

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Sumilla: *Corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración, al verificarse que el Impugnante no ha aportado elementos de juicio por cuya virtud deba modificarse la decisión que se adoptó en la resolución recurrida.*

Lima, 29 de diciembre de 2022.

VISTO en sesión del 29 de diciembre de 2022 de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el Expediente N° **3005-2022.TCE**, sobre el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Termirex S.A.C., contra la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, oído el informe oral; y atendiendo a los siguientes:

ANTECEDENTES

1. Mediante **Resolución N° 4123-2022-TCE-S3** del 28 de noviembre de 2022, en adelante **la resolución impugnada**, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado dispuso por mayoría suspender el procedimiento administrativo sancionador seguido a las empresas Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú y Termirex S.A.C., integrantes del Consorcio T&T – San José, en adelante **el Consorcio**, por su presunta responsabilidad al haber presentado documentos con información inexacta, en el marco del Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 - Primera Convocatoria, en lo sucesivo **el procedimiento de selección**, convocado por el MTC - Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional), en adelante **la Entidad**; infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en adelante **la Ley**.

Los principales fundamentos de dicha resolución fueron los siguientes:

- Se imputó a las empresas Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú y Termirex S.A.C., integrantes del Consorcio, haber presentado como parte de su oferta, información inexacta en el marco del procedimiento de selección, contenida en:
 - i. Anexo N° 2 – Declaración jurada (Artículo 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 21 de octubre de 2021, a través del cual, se declara entre otros no tener impedimento para

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley de Contrataciones del Estado, suscrito por el señor Víctor Rony San Miguel Velásquez, en calidad de representante común del Consorcio.

- En principio, se verificó que el documento conteniendo la información cuestionada fue presentado por el Consorcio como parte de su oferta, en el marco del procedimiento de selección.

Respecto a la supuesta información inexacta contenida en el documento descrito en el numeral i) del fundamento 14 de la resolución impugnada.

- Se cuestionó la información contenida en el Anexo N° 2 – Declaración jurada (Artículo 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 21 de octubre de 2021, específicamente en el numeral ii), en el cual el representante común del Consorcio declaró bajo juramento, no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

Al respecto, la Entidad señaló que, en el procedimiento de selección se habrían presentado dos (2) postores, que tienen como integrantes empresas [Corporación imaginación S.A.C. y Termirex S.A.C.] que tendrían similar giro de negocios, una relación de parentesco entre los gerentes generales, y un socio accionista común, y que formarían parte del mismo grupo económico, perjudicando la participación de los demás postores.

- La resolución impugnada, señaló que, para determinar si se incurrió en el impedimento aludido, debe acreditarse que las personas naturales o jurídicas imputadas: i) participaron en un mismo procedimiento de selección, y, ii) pertenecen a un mismo grupo económico, conforme se define en el Reglamento.

Respecto al primer supuesto, señaló que, de la verificación de la información registrada en el SEACE, se advirtió que la empresa Corporación Imaginación S.A.C., es integrante del Consorcio Santo Tomas, y la empresa Termirex S.A.C. es integrante del Consorcio T&T – San José [el Consorcio]; asimismo, se apreció que ambos consorcios se inscribieron en el procedimiento de selección y presentaron sus ofertas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Respecto al segundo supuesto, se señaló que, debe establecerse, como presupuesto que: i) una de ellas ejerce el control sobre la otra, o ii) que el control de dichas personas jurídicas reside en una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.

- En relación a lo anterior, la resolución impugnada señaló que, si bien una de las líneas probatorias, entre otras, que ha seguido este tribunal en situaciones similares ha sido verificar la información societaria de las personas jurídicas a quienes se les imputa de pertenecer a un mismo grupo económico, a efectos de determinar si las personas que ostentan la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, de la junta general de accionistas o de socios, u otros órganos de decisión, coinciden entre ellas; sin embargo, precisó que esta Sala no puede dejar de reconocer que los elementos que caracterizan los conceptos de “grupo económico”, “control” y “unidad de decisión” tienen un fuerte componente fáctico (en especial, el último término aludido), cuya verificación no solo se agota con el análisis societario.

En ese sentido, señaló que, de los fundamentos de la denuncia interpuesta por la Entidad [Informe N° 59-2022-MTC/20.2.1.2 del 14 de enero de 2022], se hace referencia al Pliego de Hechos efectuado por la Contraloría General de la República sobre la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/2, para la ejecución de la obra “*Construcción del puente vehicular Tarata sobre el Río Huallaga, provincia de Mariscal Cáceres, región San Martín*”, donde participaron las mismas empresas Termirex S.A.C. y Corporación Imaginación S.A.C., como integrantes también de dos consorcios distintos (Consortio Puente Tarata III y Consortio Huayabamba), respectivamente; es decir, una situación similar a la que se produjo en el procedimiento de selección del presente caso; y, la mencionada institución precisó, en dicho pliego de hechos, lo siguiente:

(...)

*Sobre el particular, al haberse evidenciado que las citadas empresas tienen similar giro de negocio, tienen una relación de parentesco (los representantes legales/gerentes generales son hermanos), y tienen un socio accionista común; **reúnen los requisitos de pertenecer a un mismo grupo económico**” (la negrita y el subrayado son agregados).*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

- En relación a lo precedente, señaló que existe una investigación penal que se está llevando a cabo en la Carpeta Fiscal N° 07-2022, ante la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Quinto despacho, investigación que se encuentra en etapa de investigación preparatoria formalizada.

De la revisión de la Disposición N° 15 “Disposición de formalización de investigación preparatoria” del 6 de abril de 2022, remitida por la Fiscalía, señala que, entre los hechos materia de investigación en la Carpeta Fiscal N° 07-2022 (Ref. Expediente Judicial N° 04680-2021), descritos en el acápite I “Fundamentos de hecho” del considerando segundo “Fundamentos de la disposición de formalización de la investigación preparatoria”, se advierte que, para la determinación de la existencia de responsabilidad penal de algunos de los delitos imputados, dicha disposición, entre otros, se fundamenta (parte I) en la hipótesis fiscal de una presunta vinculación entre los consorcios que ocuparon el primer y segundo lugar en la licitación, al contar con un accionista común y pertenecer a un mismo grupo económico (páginas 25 a 29, fundamentos 30 al 46), refiriéndose, en particular, a las citadas empresas Termirex S.A.C. y la empresa Corporación Imaginación S.A.C.

Asimismo, cuando en dicha disposición, en su parte II, se efectúan las imputaciones específicas al delito de colusión agravada en organización criminal, y, como elemento temporal de la estructura de la supuesta organización criminal, se plantea que las empresas vinculadas con la familia Pasapera (Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.) formaban un grupo empresarial de poder (página 115, numeral 2.5); además, en el detalle de las imputaciones específicas, en particular contra los miembros del comité especial de la mencionada licitación, se plantea que estos “permitieron indebidamente que las ofertadas presentadas por dos consorcios que formaban parte de un mismo grupo económico” (lo resaltado es agregado).

