Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3124-2022-TCE-S4

Sumilla: *"(…) considerando que el régimen de redención de sanciones para las MYPES, resultará aplicable una vez que se establezcan las condiciones y sanciones correspondientes en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Estado, este Colegiado considera que no resulta posible pronunciarse sobre el fondo de las solicitudes de redención de sanción planteadas por los Recurrentes, toda vez que, a la fecha de emisión del presente pronunciamiento, no se han establecido, en el Reglamento de la Ley N° 30225, las condiciones y sanciones de la Ley N° 31535."*

Lima, 19 de septiembre de 2022

VISTO en sesión del 19 de septiembre de 2022 de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el **Expediente N° 1912/2020.TCE**, sobre pedido de retroactividad benigna y solicitud de redención de sanción planteadas por la empresa **JOGAMA CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L.,** integrante del **CONSORCIO AMBER & PEY** contra la sanción de inhabilitación temporal impuesta en la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021.; y, atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, dispuso sancionar a las empresas **JOGAMA CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L.** y **CONSTRUCTORA DELV SOCIEDAD ANÓNIMA**, integrantes del **CONSORCIO AMBER & PEY**, con inhabilitación temporal por el periodo de treinta y siete (37) meses, en sus derechos de participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y contratar con el Estado, al haberse determinado su responsabilidad por presentar documentación falsa, infracción tipificada en el literal j) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Firmado digitalmente por FERREYRA CORAL Violeta Lucero FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 21:10:50 -05:00

Firmado digitalmente por CABRERA GIL Cristian Joe FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 19:29:39 -05:00

Firmado digitalmente por PEREZ GUTIERREZ Annie Elizabeth FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 21:25:04 -05:00

La sanción fue impuesta contra las empresas **JOGAMA CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L.** y **CONSTRUCTORA DELV SOCIEDAD ANÓNIMA**, integrantes del **CONSORCIO AMBER & PEY**, en adelante **el Consorcio**, por la comisión de la infracción antes mencionada en el marco de su participación en la Adjudicación Simplificada N° 19-2019-GRA/CS-1 – Primera Convocatoria, para la contratación del *"Servicio de consultoría de obra para la supervisión de la obra: creación del servicio de transitabilidad peatonal Puerto Motupe- Distrito de Cajaruro, Provincia de Utcubamba, Región Amazonas, Centro Poblado de Misquiyacu Bajo, Distrito de Cajaruro, Provincia de Utcubamba, Región Amazonas"*, en adelante el procedimiento de selección, convocado por el **GOBIERNO REGIONAL DE AMAZONAS – SEDE CENTRAL**, en lo sucesivo **la Entidad**.

2. Mediante Escrito S/N[1], presentado el 26 de agosto de 2022, a través de la Mesa de Partes Digital del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE, la empresa JOGAMA CONSULTORÍAS Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L., integrante del Consorcio, solicitó la redención de sanción impuesta mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021, en los siguientes términos:

- Refiere que en aplicación al principio de retroactividad benigna se aplique la Ley Nº 31535, que modifica la Ley 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, la cual tuvo por objeto incorporar una causal de *"afectación de actividades productivas o de abastecimiento por crisis sanitarias"*, a los criterios de graduación de la sanción, aplicable a las micro y pequeñas empresas (MYPE).

- Precisar que, al estar registrado como MYPE, haber sido sancionado durante el estado de emergencia nacional, y al no tener antecedentes de sanción, cumpliría con los presupuestos establecidos en la primera Disposición Complementaria final de la Ley N° 31535 *"Régimen excepcional de redención de sanciones paras las MYPE"*, por lo que solicita se le redima íntegramente la sanción de inhabilitación temporal impuesta por la Resolución N° 1219-2020-TCE-S4 del 22 de junio de 2020, y se varie ésta por una multa.

3. Con decreto del 2 de septiembre de 2022[2], se puso a disposición de la Cuarta Sala la solicitud de redención presentada por la empresa JOGAMA CONSULTORÍAS Y

[1] Véase a folios 2 al 16 del expediente administrativo en formato PDF.
[2] Véase a folio 49 del expediente administrativo en formato PDF.

CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L., integrante del Consorcio, en adelante **el Recurrente.**

4. Por Decreto del 9 de septiembre de 2022[3], se dispuso la incorporación al presente expediente del Oficio N° 0012-2022-EF/54.02[4] e Informe N° 0092-2022-EF/54.02[5], ambos del 25 de agosto de 2022, emitidos por la Dirección General de Abastecimiento, en respuesta a la Consulta formulada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado respecto a la aplicación de la Ley N° 31535.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, de retroactividad benigna y la solicitud de redención según la Ley N° 31535, respecto de la sanción de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado impuesta contra el Recurrente, mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021.

