



INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD CON BASE EN LA PROMESA FORMAL DE CONSORCIO POR LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O ADULTERADA CONTENIDA EN LA OFERTA

Jimmy PISFIL CHAFLOQUE

Abogado. Candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y profesor del curso de Contratación Pública en la misma universidad. Magister en contratación pública por la Universidad de Castilla-La Mancha.

I. ACUERDO N° 05-2017/ TCE DEL 25 DE AGOSTO DE 2017: INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN BASE A LA PROMESA FORMAL DE CONSORCIO POR LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O ADULTERADA

En principio, trataremos de abordar uno de los temas más recurrentes en el Tribunal de Contrataciones del Estado, como es el procedimiento administrativo sancionador a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas que presentan documentación falsa⁽¹⁾ o adulterada⁽²⁾ en un procedimiento de selección⁽³⁾, infracción prevista en el literal j) del artículo 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado; empero, es materia de comentario y análisis lo referido a la individualización de responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio⁽⁴⁾ por la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta dentro de un procedimiento de selección.

Así, pues, el Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE lo que buscaba era definir los criterios uniformes y, sobre todo, predecibles al momento de individualizar la

RESUMEN

En el presente artículo, el autor analiza y comenta el Acuerdo de Sala Plena del Tribunal de Contrataciones referido a la individualización de responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio por la presentación de documentación falsa o adulterada. Asimismo, desarrolla las sanciones y supuestos que deben existir para la determinación de infracción por la presentación de dicha documentación. Finalmente, despliega las interpretaciones que ha tenido el Tribunal y la importancia de uniformizarlas.

responsabilidad de los integrantes de un consorcio con base en la promesa formal de consorcio, ante el supuesto de presentación de documentación falsa o adulterada incluida en la oferta.

Como antecedente podemos señalar que en las salas del Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE existían dos criterios para individualizar la responsabilidad de los integrantes de un consorcio, criterios asumidos a raíz de la literalidad del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1341 (Ley que modifica la Ley

N° 30225) y el artículo 220 del Decreto Supremo N° 056-2017-EF (Reglamento que modifica el Decreto Supremo N° 350-2015-EF).

II. LAS POSICIONES DE LAS SALAS DEL TRIBUNAL DE CONTRATACIONES CON RELACIÓN A LA INDIVIDUALIZACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN EL CONSORCIO

Primer supuesto: sobre la base de la promesa formal de consorcio, consideraba que no era posible individualizar la responsabilidad

(1) Es aquel que no fue expedido por su supuesto emisor o suscriptor, es decir, por aquella persona natural o jurídica que aparece en el mismo documento como su autor o suscriptor.

(2) Es aquel documento que siendo válidamente expedido, ha sido adulterado en su contenido.

(3) Es pertinente precisar que la presentación de documentación falsa o adulterada no solo es ante entidades del Estado, sino también ante el Registro Nacional de Proveedores y ante el propio Tribunal de Contrataciones del OSCE.

(4) El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para contratar con el Estado. Anexo de definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



entre sus integrantes, por la presentación de documentación falsa o adulterada (criterio bajo el cual todos los integrantes del consorcio serán siempre administrativamente responsables por tal infracción, sin resultar relevante el contenido de la promesa formal de consorcio)⁽⁵⁾.

Segundo supuesto: la otra posición es que si consideraba posible la individualización de responsabilidad por la comisión del mencionado supuesto infractor, aunque bajo criterios distintos para efectuar dicha individualización.

Ante dichas posiciones divergentes y contradictorias sobre la individualización de la responsabilidad de los integrantes de un consorcio con base en la promesa formal de consorcio⁽⁶⁾, claro está, ante el supuesto de presentación de documentación falsa o adulterada incluida en la oferta era necesario que las salas asuman un solo criterio que conlleve a tener en cuenta o estar dentro de los parámetros de la predictibilidad⁽⁷⁾ con el propósito que los operadores del sistema de contratación pública conozcan con absoluta claridad cómo es que se determina y evalúa la individualización de la responsabilidad de los integrantes de un consorcio. Es importante traer a colación lo que señala el propio acuerdo de Sala Plena en su numeral segundo:

“Según reportes obtenidos de la información que administra el Tribunal, la infracción que tuvo mayor incidencia en la contratación pública nacional, el año 2016, es la presentación de documentación falsa o adulterada como parte de las ofertas presentadas en los procedimientos de selección (que junto a la presentación de información inexacta, constituyó el 56 % de procedimientos resueltos en el Tribunal)”.