- Al respecto, precisó que, en el proceso judicial, a efectos, de determinar responsabilidad penal por algunos de los delitos imputados, entre otros aspectos, necesariamente tendrá que acreditarse la existencia de un grupo económico, conformado, según la hipótesis fiscal, por las empresas Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Asimismo, que en dicha instancia judicial se desplegarán una serie de actuaciones y elementos probatorios que en el presente procedimiento administrativo sancionador no pueden efectuarse, tales como declaraciones de colaboradores eficaces, testimoniales, declaraciones de otros imputados, etc., los cuales pueden contribuir de manera decisiva a determinar la existencia o no de un grupo económico en el presente caso; en particular, respecto de la acreditación o no de algunos requisitos que exige el concepto de “grupo económico”, que conllevan un fuerte componente fáctico (tales como “control” y “unidad de decisión”).

En tal sentido, precisó que, se advierte la necesidad de conocer previamente la decisión judicial que se emitirá en el marco de la investigación que se viene realizando en la Carpeta Fiscal N° 07-2022.

- Por lo que, conforme al literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 de la Ley, que establece que el Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador, a solicitud de parte o de oficio, entre otros supuestos, cuando considere que, para la determinación de la responsabilidad resulte necesario contar, previamente con decisión judicial; y a efectos de determinar la responsabilidad administrativa conforme al tipo infractor imputado previsto en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, la resolución impugnada, precisó que, corresponde suspender el procedimiento administrativo sancionador, así como suspender también el plazo de prescripción conforme a lo previsto en el numeral 50.8 del artículo 50 de la Ley.

Respecto al voto en discordia¹ en relación del análisis del voto en mayoría a partir del fundamento 25 así como de la parte resolutive.

- Como se ha mencionado previamente, se cuestionó la información contenida en el Anexo N° 2 – Declaración jurada (Artículo 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 21 de octubre de 2021, específicamente en el numeral ii), en el cual el representante común del Consorcio declaró bajo juramento, no tener impedimento para postular en el procedimiento de selección ni para contratar con el Estado, conforme al artículo 11 de la Ley.

¹ Realizado por la Vocal Paola Saavedra Alburqueque que participó en la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Asimismo, se ha mencionado que, la Entidad señaló que, en el procedimiento de selección se habrían presentado dos (2) postores, que tienen como integrantes empresas [Corporación imaginación S.A.C. y Termirex S.A.C.] que tendrían similar giro de negocios, una relación de parentesco entre los gerentes generales, y un socio accionista común, y que formarían parte del mismo grupo económico, perjudicando la participación de los demás postores.

Además que, para determinar si se incurrió en el impedimento aludido, debe acreditarse que las personas naturales o jurídicas imputadas: i) participaron en un mismo procedimiento de selección, y, ii) pertenecen a un mismo grupo económico, conforme se define en el Reglamento.

- Respecto del primer supuesto, señaló que, de la verificación de la información registrada en el SEACE, se advierte que la empresa Corporación Imaginación S.A.C., es integrante del Consorcio Santo Tomas, y la empresa Termirex S.A.C. es integrante del Consorcio T&T – San José [el Consorcio]; asimismo, se aprecia que ambos consorcios se inscribieron en el procedimiento de selección y presentaron sus ofertas.
- Respecto al segundo supuesto, precisó que, para determinar si la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] y la empresa Corporación Imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomás], conforman un grupo económico, debe establecerse, como presupuesto que: **i)** una de ellas ejerce el control sobre la otra, o **ii)** que el control de dichas personas jurídicas reside en una o varias personas naturales que actúan como unidad de decisión.
- Respecto a lo anterior, el voto en discordia señaló que, con relación a la formación societaria de la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio], de la revisión de la base de datos del RNP, se aprecia que mediante el Trámite N° 17465071 (presentado el 19 de agosto de 2020), de actualización de información legal, se verifica que el señor Héctor Severo Pasapera Adrianzen, cuenta con el 0.61% del total del accionariado de la citada empresa; mientras que el señor George Peter Pasapera Adrianzen tiene el 99.39% restante; asimismo, que el señor George Peter Pasapera Adrianzen es representante y gerente general.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Aunado a ello, la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] en sus descargos y de la documentación obrante en el expediente administrativo, se encuentra el Libro Matrícula de Acciones, en el que se aprecia el Acta N° 9 – Acta de asiento de transferencia de acciones del 2 de setiembre de 2014, en el que se deja constancia de la transferencia de acciones, que efectuó el señor Marco Antonio Pasapera Adrianzen a favor del señor Héctor Severo Pasapera Adrianzen (480 acciones), y del señor George Peter Pasapera Adrianzen (20 acciones).

Así también, de los descargos de la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] se tiene el Asiento C0001 de la Partida N° 11146087 de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP, donde se advierte que la empresa Termirex S.A.C., mediante junta general de accionistas del 5 de setiembre de 2014, acordó aceptar la renuncia y revocar todos los poderes que la sociedad a la fecha hubiere otorgado al señor Marco Antonio Pasapera Adrianzen. Dicho acto fue inscrito en Registros Públicos, el 13 de octubre de 2014.

Adicionalmente, se realizó la búsqueda en el Portal web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, “Consultas RUC”, del cual, se verifica que la empresa Termirex S.A.C declaró ante la SUNAT, como gerente general al señor George Peter Pasapera Adrianzen, desde el 12 de octubre de 2017.

- Respecto a la conformación societaria de la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomas], señaló que, de la revisión de la base de datos del RNP, se aprecia que mediante el Trámite N° 14947316 (presentado el 30 de mayo de 2019), de comunicación de ocurrencias, se verifica que, el señor Marco Antonio Pasapera Adrianzen, cuenta con el 99.55% del total de accionariado de la citada empresa, mientras que la señora María Ysolina Bermejo Melendrez, tiene el 0.45% restante; asimismo, que el señor Marco Antonio Pasapera Adrianzen es representante y gerente general.

Adicionalmente, se realizó la búsqueda en el Portal web de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT, “Consultas RUC”, del cual se aprecia que, la empresa Corporación Imaginación Sociedad Anónima Cerrada declaró como gerente general, al señor Marco Antonio Pasapera Adrianzen, desde el 17 de abril de 2011.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

- Preciso que, de lo expuesto, se aprecia que la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] y la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrantes del Consorcio Santo Tomás], no cuentan con los mismos socios, siendo los únicos socios de la empresa Termirex S.A.C. los señores Héctor Severo Pasapera Adrianzen (0.61%) y George Peter Pasapera Adrianzen (99.39%), no siendo ellos socios de la empresa Corporación Imaginación S.A.C.; asimismo, que la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] y la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomas] tampoco cuentan con el mismo gerente general.