Sobre el pedido de aplicación del principio de retroactividad benigna

2. El recurrente solicita la aplicación del principio de retroactividad benigna respecto a la sanción impuesta mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021.

3. Como marco referencial, debe tenerse presente que, de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, la Ley desde su entrada en vigencia se aplica a las relaciones jurídicas existentes y no tiene efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo. En este último caso, se ha previsto la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma en materia penal siempre que dicha aplicación produzca una situación beneficiosa al reo.

Sobre ello, el Tribunal Constitucional[6] a través de reiterada jurisprudencia ha señalado que: *el Principio de retroactividad benigna implica, por tanto, la aplicación de una*

[3] Véase a folio 50 del expediente administrativo en formato PDF.
[4] Véase a folio 51 del expediente administrativo en formato PDF.
[5] Véase a folios 52 al 56 del expediente administrativo en formato PDF.
[6] Véase las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2389-2007-PHC/TC, N° 2744-2010-PHC/TC, N° 00752-2014-PHC/TC, entre otras.

norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado pierde interés (o el interés sea menor) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida). Pero primordialmente se justifica en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución).

En base a dicha disposición constitucional y considerando que, tanto el derecho penal como el derecho administrativo sancionador, son manifestaciones del poder punitivo del Estado, resulta que el *principio de retroactividad benigna* de la ley penal también se aplica a la norma administrativa sancionadora, en la medida que ambas forman parte del conjunto normativo del Derecho Sancionador. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la Casación N° 3988-2011 Lima, ha reconocido con carácter de precedente vinculante la aplicabilidad de la retroactividad benigna en materia administrativa sancionadora, habiendo señalado lo siguiente: *la aplicación de la retroactividad benigna en materia administrativa presupone la existencia de dos juicios disimiles por parte del legislador sobre un mismo supuesto de hecho conductual (un cambio de valoración sobre la conducta infractora): Uno anterior, más severo, y otro posterior, más tolerante*.

Atendiendo a lo señalado, se aprecia que el principio de retroactividad benigna también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador; en virtud de ello, en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, se ha contemplado 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. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.*

4. En ese contexto, dicho principio determina que, en los procedimientos administrativos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que estaba vigente al momento de la comisión de la infracción y, como excepción, se admite la posibilidad de aplicar una nueva norma que ha entrado en vigencia con

posterioridad a la comisión de la infracción, siempre que ésta resulte más beneficiosa para el administrado.

Consecuentemente, si la nueva norma no reporta ningún beneficio a la situación del administrado, carece de objeto que se la aplique retroactivamente dado que no es más favorable, pues, aunque, en abstracto, establezca disposiciones sancionadoras que puedan parecer en términos generales como más benignas, lo que se requiere para la aplicación retroactiva de la nueva norma, es que le reporte, de manera concreta, una consecuencia más ventajosa.

Ahora bien, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG ha precisado en qué aspectos una nueva norma puede aplicarse retroactivamente por favorecer al presunto infractor o al infractor; así, el referido principio de irretroactividad establece que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo tanto en lo referido a: i) la tipificación de la infracción, ii) la sanción, ii) los plazos de prescripción, **aspectos que aplican inclusive respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición**.

5. En ese contexto, corresponde analizar si en el presente caso, la normativa de contratación pública vigente resulta más beneficiosa a la situación actual del recurrente, considerando la inhabilitación temporal de treinta y siete (37) meses que le fue impuesta mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021.

6. En este punto, cabe precisar que, en el fundamento 1 de la recurrida, se determinó que el Colegiado tuvo como referencia para resolver, la siguiente normativa:

> *"(…)*
> ***Normativa aplicable***
>
> *Es materia del presente procedimiento determinar la supuesta responsabilidad administrativa del Contratista, por haber presentado documentos supuestamente falsos o adulterados e información inexacta; hecho que se habría producido el **29 de marzo de 2019**, fecha en la cual se encontraba vigente el **Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley** de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Supremo N° 82-2019-EF, en lo sucesivo **la Ley**, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, en lo sucesivo **el Reglamento**, normativa que será aplicada para resolver el presente caso, en lo referente al tipo infractor, la sanción y el plazo prescriptorio, sin perjuicio de la eventual aplicación del principio de retroactividad benigna.*

(…)" (sic).

(énfasis agregado).