Conforme se advierte de la información que administra el OSCE a través del Tribunal de Contrataciones, existe mucha incidencia en la comisión de la infracción contenida en el literal literal j) del artículo 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que era necesario uniformizar criterios

La finalidad del consorcio es permitir que las empresas puedan asociarse con el objetivo de fortalecer el régimen competitivo.

en las cuatro (4) salas, buscando en todo momento un solo razonamiento para evitar una injusta sanción ante la falta de supuestos que permitan individualizar al infractor, máxime que la sanción por presentación de documentación falsa o adulterada es muy grave; para ello es importante conocer los tipos de sanciones antes de continuar con el desarrollo del tema principal.

III. TIPOS DE SANCIONES REGULADAS EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

El artículo 50.2 de la Ley N° 1341, establece tres tipos de sanciones:

- **Multa:** es la obligación pecuniaria generada por el infractor de pagar un monto económico no menor del 5 % ni mayor del 15 % de la propuesta económica o del contrato y si no se puede determinar el monto de la propuesta económica o el monto del contrato la multa podría ser entre 5 y 15 Unidades Impositivas Tributarias a favor del OSCE por infracción a los literales a), b), d), k), l), m), n) y o), entre otros aspectos. Una vez pagada la multa se restituye su derecho a participar en procesos de selección.
- **Inhabilitación temporal:** consiste en la privación, por un periodo determinado, de participar

en procedimientos de selección, procedimiento para implementar o mantener catálogos electrónicos y de contratar con el Estado, entre otros aspectos; se precisa que la inhabilitación es no menor de 3 meses ni mayor de 36 meses por infracción a los literales c), e), f) g) e i), y la misma sanción en caso de reincidencia en la infracción de los literales m), n) y o). La inhabilitación será no menor de 36 meses ni mayor de 60 meses en caso de infracción del literal j), esta última materia de comentario a través del presente artículo.

- **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 y de contratar con el Estado, entre otros aspectos.

IV. ¿POR QUÉ ERA NECESARIO UN SOLO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN CON RELACIÓN A INDIVIDUALIZAR LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS QUE CONFORMAN EL CONSORCIO EN LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O ADULTERADA CONTENIDA EN LA OFERTA?

Era necesario que las salas del Tribunal de Contrataciones asumieran un solo criterio de interpretación ante el alto índice de sanciones por la presentación de documentos falsos o adulterados, el cual tenía mucha incidencia en el destierro perpetuo de las empresas del sistema de contratación pública, lo cual contradice con el rol del Estado, que es generar mayores fuentes de ingreso a través de

(5) Extraído del segundo numeral de los antecedentes del Acuerdo de Sala Plena materia de estudio.

(6) La promesa formal del consorcio se perfecciona o se materializa mediante la suscripción del contrato de consorcio, debiendo tener en cuenta los requisitos exigidos en el acápite 7.7 de la Directiva N° 006-2017-OSCE/CD.

(7) Principios del procedimiento administrativo

“1.15.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certeza de cuál será el resultado final que se obtendrá”.

la mayor participación de empresas en los contratos con el Estado.

Debe tenerse presente que el Estado fomenta el derecho de la empresa, el cual coincide con uno de los principios de la contratación pública como es la concurrencia de participantes en procesos de selección y ello se contradice al aplicar el procedimiento sancionador por parte de los tribunales de contrataciones del OSCE, que ante la falta de supuestos para individualizar al infracción aplica una sanción generalizada a todas las empresas que conforman el consorcio, en lugar de tomar un rol más prolijo y de identificación del infractor, todo esto sucedía ante la falta de un criterio de interpretación sobre la individualización de la responsabilidad de las empresas que conformaban un consorcio ante la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en un oferta.