Así también, precisó que, no existe coincidencia de dirección, número telefónico ni correo electrónico, según la información consignada en el RNP y en la SUNAT, respecto de la Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] y de la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomas].

- Por otra parte el voto en discordia señaló que, las personas jurídicas antes mencionadas son sociedades anónimas cerradas que no cuentan con directorio, como órgano de administración; por lo que, la representación de las mismas recae directamente en las personas que designaron como sus gerentes generales, los cuales conforme se advierte no coinciden entre sí.
- De otro lado, precisó que, si bien se advierten vínculos de parentesco entre las personas que representan a las personas jurídicas antes mencionadas [hermanos]; ello no representa un elemento que acredite y/o determine que alguna de ellas ejerce el control de las otras empresas.
- Por consiguiente, indicó que no se cuenta con elementos suficientes que acrediten que la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] o alguna de las personas naturales que la conforman tenga el control sobre la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomás]; consecuentemente, no es posible afirmar que la empresa Termirex S.A.C. [integrante del Consorcio] y la empresa Corporación imaginación S.A.C. [integrante del Consorcio Santo Tomas] pertenezcan a un mismo grupo económico.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Siendo así, concluye que el Consorcio al momento de presentar a la Entidad el documento con la información cuestionada, no se encontraba inmerso en el impedimento previsto en el literal p) del artículo 11 de la Ley; con lo cual, se determina que el Anexo N° 2 – Declaración jurada (Artículo 52 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado) del 21 de octubre de 2021, en el extremo referido a que no contaba con impedimento para contratar con el Estado, no es discordante con la realidad, esto es, no se ha quebrantado el principio de presunción de veracidad del que se encuentra premunido.

Por tales consideraciones, al no haberse configurado la infracción que estuvo tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, concluyó que corresponde declarar no ha lugar a la imposición de sanción contra los integrantes del Consorcio y disponer el archivamiento del expediente administrativo.

- Por otra parte, el voto en discordia señaló respecto a los supuestos de suspensión de un procedimiento administrativo sancionador, establecidos en el artículo 261 del Reglamento, que en cuanto al primer supuesto, a la fecha de emisión del presente pronunciamiento, no se cuenta con algún mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE, por el cual se disponga la suspensión del presente procedimiento administrativo, por lo que no procede la suspensión sobre la base de tal supuesto.

Asimismo, respecto al segundo supuesto, señaló que si bien existe en trámite una investigación fiscal, entre otras imputaciones, por el delito de colusión agravada en organización criminal, en las que se plantea como uno de los hechos si las empresas vinculadas con la familia Pasapera (Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.) formaban un grupo empresarial de poder; debe resaltarse que a diferencia de lo investigado en tal instancia, en el presente procedimiento administrativo sancionador que se tramita ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, se está revisando la responsabilidad administrativa de los integrantes del Consorcio por la infracción de presentar información inexacta, toda vez que declaró que no se encontraba impedido para contratar con el Estado.

En ese contexto, señala que debe tenerse en cuenta además que la potestad del Tribunal de imponer sanciones administrativas, es

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

independiente de las responsabilidades civiles o penales, que puedan determinarse por las instancias jurisdiccionales pertinentes, conforme se ha indicado diversos pronunciamientos.

En ese sentido, señaló que el Tribunal tiene competencia para determinar la configuración de las infracciones previstas en la Ley, entre ellas, la referida a la presentación de información inexacta, que es la infracción que se imputó en el presente caso, lo que no interfiere con aquella competencia que tiene un fiscal en la investigación o un juez para resolver sobre las cuestiones que se sometan a su jurisdicción [delito de colusión agravada en organización criminal].

En este punto, precisó que la normativa de contrataciones con el Estado, establece impedimentos en los literales m) y n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley para participar en procedimientos de selección y contratar con el Estado, frente a la conclusión de un proceso penal condenatorio e inclusive ante la admisión y/o reconocimiento de delitos cometidos en procedimientos de selección, entre otros.

En esa línea, a su criterio tampoco correspondería suspender el procedimiento administrativo sancionador en base al segundo supuesto analizado.

- Por lo tanto, el voto en discordia consideró que en el presente procedimiento administrativo sancionador es posible analizar y pronunciarse sobre la infracción administrativa imputada, consistente en la presentación de información inexacta, tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.
2. La Resolución N° 4123-2022-TCE-S3, fue debidamente notificada el 28 de noviembre de 2022, a las empresas Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú y Termirex S.A.C., integrantes del Consorcio, mediante publicación en el Toma Razón Electrónico del OSCE, conforme a lo establecido en la Directiva N° 008-2012/OSCE/CD.
 3. Mediante Escrito N° 5, presentado el 5 de diciembre de 2022 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, la empresa Termirex S.A.C., en adelante **el Impugnante**, interpuso recurso de

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

reconsideración contra la Resolución N° 4123-2022.TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, manifestando los siguientes argumentos:

- i. Indica que la posición adoptada en mayoría, no tiene sustento válido, toda vez que, si bien existe en trámite una investigación fiscal (Carpeta Fiscal N° 07-2022), por la supuesta comisión de diversos delitos, entre ellos, el de colusión agravada en organización criminal, la cual se plantea si las empresas Corporación Imaginación S.A.C. y su representada, forman parte de un mismo grupo económico; en el presente procedimiento sancionador, se está revisando la responsabilidad administrativa de su representada, por supuestamente presentar información inexacta en el marco del procedimiento de selección.

Así ambos procesos (penal y administrativo) analizan ilícitos de distinta naturaleza, delito e infracción administrativa, respectivamente, aplicando para ello sus propias pautas.

- ii. Señala que, los artículo 40 y 59 de la Ley, prescriben las facultades conferidas al Tribunal, entre ellas, la potestad de sancionar a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas que cometan infracciones administrativas, con inhabilitación temporal, inhabilitación definitiva o multa; el numeral 50.4 del artículo 50 de la Ley, establece que el Tribunal aplica sanciones por la comisión de las infracciones previstas en dicha norma, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales que se deriven del mismo hecho; y, el artículo 257 del Reglamento, establece que la facultad para imponer las sanciones previstas en el artículo 50 de la Ley, recae exclusivamente en el Tribunal.

Conforme a las normas citadas, señala que, el Tribunal tiene competencia para determinar la configuración de las infracciones previstas en la Ley, entre ellas, la referida a la presentación de información inexacta, sin necesidad de que se emita previamente sentencia judicial alguna, más aún cuando el tipo infractor se encuentra claramente determinado en la Ley, los bienes jurídicos protegidos son distintos y el procedimiento sancionador es independiente y no depende del transcurso del proceso penal.

