a la documentación obrante en el expediente, así como a los elementos aportados por las partes.
- 18.** Bajo tales consideraciones, se advierte que los integrantes del Consorcio incurrieron en la comisión de la infracción prevista en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, al haber ocasionado que la Entidad resuelva el Contrato, decisión que quedó consentida. Por tanto, corresponde imponerles sanción administrativa.

Sobre la posibilidad de aplicación del principio de retroactividad benigna

- 19.** Teniendo en consideración que la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. ha solicitado que se individualice la responsabilidad por la comisión de la infracción (en función a un documento privado denominado "Addenda al Contrato de Consorcio"); cabe traer



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

a colación que el numeral 5 del artículo 246 del Texto Único Ordenado de la LPAG, contempla el principio de irretroactividad, según el cual "*son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables*".

20. En ese sentido, en procedimientos sancionadores como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, como excepción se admite que si con posterioridad a la comisión de la infracción, entra en vigencia una nueva norma que resulta más beneficiosa para el administrado, sea porque con la misma se ha eliminado el tipo infractor o porque conservándose éste, se contempla ahora una sanción de naturaleza menos severa, resultará ésta aplicable.
21. Sobre ello, debe tenerse presente que el 3 de abril de 2017 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1341 que modificó la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, entre otros temas, respecto al alcance de la *individualización de la responsabilidad*.

Así, en lo que respecta a la posibilidad de individualización de la responsabilidad, el artículo 220 del Reglamento modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, establece 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 o contrato de consorcio, **o cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto**, pueda individualizarse la responsabilidad. La carga de la prueba de la individualización corresponde al presunto infractor.

A diferencia de ello, el artículo 220 del Reglamento (en su versión original) no contemplaba la posibilidad de individualizar la responsabilidad en función a "*cualquier otro medio de prueba documental de fecha y origen cierto*". En tal sentido, se advierte que la versión actual y vigente del artículo 220 del Reglamento, a diferencia de la versión original, permite que la individualización se realice tomando en consideración cualquier otro medio de prueba documental, de fecha y origen cierto.

22. En concordancia con ello, de acuerdo a lo establecido actualmente en el numeral 2 del artículo 220 del Reglamento, para la individualización de la responsabilidad debe considerarse, entre otros criterios, el contrato de consorcio, siempre que dicho documento sea veraz, **no modifique las obligaciones estipuladas en la promesa**

formal de consorcio y su literalidad permita identificar indubitavelmente al responsable de la comisión de la infracción.

Como se aprecia, corresponderá valorar las obligaciones contenidas en el contrato de consorcio (o en algún otro documento con el que se pretenda invocar la individualización de la responsabilidad) siempre que no modifiquen las obligaciones contenidas en la promesa formal de consorcio, pues de no ser así dicho documento no puede servir como fundamento para individualizar la responsabilidad entre los integrantes del Consorcio.

23. Resulta pertinente aquí traer a colación el criterio expuesto en el Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE, el cual si bien fue adoptado respecto a una infracción distinta (presentación de documentación falsa o adulterada) a la que nos avoca (resolución de contrato), desarrolla criterios absolutamente aplicables respecto a la necesidad de valorar conjunta e integralmente los elementos probatorios de cada expediente, a efectos de determinar en cada caso concreto si corresponde acceder a la individualización de la responsabilidad administrativa que le puede alcanzar a los integrantes de un consorcio. Así, en dicho acuerdo se expone lo siguiente:

*"Para que el Tribunal se forme convicción sobre la individualización de responsabilidad por la presentación de documentación falsa o adulterada en base a la promesa formal de consorcio, será necesario que de una evaluación integral de ésta **de manera conjunta con los demás medios probatorios obrantes en cada caso, no se aprecien contradicciones o inconsistencias en su propio contenido ni respecto de otros medios probatorios y elementos fácticos que resulten relevantes para la evaluación del caso"***

Como puede apreciarse, todos los elementos probatorios que sean presentados a efectos de pretender que se individualice la responsabilidad, deben guardar uniformidad en la distribución de obligaciones, de modo que se genere certeza sobre la participación de cada uno de los integrantes del consorcio; sin embargo, si como parte de los elementos probatorios, se aporta alguno que no sea concordante respecto de los demás, dicha inconsistencia no permitiría conocer, de forma unívoca, la distribución de obligaciones y, por ende, ello impediría que se individualice la responsabilidad.

24. Ahora bien, en el presente caso, la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. ha solicitado que se individualice la responsabilidad y que se tome en cuenta un



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

documento privado denominado "Addenda al Contrato de Consorcio" y una Declaración Jurada de fecha 6 de noviembre de 2017, a través de la cual la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. señala que aquella no tuvo ninguna participación en la elaboración del expediente técnico y que su participación se limitó a aportar experiencia.