La finalidad de consorcio es permitir que las empresas puedan asociarse o consorciarse con la objetivo de fortalecer el régimen competitivo, con criterios de complementariedad de recursos, de capacidades y aptitudes que permitan competir eficientemente un mercado muy voraz como es el sistema de contratación pública, en el cual no están fácil participar en un proceso de selección y cumplir con todos los requisitos, menos obtener un contrato con el Estado, sino es a través de la figura del consorcio, el cual es muy útil. Sin embargo, no todos actúan bajo los principios de la buena fe y de presunción de veracidad y encontramos empresarios dedicados a infringir las normas a través de la presentación de documentación falsa, adulterada o inexacta en otros casos, empero lo que busca la norma es evitar que empresas que actúan dentro del marco de la legalidad y de la buena fe se vean afectadas ante el vacío o la falta de regulación de supuestos de individualización de responsabilidad sobre el tipo infractor.

Así, pues, lo primero que debemos conocer el término “individualizar”; para ello, el Acuerdo de Sala Plena señala lo siguiente: “Debe

“**Existían dos criterios para individualizar la responsabilidad de los integrantes de un consorcio asumidos a raíz del artículo 13 del Decreto Legislativo N° 1341.**”

entenderse como la posibilidad de atribuir responsabilidad administrativa solo a uno o algunos de los integrantes de un consorcio por la comisión de una infracción”.

En ese mismo orden, el Acuerdo de Sala Plena también señala lo siguiente:

“Uno de los supuestos para individualizar la responsabilidad del infractor es la promesa formal de consorcio, en el entendido que en dicho documento las partes deben describir sus acuerdos internos (entre ellos, sus obligaciones y/o compromisos contractuales y administrativos) y hacerlos de conocimiento del Estado, con la finalidad que éste los tenga en consideración, tanto para exigir el cumplimiento de dichas obligaciones, como para imputar al responsable (y no a los demás) las consecuencias que correspondan en caso que se produzca el incumplimiento de las obligaciones asumidas”.

Acto seguido, establece que: “La presentación de documentos falsos o adulterados contenidos en la oferta implica atribuir dicha responsabilidad al integrante del consorcio que aportó los documentos cuestionados, siempre que sea posible identificarlo de manera inequívoca e indubitable”. Para tales efectos se aplican las siguientes reglas:

- Un primer aspecto a tenerse en cuenta para que sea posible individualizar la responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio **es que esta debe**

constituir un documento veraz y exacto, resultando un total contrasentido que se pretenda la individualización en base a un documento que, por sí mismo, infringe el principio de presunción de veracidad⁽⁸⁾. En tal sentido, no corresponderá efectuarse la individualización de responsabilidad con base en una promesa formal de consorcio no veraz, falsa o adulterada.

- Por otro lado, si la promesa formal de consorcio no permite conocer de manera clara cuál de los integrantes del consorcio asumió la obligación vinculada a la infracción, la regla será la imputación de responsabilidad a todos sus integrantes, pues la autoridad administrativa no puede suplir la falta de precisión de parte de los propios integrantes del consorcio, ni mucho menos presumir que una obligación, que no ha sido expresamente atribuida en exclusividad a alguno o algunos de los integrantes en la promesa formal de consorcio, solo sea responsabilidad de alguno de ellos.
- En los casos en que se pretende invocar la individualización de la responsabilidad con base en la promesa formal de consorcio, este documento deberá hacer referencia expresa a que la obligación vinculada a la infracción imputada corresponde exclusivamente a uno o algunos de los integrantes del respectivo consorcio, no pudiendo la autoridad administrativa atribuir responsabilidad exclusiva a uno de los integrantes, si los propios integrantes del consorcio no han incluido una estipulación que así lo precise indubitablemente.
- También excluye la posibilidad de individualizar la responsabilidad con base en una promesa formal de consorcio

(8) Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General “Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo: (...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario”.



que atribuye la obligación de presentar la documentación que conforma la oferta, en una persona natural o jurídica que no sea uno de los integrantes del consorcio. La ausencia de precisión en el referido documento, que impida efectuar la individualización de la responsabilidad administrativa en uno o más de los integrantes del consorcio constituye un hecho enteramente atribuible a los integrantes del mismo, quienes no pueden pretender que la autoridad administrativa presuma la existencia de ciertos pactos, desconocidos tanto para la entidad como para la autoridad administrativa competente, a efectos de evaluar su responsabilidad.