- iii. Refiere que, debe tenerse presente que, conforme a lo sostenido uniformemente por el Tribunal en diversas resoluciones (como las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Resoluciones N° 1979-2018-TCE-S3, 1972-2021-S3, 2843-2021-TCE-S3, 2459-2021-TCE-S3, entre otras), la potestad del tribunal de imponer sanciones administrativas, es independiente de las responsabilidades civiles o penales que puedan determinarse por las instancias jurisdiccionales pertinentes.

- iv. Precisa que, el Tribunal es el máximo intérprete de la normativa que regula las contrataciones del estado; sin embargo, los fiscales y jueces penales no son especialistas en la materia; por lo tanto, no existe garantía alguna de que el juez penal y mucho menos el fiscal, analice e interprete adecuadamente las normas previstas en la Ley y el Reglamento; por tal motivo, no corresponde esperar el pronunciamiento del juez penal para que el Tribunal recién pretenda resolver el presente caso.

De esta manera, refiere que, contrario a lo establecido en la resolución impugnada, el Tribunal está facultado para resolver el presente procedimiento sancionador sin necesidad de esperar pronunciamiento judicial alguno, toda vez que la actuación del Tribunal no interfiere con la competencia que tiene el fiscal y el juez para investigar y resolver sobre todas las cuestiones sometidas a su jurisdicción.

- v. Por otra parte señala que, los hechos en este procedimiento sancionador nada tienen que ver con el proceso penal tramitado bajo la carpeta fiscal N° 07-2022; toda vez que, el proceso penal versa sobre hechos vinculados a la Licitación Pública N° 1-2021-MTC/21; mientras que el caso de autos, sobre el Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria, e incluso cada procedimiento de selección fue convocado por entidades distintas, PROVIAS DESCENTRALIZADO y PROVIAS NACIONAL, respectivamente.

Precisa que, respecto del Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria [procedimiento de selección], no existe denuncia penal, ni mucho menos proceso penal en trámite.

En tal sentido, ninguna decisión judicial puede afectar el desarrollo del concurso público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria [procedimiento de selección] ni del presente procedimiento sancionador.

- vi. Por lo tanto, no procede la suspensión en base a la causal prevista en el

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 del Reglamento.

- vii. Por otra parte, reitera que, conforme a lo dispuesto por la Resolución N° 3414-2022-TCE-S4, las empresas Corporación Imaginación S.A.C. y su representada no forman parte de un mismo grupo económico, quedando evidenciado que su representada no ha incurrido en la causal de impedimento previsto en el literal p) del artículo 11 de la Ley, al no haber presentado ningún documento con información inexacta.

Y que, conforme a los principios de predictibilidad y seguridad jurídica, corresponde que el Tribunal resuelva en el mismo sentido que la resolución antes citada.

4. Con decreto del 6 de diciembre de 2022, se puso a disposición de la Tercera Sala del Tribunal, el recurso de reconsideración presentado por el Impugnante, y se programó audiencia para el 15 de diciembre de 2022, audiencia que se llevó a cabo con la presencia del abogado del Impugnante y la representante de la Entidad.
5. Mediante Oficio N° 1121-2022-MTC/20.2 del 7 de diciembre de 2022, presentado ante el Tribunal el mismo día, la Entidad acredita a la señora Melissa Lisbeth Benavides Martines, para que haga uso de la palabra en la audiencia pública programada.
6. Por Escrito N° 6, presentado ante el Tribunal el 12 de diciembre de 2022, el Impugnante acredita al abogado Jorge Jesús Ferrer Astocóndor y Yessica Prado Carbajal, para que hagan uso de la palabra en la audiencia pública programada.
7. A través del decreto del 13 de diciembre de 2022, se decretó no ha lugar a la acreditación del representante de la empresa Tableros y Puentes S.A. Sucursal del Perú [integrante del Consorcio], toda vez que, no cumplió con interponer el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022.
8. Con otro Escrito N° 6, presentado ante el Tribunal el 20 de diciembre de 2022, el Impugnante presenta argumentos adicionales, señalando los mismos fundamentos de su recurso de reconsideración, agregando lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

- i. Señala que, lo que se puede analizar y/o discutir en el proceso penal resulta irrelevante para el desarrollo del presente procedimiento sancionador, toda vez que, para determinar si dos o más empresas forman parte de un grupo económico, solo corresponde analizar si las empresas comparten accionistas, socios, representantes o integrantes de órganos de administración.

Al respecto, cita la Resolución N° 3074-2022-TCE-S1 (conformada en ese entonces por el vocal Héctor Inga Huamán), por el cual se declaró que las empresas Mar Contratistas E.I.R.L. y A & C Consultores y Ejecutores E.I.R.L., no formaban parte de un mismo grupo económico, aun cuando en el procedimiento de reconoció que los representantes de ambas empresas tenían un vínculo (por lo menos de amistad), compartían el mismo domicilio, e incluso el representante de una de las empresas acudió a un actos público a nombre de la otra empresa supuestamente vinculada.

Señala que, en la resolución citada, el Tribunal se enfocó en el único elemento imprescindible para la existencia de un grupo económico, que una empresa ejerza el control sobre la otra, y al advertirse que las referidas empresas no comparten socios, representantes ni mucho menos integrantes de sus órganos de administración, se concluyó que no puede acreditarse a existencia de grupo económico alguno.

- ii. Refiere que el Tribunal, en la Resolución N° 2529-2021-TCE-S2, aplicó los mismos criterios de la resolución antes citada, para determinar la no existencia de grupo económico; y fue más enfático en indicar que la existencia de algún grado de parentesco o de afinidad no implica la existencia de control alguno de una persona sobre otra.
 - iii. Por lo que, en estricta aplicación de los principios de predictibilidad y de seguridad jurídica, los criterios desarrollados en las resoluciones antes mencionadas también deben aplicarse al presente caso.
9. Por decreto del 20 de diciembre de 2022, se dejó a consideración de la Sala lo señalado por el Impugnante en sus argumentos adicionales presentados ante el Tribunal el mismo día.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

FUNDAMENTACIÓN:

1. El presente procedimiento administrativo se encuentra referido al recurso de reconsideración interpuesto por el Impugnante contra la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, mediante la cual se resolvió suspender el procedimiento administrativo sancionador seguido al impugnante, por su presunta responsabilidad al haber presentado documentos con información inexacta, en el marco del procedimiento de selección; infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

Sobre la procedencia del recurso de reconsideración

2. El recurso de reconsideración en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo de este Tribunal se encuentra regulado en el artículo 269 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el **nuevo Reglamento**. A tenor de lo dispuesto en el citado artículo, dicho recurso debe ser interpuesto dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de notificada la resolución que impone la sanción y resuelto en el término de quince (15) días hábiles improrrogables a partir de su presentación sin observaciones o de la subsanación respectiva.
3. Atendiendo a la norma antes glosada, así como a la revisión de la documentación obrante en autos, esta Sala aprecia que la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, fue notificada en la misma fecha a través del Toma Razón Electrónico ubicado en el portal institucional del OSCE; por lo que, el Impugnante tenía hasta el 5 de diciembre de 2022 para presentar su recurso impugnativo.
4. En ese sentido, en el presente caso, dado que el recurso del Impugnante, fue interpuesto el 5 de diciembre de 2022, éste resulta procedente; por lo que corresponde realizar el análisis de fondo respecto de los argumentos planteados.