7. Según lo antes citado, para resolver el caso, el Colegiado aplicó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 82-2019-EF, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nº 344-2018-EF, pues, en la fecha de comisión de la infracción incurrida por parte del Recurrente, esto es, 6 de junio de 2019 [presentación de la oferta], se encontraba vigente la citada normativa.

Por tanto, al no existir a la fecha, una norma posterior al Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 82-2019-EF, que determine una comparación de normas, en el presente caso, no resulta de aplicación el principio de retroactividad benigna.

8. En este extremo, cabe recordar que la aplicación del principio de retroactividad benigna **no implica una reevaluación de los hechos que ya fueron determinados**, sino solo la comparación de la normativa que estuvo vigente a la fecha de determinación de la sanción, con aquella posterior que le sea más favorable, aplicando esta última, de así corresponder.

9. Por lo ya expuesto, no corresponde acoger el pedido del Recurrente, sobre la aplicación del principio de retroactividad benigna respecto a la sanción impuesta mediante la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021

Sobre el pedido de redención de la sanción en virtud de la Ley N° 31535, Ley que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado:

10. El Recurrente solicita que se aplique redención de sanción, en virtud de la Ley N° 31535, Ley que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, señalando que su representada es una MYPE y ha sido sancionada en plena pandemia COVID-19.

11. Al respecto, **como condición previa**, este Colegiado **considera** que debe analizar el marco normativo que comprende la Ley N° 31535, "*Ley que modifica la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, a fin de incorporar la causal de afectación*

de actividades productivas o de abastecimiento por crisis sanitarias, aplicable a las micro y pequeñas empresas (MYPE)".

12. Ahora bien, el 28 de julio de 2022 se publicó en el diario oficial "El Peruano" la Ley N° 31535, en cuya primera disposición complementaria final, se establece lo siguiente:

> *"(…)*
>
> ***PRIMERA. Régimen excepcional de redención de sanciones para las MYPE***
>
> *Las MYPE que hayan sido sancionadas con inhabilitación para contratar con el Estado durante el estado de emergencia nacional podrán redimir íntegramente su sanción, excepcionalmente y por única vez,* ***de acuerdo a las condiciones y sanciones que establezca la adecuación al reglamento originado por la presente ley****.*
>
> *Las MYPE que hayan incurrido en las infracciones contempladas en el párrafo 50.1 del artículo 50 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, podrán acogerse al beneficio del primer párrafo solo si es la primera vez que fueron sancionadas por la comisión de dichas faltas y deberán pagar una multa, la cual no será menor de 5 unidades impositivas tributarias ni mayor de 15.*
> *(…)"*
>
> *(La negrita es agregada).*

De la disposición antes citada, se desprende que ésta recoge dos supuestos en las cuales se podría solicitar la aplicación de dicho beneficio, siendo ellos los siguientes:

a) Las MYPE que hayan sido sancionadas con inhabilitación para contratar con el Estado durante el estado de emergencia nacional podrán redimir íntegramente su sanción, excepcionalmente y por única vez*,* **de acuerdo a las condiciones y sanciones que establezca la adecuación al reglamento originado por la presente ley**.

b) Las MYPE que hayan incurrido en las infracciones contempladas en el párrafo 50.1 del artículo 50 de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado, podrán acogerse **al beneficio del primer párrafo** solo si es la primera vez que fueron sancionadas por la comisión de dichas faltas y deberán pagar una multa, la cual no será menor de 5 unidades impositivas tributarias ni mayor de 15.

En ese sentido, si bien la norma describe condiciones que deben concurrir para que las MYPE puedan solicitar acogerse a este beneficio, no debe soslayarse el hecho de que la norma también establece que dichos beneficios se aplicarán de acuerdo a las condiciones y sanciones que establezca la adecuación al reglamento originado por la inclusión de estos beneficios.

13. Por su parte, en la segunda disposición complementaria final del mismo cuerpo normativo, se ha previsto lo siguiente:

> *(…)*
> ***SEGUNDA. Adecuación de las normas reglamentarias***
> *El Ministerio de Economía y Finanzas* ***adecúa el reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado a los términos de la presente ley dentro de los treinta (30) días siguientes de su entrada en vigencia****. Dicha adecuación no limita la aplicación inmediata de la presente ley, desde la fecha de su entrada en vigencia.*
> *(…).*
> *(El resaltado es nuestro).*

Nótese que, en la disposición antes citada, se establece que corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas dictar las disposiciones que correspondan para la adecuación de la Ley de Contrataciones del Estado dentro de los treinta (30) días posteriores a su entrada en vigencia; reglamento que, de acuerdo a la propia normativa, incluirá las condiciones y sanciones que se deben aplicar según cada caso en concreto.

Sobre el particular, corresponde señalar que, a la fecha, el Ministerio de Economía y Finanzas no ha emitido las disposiciones que adecuen el Reglamento de la Ley de Contrataciones para la atención de las solicitudes de redención; por lo tanto, a la fecha no existen las condiciones ni sanciones que originan este tipo de solicitudes.

14. Con relación a ello, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado efectuó una consulta a la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas[7], respecto de la aplicación de la primera disposición complementaria final de la Ley N° 31535, en los siguientes términos:

> *"De lo establecido en la Ley N° 31535, se advierte que, si bien la Segunda Disposición Complementaria Final señala que la vigencia de la Ley no se encuentra supeditada a*

[7] *Conforme a lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1439, dicha dirección es el ente rector del Sistema Nacional de Abastecimiento, y como tal, entre otras, tiene la función de emitir opinión vinculante en materia del referido sistema.*

> *desarrollo reglamentario, la Primera Disposición Complementaria Final sí condiciona la vigencia de dicha disposición a desarrollo reglamentario.*
>
> *En tal sentido, se solicita emitir opinión sobre la vigencia de la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley en mención—referida al régimen excepcional de redención de sanciones para las MYPE—es decir, si su vigencia se encuentra sujeta a la emisión del Reglamento o si corresponde que se aplique de manera inmediata, independientemente de la reglamentación."*

15. En respuesta a la consulta formulada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, la Dirección General de Abastecimiento del Ministerio de Economía y Finanzas, Órgano Rector del Sistema Nacional de Abastecimiento, mediante el Oficio N° 0012-2022-EF/54.02 del 25 de agosto de 2022, remitió el Informe N° 0092-2022-EF/54.02 de la misma fecha, señalando que dicha dirección hace suyo, y en el cual concluyó en lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *2.10 En dicho contexto,* ***esta Dirección****, en concordancia con lo manifestado por la Dirección de Adquisiciones y la Oficina General de Asesoría Jurídica del MEF,* ***señala que la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley Nº 31535, que establece el régimen de redención de sanciones para las MYPES, resultará aplicable una vez que se establezcan las condiciones y sanciones correspondientes en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Estado****.*
>
> *(…)". (La negrita es agregada).*

16. Estando a lo expuesto, y considerando que el régimen de redención de sanciones para las MYPES, resultará aplicable una vez que se establezcan las condiciones y sanciones correspondientes en el Reglamento de la Ley de Contrataciones Estado, este Colegiado considera que no resulta posible pronunciarse sobre el fondo de la solicitud de redención de sanción planteada por el Recurrente, toda vez que, a la fecha de emisión del presente pronunciamiento, no se han establecido, en el Reglamento de la Ley N° 30225, las condiciones y sanciones de la Ley N° 31535.

17. En ese sentido, corresponde declarar improcedente la solicitud de redención de la sanción pretendida por el Recurrente, al no encontrarse regulado en el Reglamento de la Ley N° 30225 las condiciones y sanciones de la Ley N° 31535.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución Nº 3124-2022-TCE-S4

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del vocal ponente Cristian Joe Cabrera Gil, y la intervención de las vocales Annie Elizabeth Pérez Gutiérrez y Violeta Lucero Ferreyra Coral, atendiendo a la conformación de la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021- OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, la Resolución N° D000090-2022- OSCE/PRE del 21 de mayo de 2022, y en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082- 2019-EF, y los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud de redención de sanción planteada por la empresa **JOGAMA CONSULTORES Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L.** con **R.U.C. N° 20573023481** contra la Resolución N° 253-2021-TCE-S4 del 27 de enero de 2021, por los fundamentos expuestos.

2. Declarar **NO HA LUGAR** la solicitud de aplicación de retroactividad benigna planteada por la empresa **JOGAMA CONSULTORES Y CONSTRUCCIONES GENERALES E.I.R.L**, por los fundamentos expuestos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

Firmado digitalmente por FERREYRA CORAL Violeta Lucero FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 21:11:08 -05:00

VOCAL

Firmado digitalmente por CABRERA GIL Cristian Joe FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 19:29:47 -05:00

PRESIDENTE

Firmado digitalmente por PEREZ GUTIERREZ Annie Elizabeth FAU 20419026809 soft
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 19.09.2022 21:25:15 -05:00

VOCAL

ss.
Cabrera Gil.
Ferreyra Coral.
Pérez Gutiérrez**.**