Cabe señalar que la primera sanción por presentar documentación falsa o adulterada en un procedimiento de selección será no menor de 36 meses ni mayor a 60 meses, de tal manera que en caso reincida corresponderá de manera inmediata la inhabilitación definitiva, sanción que se encuentra regulada en los literales b) y c) del artículo 50.2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Visto lo drástico de la sanción por infringir el literal j) del artículo 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, se hacía necesario identificar en que casos procedería o no la individualización de responsabilidad administrativa por la infracción relativa a la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, supuestos que ahora se encuentran regulados a través del Acuerdo de Sala Plena, materia de estudio.

V. SUPUESTOS O CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN SOBRE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD EN EL CASO DE CONSORCIOS ANTE LA PRESENTACIÓN DE DOCUMENTACIÓN FALSA O ADULTERADA EN LA OFERTA⁽⁹⁾

Esta es una posición de Acuerdo de Sala Plena en mayoría que también comparto.

Era necesario que las salas del Tribunal de Contrataciones asumieran un solo criterio de interpretación ante el alto el índice de sanciones por la presentación de documentos falsos o adulterados.

“1. 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 base a la promesa formal de consorcio presentada como parte de la oferta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

2. No corresponde efectuar la individualización de responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio no auténtica ni veraz.

3. 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 sólo asume obligaciones administrativas, y no la venta, suministro, prestación del servicio o ejecución de la obra, según corresponda al objeto contractual.

4. En los casos en 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.

5. 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, de valoración conjunta, para la evaluación del caso concreto.

6. 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 los mismos, siendo necesaria, para que proceda una individualización de responsabilidades, 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.

7. 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*”.

(9) Acuerdo N° 05-2017/TCE del 25 de agosto de 2017.

VI. PRESUPUESTOS QUE DEBEN EXISTIR PARA DETERMINAR LA INFRACCIÓN

- Verificar que el documento cuestionado –falso o adulterado– fue presentado ante la entidad en un procedimiento de selección, porque podría ser que se presente ante el Registro Nacional de Proveedores o ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.
- Verificar o confirmar si se ha acreditado la falsedad⁽¹⁰⁾ del documento presentado ante la entidad, es decir, debe haber pruebas sobre su presentación, independientemente de quién haya sido su autor o de las circunstancias en que haya realizado la falsificación o adulteración.
- El responsable se determina teniendo en cuenta los supuestos establecidos en el Acuerdo de Sala Plena N° 05-2017/TCE.
- La determinación gradual de la sanción se encuentra contemplada en el artículo 226 del Reglamento, **para ello es importante tener en cuenta el principio de razonabilidad⁽¹¹⁾.**

VII. CONCLUSIONES DEL ACUERDO N° 05-2017/TCE

“**Primero.** Es posible realizar la individualización de responsabilidad administrativa por la infracción relativa a la presentación de documentación falsa o adulterada contenida en la oferta, con base en la promesa formal de consorcio presentada como parte de la oferta, de acuerdo a lo previsto en el artículo 220 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, lo cual significa que se puede aplicar la sanción a la empresa individualizada y no a todos las empresas que conforman el consorcio, permitiendo la objetividad en la aplicación de la sanción.

“**Para que la individualización de responsabilidad sea factible la asignación de obligaciones en la promesa formal de consorcio debe generar suficiente certeza.**”

Segundo. No corresponde efectuar la individualización de responsabilidad en base a una promesa formal de consorcio no auténtica ni veraz. Sobre una promesa falsa presentada por los consorciados no podría individualizarse la responsabilidad.

Tercero. 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 sólo asume obligaciones administrativas, y no la venta, suministro, prestación del servicio o ejecución de la obra, según corresponda al objeto contractual.

Cuarto. En los casos en 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.

Quinto. 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, de valoración conjunta, para la evaluación del caso concreto.

Sexto. 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 los mismos, siendo necesaria, para que proceda una individualización de responsabilidades, 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”.■

(10) Tal como ha sido expresado en reiterados y uniformes pronunciamientos de este Tribunal, para demostrar la configuración de los supuestos de hecho de falsedad o adulteración de los documentos cuestionados, se requiere acreditar que estos no hayan sido suscritos por quien aparece en los mismos como su supuesto suscriptor, o que, siendo válidamente expedidos, hayan sido adulterados en su contenido. Onceavo antecedente de la Resolución N° 951-2017-TCE-S3.

(11) Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General
 “Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo:
 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.