Sobre los argumentos de la reconsideración

5. En principio, cabe indicar que los recursos administrativos son mecanismos de revisión de los actos administrativos². En el caso específico de los recursos de reconsideración, lo que el administrado solicita es la revisión de la decisión ya

² Guzmán Napuri, Christian. Manual del Procedimiento Administrativo General. Pacífico Editores, Lima, 2013. Pág. 605.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

adoptada, por parte de la misma autoridad que emitió el acto que impugna. Para tal efecto, el administrado somete a consideración de dicha autoridad los nuevos elementos que considera atendibles y suficientes para revertir el sentido de la decisión adoptada.

En ese sentido, el recurso de reconsideración tiene por objeto que se revoque, reforme o sustituya un acto administrativo, con tal fin los administrados deben refutar los argumentos que motivaron la expedición o emisión de dicho acto, ofreciendo elementos de convicción que respalden sus alegaciones a efectos que el órgano emisor pueda reexaminar el acto recurrido.

Recordemos que “si la administración adopta una decisión lo lógico es que la mantenga, a no ser que excepcionalmente se aporten nuevos elementos, a la vista de los cuales se resuelva rectificar lo decidido (...)”³. En efecto, ya sea que el órgano emisor del acto recurrido no haya valorado algún elemento con el cual no se contaba al momento de la expedición de dicho acto o que haya existido un error en la valoración fáctica y jurídica al momento de emitir el mismo, lo cierto es que en ambos casos, los argumentos planteados por el recurrente estarán orientados exclusivamente a cuestionar el acto administrativo previamente emitido, en base al cual se efectuará el examen, lo que supone algo más que una reiteración de los mismos argumentos que esencialmente fueron expuestos y evaluados durante el trámite que dio origen a la recurrida.

Bajo dicha premisa, corresponde evaluar, en base a los argumentos y/o instrumentales aportados por el Impugnante en su recurso, si existen nuevos elementos de juicio que generen convicción en este Colegiado a efectos de revertir la decisión de la resolución impugnada. Debe destacarse que todo acto administrativo goza, por principio, de la presunción de validez. En tal sentido, a continuación, se procederá a evaluar los elementos aportados por el Impugnante, a efectos de determinar si existe sustento suficiente para revertir, como pretende, el sentido de la decisión adoptada.

6. Teniendo en consideración que la sanción impuesta se debió a que el Impugnante presentó información inexacta, en el marco del procedimiento de selección, corresponde verificar si ha aportado elementos de convicción en su recurso, que ameriten dejar sin efecto lo dispuesto en la recurrida.

³ GORDILLO, Agustín. TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y OBRAS SELECTAS. 11ª edición. Buenos Aires, 2016. Tomo 4. Pág. 443.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Respecto a la no suspensión del procedimiento administrativo sancionador

7. El impugnante manifiesta que, si bien existe en trámite una investigación fiscal, entre otros por la supuesta comisión del delito de colusión agravada en organización criminal, en el cual se plantea si las empresas Corporación Imagination S.A.C. y su representada, forman parte de un mismo grupo económico; en el presente procedimiento sancionador, se viene revisando la responsabilidad administrativa de su representada, por supuestamente presentar información inexacta; por lo tanto, ambos procesos [penal y administrativo], analizan ilícitos de distinta naturaleza, delito e infracción administrativa, respectivamente, aplicando para ello sus propias pautas.

En relación a ello, señala que, el Tribunal conforme a lo establecido en los artículos 40, 59 y 50 de la Ley, así como en el artículo 257 del Reglamento, tiene competencia para determinar la configuración de las infracciones previstas en la ley, entre ellas la de presentar información inexacta, sin necesidad de que se emita previamente sentencia judicial alguna, más aún cuando el tipo infractor se encuentra claramente determinado en la Ley, los bienes jurídicos protegidos son distintos y el procedimiento sancionador es independiente y no depende del transcurso del proceso penal.

Asimismo, precisa que el Tribunal es el máximo intérprete de la normativa que regula las contrataciones del estado, y los fiscales y jueces penales no son especialistas en la materia; por lo tanto, no existe garantía alguna de que el juez penal y mucho menos el fiscal, analice e interprete adecuadamente las normas previstas en la Ley y el Reglamento.

Señala que, debe tenerse presente que, conforme a lo sostenido uniformemente por el Tribunal en diversas resoluciones (como las Resoluciones N° 1979-2018-TCE-S3, 1972-2021-S3, 2843-2021-TCE-S3, 2459-2021-TCE-S3, entre otras), la potestad del Tribunal de imponer sanciones administrativas, es independiente de las responsabilidades civiles o penales que puedan determinarse por las instancias jurisdiccionales pertinentes.

Por otra parte cita la Resolución N° 3414-2022-TCE-S4, por el cual se dispuso que, las empresas Corporación Imagination S.A.C. y su representada no forman parte de un mismo grupo económico; y las Resoluciones N° 3074-2022-TCE-S1 y Resolución N° 2529-2021-TCE-S2, en las cuales el Tribunal se enfocó en el único elemento imprescindible para la existencia de un grupo económico, que una

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

empresa ejerza el control sobre la otra, y al advertirse que las empresas no comparten socios, representantes ni mucho menos integrantes de sus órganos de administración, se concluyó que no puede acreditarse la existencia de grupo económico; por lo que, en aplicación de los principios de predictibilidad y de seguridad jurídica, los criterios desarrollados en las resoluciones citadas, deben aplicarse al presente caso.

Por lo tanto, concluye que, no procede la suspensión en base a la causal prevista en el literal b) del numeral 261. 1 del artículo 261 del Reglamento.

8. Al respecto, cabe traer a colación que la resolución impugnada, en sus fundamentos 25 al 35 señaló lo siguiente:

(...)

25. *Ahora, si bien una de las líneas probatorias, entre otras, que ha seguido este tribunal en situaciones similares ha sido verificar la información societaria de las personas jurídicas a quienes se les imputa de pertenecer a un mismo grupo económico, a efectos de determinar si las personas que ostentan la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, de la junta general de accionistas o de socios, u otros órganos de decisión, coinciden entre ellas; sin embargo, esta Sala no puede dejar de reconocer que los elementos que caracteriza los conceptos de “grupo económico”, “control” y “unidad de decisión” tienen un fuerte componente fáctico (en especial, el último término aludido), cuya verificación no solo se agota con el análisis societario.*

(...)