En ese sentido, a efectos de determinar la eventual individualización de responsabilidades, corresponde analizar la promesa formal de consorcio, el contrato de consorcio, la Addenda al Contrato de Consorcio y la Declaración Jurada de fecha 6 de noviembre de 2017, tomando en cuenta que, conforme a lo señalado en los párrafos que anteceden, los elementos probatorios deben guardar plena uniformidad entre sí, de modo que generen convicción sobre la distribución de obligaciones, pues de presentarse alguna inconsistencia entre dichos elementos, no se generaría tal convicción y, por ende, no podría accederse a la individualización de la responsabilidad.

25. Atendiendo a ello, corresponde, en primer lugar, remitirnos a las obligaciones contenidas en la promesa formal de consorcio y el contrato de consorcio:

Obligaciones contenidas en la promesa de consorcio:

"Anexo N° 5
PROMESA DE CONSORCIO

Los suscritos declaramos expresamente que hemos convenido en forma irrevocable, durante el lapso que dure el proceso de selección, para presentar una propuesta conjunta a la ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° 001-2016-UNTELS.

<u>OBLIGACIONES DE COZAQUI INGENIEROS S.A.C.</u>	<u>50% de Obligaciones</u>
<i>Obligaciones vinculadas al objeto de la convocatoria</i>	
✓ Ejecución del servicio y aporta experiencia	50.00%
<u>OBLIGACIONES DE CONSA Infraestructuras y proyectos S.A.C.</u>	<u>50% de Obligaciones</u>
<i>Otras obligaciones</i>	
✓ Elaboración de las propuestas para la licitación y financiamiento	50.00%

Obligaciones contenidas en el contrato de consorcio:

<u>OBLIGACIONES DE COZAQUI INGENIEROS S.A.C.</u>	<u>50%</u>
<i>Ejecución del servicio y aporta experiencia</i>	
	50 %
<u>OBLIGACIONES DE CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C.</u>	<u>50%</u>
<i>Elaboración de propuestas para la licitación y financiamiento</i>	
	50%

Como se aprecia, la promesa formal de consorcio y el contrato de consorcio preveían que la empresa que tendría a cargo la ejecución del servicio, sería COZAQUI INGENIEROS S.A.C. y que la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C., tendría a su cargo la elaboración de la propuesta y financiamiento.

Sin embargo, en el documento denominado "Addenda al Contrato de Consorcio", se aprecia una distribución de obligaciones distinta:

<i>OBLIGACIONES DE COZAQUI INGENIEROS S.A.C.</i>	<u>50%</u>
<i>Aporta experiencia</i>	50 %
<i>OBLIGACIONES DE CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C.</i>	<u>50%</u>
<i>Elaboración de propuestas para la licitación, ejecución del servicio y financiamiento</i>	50%

Como puede verse, el documento denominado "Addenda al Contrato de Consorcio" no contiene la misma distribución de obligaciones prevista en la promesa de consorcio y en el contrato de consorcio. Así, en el documento denominado "Addenda al Contrato de Consorcio" se señala que la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. solo tuvo a su cargo aportar experiencia, no obstante que en la promesa de consorcio y en el contrato de consorcio se señala que dicha empresa tuvo a su cargo la ejecución del servicio.

Del mismo modo, a través de la Declaración Jurada de fecha 6 de noviembre de 2017, la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. señala que la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. no tuvo ninguna participación en la elaboración del expediente técnico y que su participación se limitó a aportar experiencia, no obstante que en la promesa de consorcio y en el contrato de consorcio se señala lo contrario.

En ese contexto, se advierte que no existe uniformidad en la distribución de obligaciones plasmada en (i) la promesa de consorcio, (ii) el contrato de consorcio, (iii) el documento denominado "Addenda al Contrato de Consorcio" y (iv) la Declaración Jurada de fecha 6 de noviembre de 2017, puesto que en los dos primeros documentos se señala que la empresa COZAQUI INGENIEROS S.A.C. era responsable por la ejecución del servicio, a diferencia de los dos últimos documentos, en los que se señala que la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. era la responsable por la ejecución del servicio.

En consecuencia, la inconsistencia detectada en la distribución de obligaciones entre los diferentes instrumentos aportados a este procedimiento, no permite que este



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

Colegiado se forme convicción respecto a que solo uno de los integrantes del consorcio es el que habría tenido a su cargo la ejecución del servicio, dado que los elementos probatorios obrantes en el expediente no permiten conocer de forma unívoca la real distribución de obligaciones, circunstancia que imposibilita la individualización de la responsabilidad.

26. En ese sentido, la posibilidad de aplicación retroactiva de la normativa prevista en la Ley 30225 (modificada mediante el Decreto Legislativo N° 1341), no representa algún beneficio concreto para los administrados en el presente caso, porque aun de aplicarse los criterios de individualización de la responsabilidad previstos en la normativa actualmente vigente, igualmente los documentos "Addenda al Contrato de Consorcio" y la Declaración Jurada de fecha 6 de noviembre de 2017, son incongruentes con la promesa de consorcio y el contrato de consorcio, por lo que no corresponde considerarlos como sustento para invocar la individualización de la responsabilidad.
27. Sobre la base de lo precedentemente expuesto, en el presente caso no corresponde individualizar la responsabilidad de los integrantes del Consorcio, al no existir uniformidad entre los elementos probatorios aportados para tal efecto.

Criterios de graduación de la sanción

28. Al respecto, de conformidad con el principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 246 del Texto Único Ordenado⁸ de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, las sanciones no deben ser desproporcionadas y deben guardar relación con la conducta a reprimir, atendiendo a la necesidad de las empresas no deben verse privadas de su derecho de proveer al Estado más allá de lo estrictamente necesario para satisfacer los fines de la sanción, criterio que será tomado en cuenta al momento de fijar la sanción a ser impuesta al Contratista.

29. En ese sentido, corresponde determinar la sanción a imponer conforme a los criterios previstos en el artículo 226 del Reglamento, tal como se expone a continuación:

- a) **Naturaleza de la Infracción:** con relación a ello, cabe considerar que desde el momento en que un proveedor asume un compromiso contractual frente a la Entidad, queda obligado a cumplir cabalmente con lo ofrecido, dado que un incumplimiento suyo puede comprometer un perjuicio al Estado.

⁸ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.

- b) Intencionalidad del infractor:** al respecto, se aprecia que los integrantes del Consorcio no obstante tener conocimiento de la obligación a su cargo y de corresponder a su esfera de dominio el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, no cumplieron con la prestación del servicio oportunamente, lo que dio lugar a que se resuelva el Contrato.
- c) Daño causado:** debe precisarse que la resolución del Contrato ocasionó retraso en el Servicio de Consultoría de Obra para la Elaboración del Expediente Técnico Definitivo de Inversión Pública denominado: "*Mejoramiento del servicio del Comedor Universitario de la Universidad Nacional Tecnológica de Lima Sur, Villa El Salvador, Lima. SNIP 301478*".
- d) Reconocimiento de la infracción antes de que sea detectada:** debe tenerse en cuenta que, conforme a la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual los integrantes del Consorcio hayan reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.
- e) Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** en lo que atañe a dicho criterio, de conformidad con el Registro de Inhabilitados para contratar con el Estado, se observa que los integrantes del Consorcio no registran antecedentes de haber sido sancionados con inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.
- f) Conducta procesal:** debe considerarse que la empresa CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C. no se apersonó al presente procedimiento y tampoco presentó sus descargos.

30. Cabe mencionar que la comisión de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, tuvo lugar el 17 de febrero de 2017, fecha en la que se comunicó la resolución del Contrato.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Antonio Corrales Gonzales, y la intervención de los Vocales Mario Arteaga Zegarra y Peter Palomino Figueroa, y atendiendo a lo dispuesto en la Resolución N° 15-2017-OSCE/CD de fecha 12 de mayo de 2017, y en ejercicio de las facultades conferidas en los artículos 52 y 59 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y en los artículos 18 y 19 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Resolución Ministerial N° 789-2011-



Resolución N° 0902-2018-TCE-S3

EF/10 y modificado por Decreto Supremo N° 006-2014-EF, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Sancionar a la empresa **COZAQUI INGENIEROS S.A.C** (R.U.C. N° 20600601467) por un periodo de **nueve (9) meses de inhabilitación temporal** en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción que estuvo tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, al haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 03-2016-UNTELS derivado de la Adjudicación Simplificada N° 001-2016-UNTELS - Primera Convocatoria, conforme a los fundamentos expuestos, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
2. Sancionar a la empresa **CONSA INFRAESTRUCTURAS Y PROYECTOS S.A.C** (R.U.C. N° 20566008336) por un periodo de **nueve (9) meses de inhabilitación temporal** en sus derechos de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, por la comisión de la infracción que estuvo tipificada en el literal e) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley N° 30225, al haber dado lugar a la resolución del Contrato N° 03-2016-UNTELS derivado de la Adjudicación Simplificada N° 001-2016-UNTELS - Primera Convocatoria, conforme a los fundamentos expuestos, la cual entrará en vigencia a partir del sexto día hábil siguiente de notificada la presente Resolución.
3. Disponer que la Secretaría del Tribunal, registre la sanción en el módulo informático correspondiente.


PRESIDENTE


VOCAL


VOCAL

Ss.

Arteaga Zegarra.

Corrales Gonzales

Palomino Figueroa.

"Firmado en dos (2) juegos originales, en virtud del Memorando N° 687-2012/TCE, del 3.10.12".