26. *Al respecto, de la búsqueda de información en relación a la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21, que hace referencia el Pliego de Hechos efectuado por la Contraloría General de la República, se encontró la Resolución N° 3 del 6 de mayo de 2022 “Auto de Vista de Prisión Preventiva”, emitida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de Lima en el marco del Expediente Judicial N° 04680-2021-13-1826-JR-PE-01, seguido en contra de los señores Arnulfo Bruno Pacheco Castillo, Gian Marco Castillo Gómez, Fray Vasquez Castillo, Edgar William Vargas Mas, Marco Antonio Zamir Villafuerte García, Víctor Elfren Valdivia Malpartida, Luis Carlos Pasapera Adrianzen y otros, por el presunto delito de tráfico de influencias y otros.*

De la revisión a la referida Resolución N° 3 del 6 de mayo de 2022 “Auto de Vista de Prisión Preventiva”, se advierte que, se inició investigación a los señores antes mencionados, en atención a los fundamentos vertidos en el Informe de Control Específico N° 001-2022-2-5568-SCE emitido en el marco de la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21, el cual concluyó que se advirtió la existencia de empresas vinculadas.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

27. Al respecto, para tener más información, a través del decreto del 12 de octubre de 2022, se requirió a la Cuarta Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción, se sirva informar el estado actual del Expediente Judicial N° 04680-2021 (que se consigna en la Resolución N° 3 del 6 de mayo de 2022 “Auto de Vista de Prisión Preventiva”), seguido contra los señores Arnulfo Bruno Pacheco Castillo, Gian Marco Castillo Gómez, y otros, por el presunto delito de tráfico de influencias y otros; asimismo, se sirva remitir los actuados principales del Expediente Judicial N° 04680-2021, como la denuncia, la disposición de formalización, la resolución que concede la prisión preventiva, y otros.

En respuesta, mediante Oficio N° 110-2022-(CF-07-2022)-EFICCOP-REMH-MP-FN del 4 de noviembre de 2022, la Fiscalía Provincial – Equipo Especial de Fiscales contra la corrupción del poder, informó que, la Carpeta Fiscal N° 07-2022 (Ref. Expediente Judicial N° 04680-2021), se encuentra en etapa de investigación preparatoria formalizada. Asimismo, adjuntó la denuncia, la disposición de formalización y la resolución de prisión preventiva del referido caso.

28. Ahora bien, es pertinente señalar que el artículo 261 del Reglamento, establece los supuestos por los cuales el Tribunal puede suspender el procedimiento administrativo sancionador, señalando, expresamente, lo siguiente:

“(…)

Artículo 261. Suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

261.1. El Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador siempre que:

- a) Exista mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE.*
- b) A solicitud de parte o de oficio, cuando el Tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con decisión arbitral o judicial.*

261.2. La Entidad, bajo responsabilidad, comunica al Tribunal la conclusión del arbitraje o del proceso judicial, remitiendo el documento correspondiente en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso.

*261.3. El plazo de suspensión del procedimiento da lugar a la suspensión del plazo de prescripción.
(…)”.*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Tal como se desprende del artículo antes citado, la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, sólo procede cuando (i) existe mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE; o, cuando, (ii) a solicitud de parte o de oficio, el Tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente, con decisión arbitral o judicial.

29. *Así, en cuanto al primer supuesto, este Tribunal aprecia que, a la fecha de emisión del presente pronunciamiento, no se cuenta con algún mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE, por el cual se disponga la suspensión del presente procedimiento administrativo, por lo que no procede la suspensión sobre la base de tal supuesto.*

30. *Por otro lado, en torno al segundo supuesto, se aprecia que existe una investigación penal que se está llevando a cabo en la Carpeta Fiscal N° 07-2022, ante la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Quinto despacho, investigación que se encuentra en etapa de investigación preparatoria formalizada.*

De la revisión de la Disposición N° 15 “Disposición de formalización de investigación preparatoria” del 6 de abril de 2022, remitida por la Fiscalía, se advierte que, entre los hechos materia de investigación en la Carpeta Fiscal N° 07-2022 (Ref. Expediente Judicial N° 04680-2021), descritos en el acápite I “Fundamentos de hecho” del considerando segundo “Fundamentos de la disposición de formalización de la investigación preparatoria”, se advierte que, para la determinación de la existencia de responsabilidad penal de algunos de los delitos imputados, dicha disposición, entre otros, se fundamenta (parte I) en la hipótesis fiscal de una presunta vinculación entre los consorcios que ocuparon el primer y segundo lugar en la licitación, al contar con un accionista común y pertenecer a un mismo grupo económico (páginas 25 a 29, fundamentos 30 al 46), refiriéndose, en particular, a las citadas empresas Termirex S.A.C. y la empresa Corporación Imaginación S.A.C. Asimismo, cuando en dicha disposición, en su parte II, se efectúan las imputaciones específicas al delito de colusión agravada en organización criminal, y, como elemento temporal de la estructura de la supuesta organización criminal, se plantea que las empresas vinculadas con la familia Pasapera (Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.) formaban un grupo empresarial de poder (página 115, numeral 2.5); además, en el detalle de las imputaciones específicas, en particular contra los miembros del comité especial de la mencionada licitación, se plantea que estos “permitieron indebidamente que las ofertadas presentadas por dos consorcios que formaban parte de un mismo grupo económico” (lo resaltado es agregado).

31. *Como se puede apreciar, en el proceso judicial, a efectos, de determinar responsabilidad penal por algunos de los delitos imputados, entre otros aspectos,*

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

necesariamente tendrá que acreditarse la existencia de un grupo económico, conformado, según la hipótesis fiscal, por las empresas Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.

Asimismo, es pertinente señalar que en dicha instancia judicial se desplegarán una serie de actuaciones y elementos probatorios que en el presente procedimiento administrativo sancionador no pueden efectuarse, tales como declaraciones de colaboradores eficaces, testimoniales, declaraciones de otros imputados, etc., lo cuales pueden contribuir de manera decisiva a determinar la existencia o no de un grupo económico en el presente caso; en particular, respecto de la acreditación o no de algunos requisitos que exige el concepto de “grupo económico”, que conllevan un fuerte componente fáctico (tales como “control” y “unidad de decisión”).

32. *En tal sentido, se advierte la necesidad de conocer previamente la decisión judicial que se emitirá en el marco de la investigación que se viene realizando en la Carpeta Fiscal N° 07-2022.*

33. *Ahora bien, cabe señalar que literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 de la Ley, establece que el Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador, a solicitud de parte o de oficio, entre otros supuestos, cuando considere que, para la determinación de la responsabilidad resulte necesario contar, previamente con decisión judicial.*

34. *Por consiguiente, y a efectos de determinar la responsabilidad administrativa conforme al tipo infractor imputado previsto en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, corresponde suspender el procedimiento administrativo sancionador, así como suspender también el plazo de prescripción conforme a lo previsto en el numeral 50.8 del artículo 50 de la Ley.*

35. *Cabe señalar, que la decisión de suspender el presente procedimiento administrativo sancionador responde a su situación particular y concreta, y no significa una posición distinta de aquellos casos en los que este tribunal, contando con los elementos probatorios fehacientes, determina responsabilidad administrativa, no obstante que existen en curso investigaciones fiscales o procesos penales, habida cuenta de la independencia de las vías administrativa y penal, y la facultad discrecional dispuesta por el literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 del Reglamento; como ocurre, por ejemplo, en los casos de infracciones referidas a presentar documentos falsos o información inexacta en los que, en el procedimiento administrativo sancionador, se cuenta con las manifestaciones de los supuestos emisores, informes periciales u otras pruebas contundentes, que no hacen necesario contar, previamente con decisión judicial.*
(...)”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

9. Conforme se aprecia, la resolución impugnada ha señalado que, si bien una de las líneas probatorias, entre otras, que ha seguido este Tribunal en situaciones similares ha sido verificar la información societaria de las personas jurídicas a quienes se les imputa de pertenecer a un mismo grupo económico, a efectos de determinar si las personas que ostentan la capacidad de dirigir o de determinar las decisiones del directorio, de la junta general de accionistas o de socios, u otros órganos de decisión, coinciden entre ellas; sin embargo, precisó que no se puede dejar de reconocer que los elementos que caracteriza los conceptos de “grupo económico”, “control” y “unidad de decisión” tienen un fuerte componente fáctico (en especial, el último término aludido), cuya verificación no solo se agota con el análisis societario.

Asimismo, precisó que, existe una investigación penal que se está llevando a cabo en la Carpeta Fiscal N° 07-2022, ante la Segunda Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios - Quinto despacho, investigación que se encuentra en etapa de investigación preparatoria formalizada; en donde, a efectos, de determinar responsabilidad penal por algunos de los delitos imputados, entre otros aspectos, necesariamente tendrá que acreditarse la existencia de un grupo económico, conformado, según la hipótesis fiscal, por las empresas Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C.

En este punto aclaró que, en la instancia judicial se desplegarán una serie de actuaciones y elementos probatorios que en el presente procedimiento administrativo sancionador no pueden efectuarse, tales como declaraciones de colaboradores eficaces, testimoniales, declaraciones de otros imputados, etc., los cuales pueden contribuir de manera decisiva a determinar la existencia o no de un grupo económico en el presente procedimiento sancionador; en particular, respecto de la acreditación o no de algunos requisitos que exige el concepto de “grupo económico”, que conllevan un fuerte componente fáctico (tales como “control” y “unidad de decisión”).

Asimismo, precisó que, la decisión de suspender el presente procedimiento administrativo sancionador responde a su situación particular y concreta, y no significa una posición distinta de aquellos casos en los que este tribunal, contando con los elementos probatorios fehacientes, determina la responsabilidad administrativa, no obstante que existen en curso investigaciones fiscales o procesos penales, habida cuenta de la independencia de las vías

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

administrativa y penal, y la facultad discrecional dispuesta por el literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 del Reglamento; como ocurre, por ejemplo, en los casos de infracciones referidas a presentar documentos falsos o información inexacta en los que, en el procedimiento administrativo sancionador, se cuenta con las manifestaciones de los supuestos emisores, informes periciales u otras pruebas contundentes, que no hacen necesario contar, previamente con decisión judicial.

Como se puede apreciar, la resolución recurrida no desconoce la independencia de las vías administrativa y judicial, y que mientras en la instancia penal se determinará la existencia o no de los delitos imputados, en la administrativa se determinará la existencia o no de responsabilidad administrativa por la infracción imputada; sin embargo, en el caso en concreto, al existir un proceso judicial en el cual el juzgador, previamente, deberá decidir respecto de la existencia o no de un grupo económico compuesto por las empresas Termirex S.A.C., Corporación Imaginación S.A.C. y Grupo Arcose S.A.C., según los elementos probatorios que acrediten tal decisión, la Sala ha recurrido a la disposición expresa contenida en el literal b) del numeral 261.1 del artículo 265 que le faculta a suspender el procedimiento administrativo sancionador hasta que se cuente con la decisión judicial.

Asimismo, como se ha advertido en la recurrida, ello no significa apartarse de criterios de otras resoluciones en las cuales las salas no consideraron necesario contar con una decisión judicial, pues en dichos casos (que además tienen componentes fácticos distintos del presente, pues ninguno está vinculado a la existencia de grupos económicos), el tribunal contaba con los elementos probatorios fehacientes, para la determinación de la responsabilidad administrativa, no obstante que existían en curso investigaciones fiscales o procesos penales; como ocurre, por ejemplo, en los casos de infracciones referidas a presentar documentos falsos o información inexacta en los que, en el procedimiento administrativo sancionador, se cuenta con las manifestaciones de los supuestos emisores, informes periciales u otras pruebas contundentes, que no hacen necesario contar, previamente con decisión judicial.

10. Por lo expuesto, los argumentos alegados por el Impugnante, no resultan amparables.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Respecto a que los hechos del presente procedimiento sancionados no tienen relación con el proceso penal tramitado en la Carpeta Fiscal N° 07-2022.

11. El impugnante señala que, los hechos en este procedimiento sancionador nada tienen que ver con el proceso penal tramitado bajo la carpeta fiscal N° 07-2022; toda vez que, el proceso penal versa sobre hechos vinculados a la Licitación Pública N° 1-2021-MTC/21; mientras que el caso de autos, sobre el Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria, e incluso cada procedimiento de selección fue convocado por entidades distintas, PROVIAS DESCENTRALIZADO y PROVIAS NACIONAL, respectivamente.

Precisa que, respecto del Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria [procedimiento de selección], no existe denuncia penal, ni mucho menos proceso penal en trámite.

En tal sentido, ninguna decisión judicial puede afectar el desarrollo del concurso público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria [procedimiento de selección] ni del presente procedimiento sancionador.

12. Al respecto, la resolución impugnada en su fundamento 25, señaló lo siguiente:

“(…)

En este sentido, es pertinente señalar que uno de los fundamentos de la denuncia interpuesta por la Entidad [Informe N° 59-2022-MTC/20.2.1.2 del 14 de enero de 2022], hace referencia al Pliego de Hechos efectuado por la Contraloría General de la República sobre la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21 para la ejecución de la obra “Construcción del puente vehicular Tarata sobre el Río Huallaga, provincia de Mariscal Cáceres, región San Martín”, donde participaron las mismas empresas Termirex S.A.C. y Corporación Imaginación S.A.C., como integrantes también de dos consorcios distintos (Consortio Puente Tarata III y Consortio Huayabamba), respectivamente; es decir, una situación similar a la que se produjo en el procedimiento de selección del presente caso; y, la mencionada institución precisa, en dicho pliego de hechos, lo siguiente:

(…)

*Sobre el particular, al haberse evidenciado que las citadas empresas tienen similar giro de negocio, tienen una relación de parentesco (los representantes legales/gerentes generales son hermanos), y tienen un socio accionista común; **reúnen los requisitos de pertenecer a un mismo grupo económico** (la negrita y el subrayado son agregados).*

(…)”

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

13. Cabe indicar que, si bien es cierto que, el proceso penal versa sobre hechos vinculados a la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21, mientras el caso de autos sobre el Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 – Primera Convocatoria, y fueron convocados por diferentes entidades; la resolución impugnada, precisó que uno de los fundamentos de la denuncia interpuesta por la Entidad en el presente proceso sancionador [Informe N° 59-2022-MTC/20.2.1.2 del 14 de enero de 2022], hace referencia al Pliego de Hechos efectuado por la Contraloría General de la República sobre la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21, procedimiento de selección donde participaron las mismas empresas Termirex S.A.C. y Corporación Imagenación S.A.C., como integrantes también de dos consorcios distintos (Consortio Puente Tarata III y Consortio Huayabamba), respectivamente; es decir, una situación similar a la que se produjo en el procedimiento de selección del presente caso.

Por lo tanto, se precisa que el presente procedimiento sancionador entre otros fundamentos, se inició conforme a los argumentos contenidos en el Pliego de Hechos efectuado por la Contraloría General de la República sobre la Licitación Pública N° 01-2021-MTC/21, al tratarse de una situación similar al presente procedimiento de selección.

Por otra parte, cabe reiterar que el Tribunal, en anteriores resoluciones respecto al impedimento establecido en el literal p) del numeral 11.1 del artículo 11, ha resuelto considerando solo el análisis registral y societario de las empresas

14. En consecuencia, no resulta amparable lo alegado por el Impugnante.

Respecto a que el Tribunal en anteriores resoluciones ha resuelto solo considerando que una empresa ejerza el control sobre la otra por la composición societaria

15. El impugnante alegó que en las Resoluciones N° 3074-2022-TCE-S1 y N° 2529-2021-TCE-S2, el Tribunal se enfocó en el único elemento imprescindible para la existencia de un grupo económico, que una empresa ejerza el control sobre la otra, y al advertirse que las empresas no comparten socios, representantes ni mucho menos integrantes de sus órganos de administración, concluyó que no puede acreditarse la existencia de grupo económico; por lo que, en aplicación de los principios de predictibilidad y de seguridad jurídica, los criterios desarrollados en las resoluciones citadas, deben aplicarse al presente caso.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

Al respecto, cabe reiterar que, como se ha advertido en la resolución impugnada, en el presente caso, al haber la Sala recurrido a la disposición expresa contenida en el literal b) del numeral 261.1 del artículo 261 que le faculta a suspender el procedimiento administrativo sancionador hasta que se cuente con la decisión judicial, ello no significa apartarse de criterios de otras resoluciones en las cuales las salas no consideraron necesario contar con una decisión judicial, en atención a lo actuado en los correspondientes expedientes administrativos.

En este punto, debe recordarse, en principio, que conforme a lo previsto en el numeral 59.3 del artículo 59, únicamente los acuerdos adoptados en Sala Plena del Tribunal, constituyen precedentes de observancia obligatoria; además, debe señalarse que las consideraciones y elementos que haya ponderado una Sala diferente de este Tribunal para declarar no ha lugar la imposición de sanción en un expediente diferente a este, responde a lo actuado y aportado en el expediente respectivo, lo que no desconoce las evidencias presentadas en el presente expediente y que justifican el sentido de su resolución.

16. En ese sentido, lo alegado por el impugnante no resulta amparable.
17. Por lo expuesto, atendiendo a que en el recurso de reconsideración no se han aportado elementos de juicio por cuya virtud deba modificarse la decisión que se adoptó en la resolución recurrida; corresponde declarar infundado el recurso interpuesto, confirmándose los extremos de la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, y, por su efecto, debe ejecutarse la garantía presentada para la interposición del recurso de reconsideración.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe de la Vocal Ponente Paola Saavedra Alburqueque y la intervención de los vocales Jorge Luis Herrera Guerra y Héctor Marín Inga Huamán, atendiendo a la conformación de la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 056-2021-OSCE/PRE del 9 de abril de 2021, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, vigente a partir del 14 de marzo de 2019, 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 mayoría;



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa **TERMIREX S.A.C.**, con R.U.C. N° **20460678600**, contra la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022, la cual se confirma en todos sus extremos.
2. Ejecutar la garantía presentada por la interposición del presente recurso de reconsideración.
3. Dar por agotada la vía administrativa.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JORGE HERRERA GUERRA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

HECTOR MARÍN INGA
HUAMÁN
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

**PERÚ****Ministerio
de Economía y Finanzas****OSCE**
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 04561-2022-TCE-S3

VOTO EN DISCORDIA DE LA VOCAL PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE

La Vocal que suscribe disiente respetuosamente de la decisión adoptada en mayoría, conforme a lo expresado en el voto contenido en la Resolución N° 4123-2022-TCE-S3 del 28 de noviembre de 2022.

Al respecto, cabe precisar que, en dicha oportunidad, la suscrita emitió voto en discordia, opinando que correspondía declarar no ha lugar la imposición de sanción contra las empresas TABLEROS Y PUENTES S.A. SUCURSAL DEL PERU, con R.U.C. N° 20556295281, y TERMIREX S.A.C., con R.U.C. N° 20460678600, por su supuesta responsabilidad en la presentación de información inexacta, en el marco del Concurso Público N° 39-2021-MTC/20 - Primera Convocatoria, efectuada por el MTC - Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Nacional (Provias Nacional); infracción tipificada en el literal i) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley.

En ese sentido, toda vez que de acuerdo con lo establecido en el artículo 219 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS), el recurso de reconsideración es un medio impugnatorio que se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto y que tiene por fin la reevaluación del caso y la subsecuente modificación de la decisión adoptada; la suscrita considera que los argumentos expuestos por el Impugnante en su recurso de reconsideración no tiene por objeto cuestionar el voto en discordia, debido a que —conforme se ha señalado— este tuvo como conclusión la absolución del ahora Impugnante.

Por lo tanto, en el presente caso, la Vocal que suscribe es de la opinión que corresponde declarar fundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa TERMIREX S.A.C., con R.U.C. N° 20460678600, devolver la garantía presentada para la interposición del mismo, archivar el presente expediente y declarar que la presente resolución agota la vía administrativa.

PAOLA SAAVEDRA ALBURQUEQUE
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE