



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

Sumilla: *“(...) no se cuenta con los elementos de convicción suficientes que acrediten que el Contratista ha incurrido en la infracción prevista en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley (...)”*

Lima, 28 de febrero de 2023.

VISTO en sesión de fecha 28 de febrero de 2023 de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, el **Expediente N° 358/2020.TCE**, el procedimiento administrativo sancionador instaurado contra la empresa **ENOTRIA S.A.**, por su supuesta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del Acuerdo de Confidencialidad en el marco del Contrato, en el marco del Concurso Público N° 0025-2015-BN (primera convocatoria); y, atendiendo a los siguientes:

I. ANTECEDENTES:

1. Según la información obrante en el SEACE, el 12 de octubre de 2015, el BANCO DE LA NACION, en adelante **la Entidad**, convocó el Concurso Público N° 0025-2015-BN (primera convocatoria), para la **“CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESIÓN DE FORMATOS DEL BANCO DE LA NACIÓN”**, por relación de ítems, con un valor referencial total de S/ 16,981,625.79 (dieciséis millones novecientos ochenta y un mil seiscientos veinticinco con 79/100 soles), en adelante el **procedimiento de selección**, incluyendo los siguientes ítems:

Ítem N° 1: “SERVICIO DE IMPRESION DE FORMULARIOS Y OTROS”, por el valor referencial de S/. 12,969,149.16, en adelante el ítem N° 1.

Ítem N° 2: “CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE IMPRESIÓN DE FORMATOS DEL BANCO DE LA NACIÓN”, por el valor referencial de S/. 4,012,476.63, en adelante el ítem N° 2.

Dicho procedimiento de selección fue convocado al amparo de lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por los Decretos Supremos N°s 021-2009-EF, 154-



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

2010-EF, 046-2011-EF, 138-2012-EF, 116-2013-EF, 080-2014-EF y 261-2014-EF.

El 19 de noviembre de 2015 se llevó a cabo la presentación de ofertas, mientras que el 18 de diciembre de 2015 se publicó en el SEACE el otorgamiento de la buena pro de los ítems N° 1 y 2 del procedimiento de selección, a favor del postor **ENOTRIA S.A.**

El 14 de enero de 2016, la empresa ENOTRIA S.A., en adelante **el Contratista**, y la Entidad suscribieron el Contrato N° 022469-2016-BN, por un periodo de ejecución de tres (3) años, en adelante **el Contrato**.

2. Mediante Formulario de aplicación de sanción – entidad/tercero presentado el 3 de febrero de 2020 ante la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del Estado, en lo sucesivo **el Tribunal**, la Entidad puso en conocimiento que el Contratista habría incurrido en infracción, manifestando lo siguiente:
 - Según lo mencionado por el área usuaria y el órgano encargado de las contrataciones de la Entidad, la empresa Perú Print Pack S.A. (en adelante, el Denunciante) informó que el Contratista incumplió con la cláusula novena del Contrato, debido a que el Contratista le solicitó, mediante correos electrónicos del 30 y 31 de mayo de 2017, el servicio externo de impresión offset + numeración tipográfica.
 - A través del Memorando N° 225-2019-BN/2627, la Sección Almacén, en su calidad de área usuaria, señala, entre otros: *“Según lo alcanzado por el Denunciante se puede apreciar que el Contratista les hizo público el diseño de los formatos que forman parte del Contrato suscrito, así como las características y numeración de los mismos (...)”*.
3. Con decreto del 13 de setiembre de 2022, de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, se solicitó a la Entidad que remita, entre otros documentos, lo siguiente: i) Informe Técnico Legal de su asesoría, en donde se pronuncie respecto de la procedencia y supuesta responsabilidad del Contratista, por presuntamente negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas de la cláusula novena (Confidencialidad) del Contrato N°



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 OSCE
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

022469-2016-BN del 14 de enero de 2016, ii) Cumpla con identificar las obligaciones incumplidas injustificadamente derivadas del contrato, cuando estas deban ejecutarse con posterioridad al pago, iii) copia legible de los documentos que acrediten el pago a favor del Contratista, y iii) copia del documento mediante el cual el Contratista, se negó injustificadamente a ejecutar las obligaciones requeridas por la Entidad.

Para tal efecto, se otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles, bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en autos.

4. Con decreto del 25 de octubre de 2022¹, se dispuso iniciar procedimiento administrativo sancionador contra el Contratista, por su supuesta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del Acuerdo de Confidencialidad en el marco del Contrato, infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

En virtud de ello, se le otorgó el plazo de diez (10) días hábiles para que formule sus descargos, bajo apercibimiento de resolver el procedimiento con la documentación obrante en el expediente.

Sin perjuicio de lo expuesto, se requirió a la Entidad, que en un plazo máximo de cinco (05) días hábiles, remita la información y documentación solicitada mediante decreto del 13 de septiembre de 2022; bajo responsabilidad y apercibimiento de resolver con la documentación obrante en autos y de poner en conocimiento del Órgano de Control Institucional de la Entidad, en el supuesto caso de incumplimiento del requerimiento.

5. Mediante escrito s/n presentado el 3 de noviembre de 2022 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad remitió el Informe Legal N° 037-2022-BN/2770 del 28 de octubre de 2022, a través del cual manifestó lo siguiente:

¹ Obrante a folios 454 del expediente administrativo.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

- El 14 de enero de 2016, el Banco suscribe con el Contratista, el Contrato N° 022469-2016-BN, por el plazo de ejecución de tres (3) años o hasta que se acabe el monto del contrato, lo que ocurra primero, el mismo que se computa desde el día siguiente de suscrito el referido Contrato, conforme a los plazos de entrega detallados en la cláusula quinta del mismo.
- Mediante Carta PPP-20/03/19 de la empresa Perú Print Pack S.A. (en adelante, el Denunciante), recibida por el Banco el 05 de marzo de 2019, el Denunciante pone en conocimiento que el Contratista incumplió la cláusula novena del Contrato referida a la Confidencialidad, por cuanto los días 30 y 31 de mayo de 2017 le envió correos electrónicos solicitando cotización para “El servicio externo de impresión offset + Numeración tipográfico”, correos que contenían los modelos y detalles de producción de los siguientes productos: Papeleta de Convalidación 1 cuerpo OP-331 (1 Hoja) SF y Papeleta de Convalidación 2 cuerpos OP-331 (2 Hojas) SG.

En ese marco, solicita al Banco que la mantenga informada de los avances administrativos de la denuncia presentada.

- Con Informe EF/92.2627 N° 12-2019 de fecha 11 de marzo de 2019, la Sección de Almacén, en su calidad de área usuaria, emite pronunciamiento sobre la denuncia formulada por el Denunciante, señalando entre otros, lo siguiente:

“c.2 Según lo alcanzado por el Denunciante se puede apreciar que el Contratista les hizo público el diseño de los formatos que forman parte del Contrato suscrito, así como las características y numeración de los mismos, el cual está transgrediendo lo establecido en los párrafos precedentes.

c.3 Debemos señalar que los formatos que se hicieron públicos son formatos exclusivos para el Banco, donde cuentan con medidas de seguridad (micro líneas) y con código de producción.

Estos formatos son usados para las transacciones realizadas por los usuarios de entidades públicas como privados.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

c.5 Al hacerse público la información, existe el riesgo de falsificación de los citados formatos, en vista de que el Contratista ha brindado toda la información que debe tener esos formatos, el cual sería un perjuicio grave para el estado y público en general.

c.6 Es importante señalar que a la fecha este Contrato ya no se encuentra vigente, ya que el 22.01.2019 se suscribió el Acta de Recepción del Servicio, donde se indicó la última prestación a cargo de El Contratista correspondiendo al periodo del 15.12.2018 al 14.01.2019.(...)". (El subrayado es nuestro)

- Mediante Carta EF/92.2628 N° 304-2019 recibida por el Contratista el 22 de marzo de 2019, el Banco le pone en conocimiento la Carta PPP-20/03/19 presentada por el Denunciante, indicando: “(...) de conformidad con las condiciones contractuales que forman parte del mismo, las Bases integradas, la Oferta Ganadora y los documentos derivados del proceso de selección que establecen obligaciones para las partes, se exhorta el cumplimiento bajo esos términos, principalmente el acuerdo de Confidencialidad suscrito, protegiendo en definitiva nuestra información que es tan vulnerable, frente al uso indebido que determinadas personas puedan llegar a hacer con los mismos, y perjudicando nuestra imagen institucional”.
- Con carta S/N, recibida por el Banco el 29 de marzo de 2019, el Contratista brinda respuesta a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 del Banco, reconociendo haber enviado a la empresa Denunciante los dos (2) correos electrónicos en fechas 30 y 31 de mayo de 2017, solicitándole cotización para el “Servicio externo de impresión off-set”.

Sin embargo, manifiesta expresamente que, por el tipo de información compartida a la Denunciante - la cual considera “absolutamente pública” - , no ha vulnerado de ninguna manera la obligación asumida en la cláusula novena del Contrato, habiéndose conducido siempre dentro de los términos establecidos por el mismo a lo largo de toda la etapa de ejecución contractual.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

- Mediante carta del Denunciante recibida por el Banco el 04 de julio de 2019, éste reitera la denuncia formulada mediante la Carta PPP-20/03/19. Se precisa que aquella carta también cuenta con sello de recepción de la mesa de partes del OSCE de fecha 2 de julio de 2019.
 - A través del Informe N° 195-2019-BN/2628 de fecha 30 de diciembre de 2019 de la Subgerencia Compras se establece que: *“El procedimiento administrativo sancionador se iniciará de así estimarlo el Tribunal de Contrataciones del Estado, de acuerdo a lo informado por el área usuaria, respecto a que se habría vulnerado la CLÁUSULA NOVENA DE CONFIDENCIALIDAD del Contrato (...)”*, por lo que concluye que de acuerdo al artículo 241º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, corresponde al Banco poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones, de la existencia de la infracción incurrida por el Contratista para que de estimarlo dicho Tribunal, se inicie el procedimiento administrativo sancionador, por lo que remite su Informe a la Subgerencia de Asuntos Administrativos para que proceda a emitir el Informe Legal y el escrito a remitir al Tribunal.
 - Mediante Informe Legal N° 01-2020-BN/2770 de fecha 27 de enero de 2020, la Subgerencia Asuntos Administrativos emite su Informe Legal concluyendo que corresponde informar al Tribunal de Contrataciones del OSCE la existencia de indicios de la comisión de la infracción antes aludida, para lo cual se deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 241 del Reglamento.
6. A través del escrito s/n presentado el 10 de noviembre de 2022 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Contratista presentó sus descargos, manifestando lo siguiente:
- El 14 de enero de 2016 suscribió el Contrato con la Entidad y el 15 de enero de 2019 culminó la prestación contratada, pues venció el plazo de tres (3) años desde la fecha de la suscripción del Contrato.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

- Sostiene que no se ha negado justificada ni injustificadamente a cumplir con sus obligaciones, y menos aún con posterioridad al pago, no obrando en el expediente documento alguno que demuestre dicha negación, por lo que corresponde desestimar el pedido de la Entidad.
 - Indica que la infracción cometida por su representada se habría dado en octubre de 2017, fecha en la que se encontraba vigente la Ley de Contrataciones del Estado, del Decreto Legislativo N° 1341; no obstante, solicita se aplique la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada con Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en atención al principio de retroactividad benigna.
 - El objeto de la contratación era brindar el servicio de impresión de formatos para el Entidad, servicio que ha ejecutado y cumplió satisfactoriamente hasta el término del Contrato, no teniendo ninguna obligación de vinculación directa al objeto contractual que debiera realizarse con posterioridad a la ejecución del Contrato y/o pago, pues se cumplió con la ejecución del servicio en el término de los tres (3) años, no teniendo pendiente ningún entregable de formatos y/o documentos que le fuera solicitado en el marco de la ejecución del Contrato, razón por la cual la Entidad le otorgó la conformidad del servicio.
 - En consecuencia, solicita al Tribunal declare no ha lugar a la imposición de sanción, pues los hechos denunciados no se encuentran inmersos en la actual normativa y no existe evidencia que demuestre que se haya negado injustificadamente a cumplir con sus obligaciones contractuales.
7. Con decreto de 25 de noviembre de 2022, se tuvo por apersonado al Contratista y por presentados sus descargos; asimismo, se dispuso remitir el expediente a la Quinta Sala para que resuelva, lo cual se hizo efectivo el 28 del mismo mes y año con la entrega del expediente al Vocal ponente.
8. Con decreto del 4 de enero de 2023, a fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver, la Sala requirió lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

“AL BANCO DE LA NACIÓN:

- Sírvase remitir copia de la respuesta brindada por la empresa ENOTRIA S.A. a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 del 20 de marzo de 2019.
- Sírvase remitir copia de los correos electrónicos que habría remitido la empresa ENOTRIA S.A. a la empresa Perú Print Pack S.A. con fechas 30 y 31 de mayo de 2017, así como de la Carta PPP-20/03/19 presentada por la empresa Perú Print Pack S.A.

(...)

A LA EMPRESA ENOTRIA S.A.:

- Sírvase informar sobre lo alegado por el Banco de la Nación respecto a que la respuesta brindada por la empresa ENOTRIA S.A. a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 constituiría la negativa injustificada del contratista a la que hace referencia el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, tal y como se menciona en el folio 465 del expediente electrónico.

(...)”

9. Mediante escrito s/n presentado el 30 de enero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal, el Contratista atendió el requerimiento de información indicando lo siguiente:

- Solicita que el Tribunal requiera copia de la Carta s/n del 29 de marzo de 2019, en la cual, supuestamente su representada habría manifestado su negativa injustificada de cumplir con sus obligaciones.
- Indica que nunca se ha negado a cumplir con sus obligaciones, ejecutando correctamente el tiempo que duró la contratación del servicio

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

contratado, emitiéndose la conformidad del servicio el 30 de abril de 2019 y el 15 de mayo de 2019, siendo que la Entidad procedió al pago final del Contrato Complementario.

- El 11 de setiembre de 2019 se emitió la Constancia de prestación de servicios del Contrato.
 - La Carta EF/92.2628 N° 304-2019 fue notificada por la Entidad el 22 de marzo de 2019, fecha posterior a los hechos supuestamente incumplidos (30 y 31 de mayo de 2017).
 - Culminado el Contrato su representada no incumplió sus obligaciones pactadas y la referida carta remitida por la Entidad, solo se le indicó que se cumpla con la cláusula novena; sin embargo, tanto la referida notificación como de la culminación del Contrato y con posterioridad al pago, no hay evidencia alguna que exprese su negativa injustificada de incumplir con sus obligaciones.
 - Precisa que la CARTA EF/92.2628 N° 304-2019 le fue notificada cuando su representada seguía brindando y ejecutando el Contrato complementario; es decir, antes que culmine el Contrato.
 - Solicita se declare no ha lugar a la imposición de sanción, pues los hechos denunciados no se encuentran inmersos en la actual normativa de contrataciones.
- 10.** Con decreto del 8 de febrero de 2023 se programó audiencia pública para el 16 de febrero de 2023.
- 11.** Mediante escrito s/n presentado el 15 de febrero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal, la Entidad, en atención al requerimiento de información, remitió copia de los correos electrónicos que habría remitido el Contratista al Denunciante con fechas 30 y 31 de mayo de 2017; no obstante, no remitió la copia de la respuesta brindada por la empresa ENOTRIA S.A. a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 del 20 de marzo de 2019.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

12. El 16 de febrero de 2023 se llevó a cabo la audiencia pública con la participación de los representantes del Contratista.
13. Con decreto del 16 de febrero de 2023, a fin de contar con mayores elementos de juicio al momento de resolver, la Sala requirió lo siguiente:

“AL BANCO DE LA NACIÓN:

Considerando que, mediante escrito s/n presentado el 15 de febrero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal, su representada indicó que cumple con lo requerido en el decreto del 4 de enero de 2023; no obstante, adjuntó, de manera parcial, dicha documentación; en ese sentido; se reitera la siguiente información adicional:

- Sírvase **remitir** copia de la respuesta que brindó la empresa ENOTRIA S.A. a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 del 20 de marzo de 2019.
- Sírvase **remitir** copia de la carta de fecha 29 de marzo de 2019, en el que conste fecha de recepción, remitida por la empresa ENOTRIA S.A., a través de la cual esta habría indicado que no ha vulnerado la cláusula novena del Contrato N° 022469-2016-BN.

Comuníquese al Órgano de Control Institucional del BANCO DE LA NACIÓN, a fin de que actúe conforme a sus facultades atribuidas por Ley. Sin perjuicio de ello, se solicita a dicho órgano de control coadyuve con la remisión de la información requerida precedentemente.

(...)”

II. FUNDAMENTACIÓN

1. El procedimiento administrativo sancionador se ha iniciado contra el Contratista, por su presunta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago; infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

Normativa aplicable al caso

2. A efectos de evaluar si los hechos expuestos configuran la infracción imputada, es preciso verificar el marco legal aplicable en el presente caso. Para ello debe tenerse presente que el 14 de marzo de 2019 entró en vigencia el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 082-2019-EF, en lo sucesivo el **TUO de la LCE**, que dispone que los procedimientos de selección iniciados antes de la entrada en vigencia de dicho Decreto Supremo se regirían por las normas vigentes al momento de su convocatoria.

Al respecto, es necesario precisar que, en principio, toda norma jurídica desde su entrada en vigencia es de aplicación inmediata a las situaciones jurídicas existentes²; no obstante ello, es posible la aplicación ultractiva de una norma si el ordenamiento así lo reconoce expresamente³, permitiendo que una norma, aunque haya sido derogada, siga surtiendo efectos para regular determinados aspectos que la nueva norma permita expresamente. En el presente caso, tenemos que el *TUO de la LCE*, permite que la Ley, siga surtiendo efectos, en cuanto al desarrollo de los procesos de selección, y, consecuentemente, la relación contractual derivada de ellos⁴.

En ese sentido, téngase presente que, en el caso concreto, el proceso de selección se convocó el **12 de octubre de 2015**, cuando se encontraba vigente Ley de

² De conformidad a lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, el cual dispone que "(...) *La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo (...)*".

³ Tal como se expone en la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 00008-2008-PI/TC.

⁴ Cabe señalar que, además, la Constitución Política del Perú en su artículo 62° señala lo siguiente: "La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...)".

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017, modificada por la Ley N° 29873 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado por los Decretos Supremos N° 021-2009-EF, 154-2010-EF, 046-2011-EF, 138-2012-EF, 116-2013-EF, 080-2014-EF y 261-2014-EF; por lo que, debe colegirse entonces que, en lo que concierne a la ejecución del contrato, se aplicará dicha normativa.

De la misma forma, estando a que el análisis correspondiente a determinar la configuración de infracciones se rige por la norma vigente al momento en que se comete la infracción, de conformidad con lo previsto en el numeral 5 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, en lo sucesivo el TUO de la LPAG⁵; en el presente caso, estando a que la supuesta comisión de la infracción imputada habría tenido lugar el **29 de marzo de 2019** (fecha en la que el Contratista se habría negado injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato), para el análisis de la configuración de la infracción e imposición de sanción que pudiera corresponder al Contratista, resulta aplicable el **TUO de la LCE** y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en adelante el **Reglamento**, por ser las normas vigentes a dicha fecha.

Naturaleza de la infracción.

3. La infracción que se imputa al Contratista se encuentra tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la LCE, según los siguientes términos:

“Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando

⁵ “Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
5. Irretroactividad.- 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.
(...)”.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones:

(...)

- h) Negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago”.*

4. En este sentido, la infracción descrita en el literal h), requiere para su configuración de la concurrencia de los siguientes requisitos:
- a) La existencia de obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago.
 - b) El requerimiento al contratista del cumplimiento de dichas obligaciones.
 - c) La negativa injustificada del contratista a cumplir las referidas obligaciones.
5. En relación con ello, se tiene que, en los términos descritos en el tipo infractor, la ocurrencia de la infracción se concretará con la negativa injustificada del Contratista a cumplir con las obligaciones que debieron ejecutarse con posterioridad al pago efectuado por la Entidad.
6. En tal sentido, en virtud del principio de tipicidad, corresponderá que este Tribunal verifique la concurrencia de los referidos elementos del tipo infractor para determinar su configuración.

Configuración de la infracción.

- a) ***Respecto de la existencia de obligaciones del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago.***
7. Sobre el particular, debe tomarse en cuenta que en la Cláusula Novena del Contrato, se estableció lo siguiente:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

CLAUSULA NOVENA: CONFIDENCIALIDAD

EL CONTRATISTA así como todo el personal de este, se compromete a guardar absoluta confidencialidad, reserva y secreto respecto de la información que **LA ENTIDAD** le proporcione así como de aquella correspondiente a acciones que realice en la ejecución del presente contrato, o de la cual tome conocimiento sea voluntaria o involuntariamente, con ocasión y a consecuencia de la ejecución del presente contrato, o por error de quien se la provea, bajo cualquier modalidad o vía de acceso, y aquella obtenida o producida por **EL CONTRATISTA** (informes o entregables) para **LA ENTIDAD** en razón de la ejecución del presente contrato; siendo su compromiso formal utilizar dicha información exclusivamente para la ejecución contractual y de ningún modo en perjuicio de **LA ENTIDAD**, y se obliga a adoptar todas las acciones necesarias, incluidas aquellas que corresponda frente a sus clientes y a su personal, a efectos de que la información suministrada por **LA ENTIDAD** o a la que **EL CONTRATISTA** tuviere acceso, se mantenga en absoluta reserva.

En este contexto, toda la información referida a clientes, personal, contabilidad, finanzas, productos, tráfico de llamadas telefónicas, tráfico de Internet, mensajería electrónica, actividades de comercialización, planes de negocio, acuerdos y actas de directorio, técnicas de marketing, procesos, servicios, políticas de precios, estrategias, buenas prácticas, metodología de trabajo, especificaciones técnicas, hardware, software, diseños, planos, dibujos, prototipos, nombres o marcas comerciales, modelos, descubrimientos, investigaciones, desarrollos, procesos, procedimientos, propiedad intelectual, sistemas de seguridad, estructura y distribución de las oficinas, sucursales y agencias, y también toda aquella información obtenida de terceras partes para **LA ENTIDAD**, se considera confidencial y está considerada como parte de la obligación de reserva absoluta que asume **EL CONTRATISTA** por el presente contrato.

La referida información por consiguiente, sólo podrá ser usada por **EL CONTRATISTA** para los fines señalados en esta Cláusula, sin que pueda duplicarla, divulgarla, hacerla pública, transmitirla a ningún tercero de cualquier forma que permita su divulgación, en los términos señalados en este contrato.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

De otro lado, se deja constancia que **LA ENTIDAD** ha puesto en conocimiento de **EL CONTRATISTA** que los datos personales a proporcionarse, así como cualquier otra información que se pudiera facilitar, a lo largo de la prestación del servicio, serán recogidos en un banco de datos de titularidad de **LA ENTIDAD**, este banco de datos tiene como finalidad dar tratamiento a los datos personales, de manera directa o por intermedio de terceros para que **LA ENTIDAD** cumpla con sus actividades de la manera más amplia permitida por la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales y su Reglamento, con finalidad de darle estricto cumplimiento.

Cualquier producto o entregable generado en la prestación del servicio por **EL CONTRATISTA** para **LA ENTIDAD** será de exclusiva propiedad de éste, por lo que le corresponde la propiedad intelectual sobre los mismos; conforme con ello, **EL CONTRATISTA** reconoce, acepta y se compromete a que cualquier entregable, producto final de estudio o evaluación desarrollado con motivo de la prestación del servicio, tendrá también carácter confidencial, por tanto no podrá utilizarlos en beneficio propio o de terceros.

Del mismo modo, por el presente contrato **EL CONTRATISTA** reconoce que los Derechos de Autor y demás intelectuales que se generen sobre toda la producción documental (física o digital) que éste efectúe durante su vinculación contractual con **LA ENTIDAD**, o los producidos por terceros y que le hayan sido confiados por éste, son de propiedad exclusiva de **LA ENTIDAD**, quedando por tanto impedido de reproducirlos o divulgarlos sin su autorización expresa.

Para los efectos de la presente obligación se entiende por documento todos aquellos considerados como tales por la Ley sobre Derechos de Autor, Decreto Legislativo N° 822, y el artículo 233° del Código Procesal Civil.

Asimismo, **EL CONTRATISTA**, podrá ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición enviando una carta a **LA ENTIDAD**, con la referencia Protección de Datos, siempre que le sea aplicable.

EL CONTRATISTA declara expresamente que constituye causal de resolución del presente contrato, la infidencia de cualquier miembro de su organización, por lo que garantiza expresamente que ninguno de los profesionales, empleados y trabajadores de su organización revelará a ningún tercero la información contenida en la documentación que le proporcione **LA ENTIDAD**, así como la información que pudiera obtener como consecuencia del mismo. No obstante, **EL CONTRATISTA** queda exento de responsabilidad si la información o documentación es difundida por razón de mandato judicial, legalmente requerida, o por terceros sin vinculación a él.

Asimismo, **EL CONTRATISTA** conoce que la vulneración de secretos comerciales se encuentra tipificada como Delito Contra la Propiedad Intelectual de conformidad con lo estipulado en el artículo 216° y siguientes del Código Penal.

El compromiso de confidencialidad se prolonga indefinidamente aún después de terminado el presente contrato, y se hace extensivo al personal del **CONTRATISTA** aun cuando ellos hayan dejado de tener vínculo laboral con **EL CONTRATISTA**.

Entonces, de acuerdo con lo indicado en el Contrato, se desprende que el Contratista se compromete a guardar absoluta confidencialidad, reserva y secreto de la información que la Entidad le proporcione, así como de aquella correspondiente a acciones que realice en la ejecución del Contrato, o de la cual tome conocimiento sea voluntaria o involuntariamente, con ocasión y a consecuencia de la ejecución del Contrato.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

Además, el Contrato precisa que el compromiso de confidencialidad se prolonga indefinidamente, aún después de terminado el contrato; por lo que queda claro que dicho compromiso de confidencialidad constituye una obligación contractual que debía ejecutarse con posterioridad al pago.

b) Sobre el requerimiento efectuado al Contratista y su negativa injustificada a cumplir con el compromiso de confidencialidad.

8. Respecto de este punto, la Entidad ha manifestado que debido a la comunicación presentada por el Denunciante en la que le informa que el Contratista le había divulgado los diseños, características y numeración de las papeletas de convalidación para conseguir una cotización, con Carta EF/92.2628 N° 304-2019 recibida por el Contratista el 22 de marzo de 2019 lo exhorta al cumplimiento de sus obligaciones, principalmente, respecto del acuerdo de confidencialidad.

Así, la Entidad señala que, de la respuesta del Contratista brindada mediante carta del 29 de marzo de 2019, se desprende su voluntad de no querer cumplir con las referidas obligaciones de confidencialidad, por cuanto considera que las papeletas de convalidación son documentos que contienen información “absolutamente pública” que no se encontrarían comprendida en la información y/o documentación calificada como confidencial según la cláusula novena del Contrato.

9. Ahora bien, de la documentación obrante en el presente expediente, el Tribunal advirtió que no obra la respuesta a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 por parte del Contratista a la Entidad, ni la carta del 29 de marzo de 2019 que la empresa ENOTRIA S.A. le habría remitido, motivo por el cual, mediante decreto del 16 de febrero de 2023, le requirió a la Entidad lo siguiente:

“AL BANCO DE LA NACIÓN:

Considerando que, mediante escrito s/n presentado el 15 de febrero de 2023 en la Mesa de Partes del Tribunal, su representada indicó que cumple con lo requerido en el decreto del 4 de enero de 2023; no

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

obstante, adjuntó, de manera parcial, dicha documentación; en ese sentido; se reitera la siguiente información adicional:

- Sírvase **remitir** copia de la respuesta que brindó la empresa ENOTRIA S.A. a la Carta EF/92.2628 N° 304-2019 del 20 de marzo de 2019.
- Sírvase **remitir** copia de la carta de fecha 29 de marzo de 2019, en el que conste fecha de recepción, remitida por la empresa ENOTRIA S.A., a través de la cual esta habría indicado que no ha vulnerado la cláusula novena del Contrato N° 022469-2016-BN.

Comuníquese al Órgano de Control Institucional del BANCO DE LA NACIÓN, a fin de que actúe conforme a sus facultades atribuidas por Ley. Sin perjuicio de ello, se solicita a dicho órgano de control coadyuve con la remisión de la información requerida precedentemente.”

10. No obstante, cabe resaltar que, a la fecha, la Entidad no ha cumplido con atender dicho requerimiento. Por tanto, la omisión de atender el requerimiento efectuado por este Tribunal deberá hacerse de conocimiento del **Titular de la Entidad y del Órgano de Control Institucional de aquella, a efectos que se adopten las medidas en el marco de sus respectivas competencias.**
11. En este estado, resulta pertinente recordar que, a efectos de determinar la comisión de la infracción imputada, es una condición necesaria acreditar la negativa injustificada del contratista de cumplir con sus obligaciones que debían ejecutarse con posterioridad al pago, en el presente caso, referidas al cumplimiento del compromiso de confidencialidad. Sin embargo, pese al requerimiento formulado por este Tribunal, la Entidad no ha remitido la documentación que acredite la efectiva negativa injustificada del Contratista, por lo que no es posible acreditar dicho elemento constitutivo del tipo infractor.
12. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, para establecer la responsabilidad de un administrado, se debe contar con todas las pruebas suficientes para

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

determinar de forma indubitable la comisión de la infracción y la responsabilidad en el supuesto de hecho, que produzca convicción suficiente más allá de la duda razonable, y se logre desvirtuar la presunción de veracidad que lo protege.

Ello significa que en caso de duda sobre la responsabilidad administrativa de los integrantes del Consorcio, deberá prevalecer el principio *indubio pro reo*, aplicable también al derecho administrativo sancionador, por el cual según OSSA ARBELÁEZ⁶: *“Cuando la prueba, válidamente ingresada al expediente administrativo, se torna insuficiente y el operador jurídico no puede eliminar su cortedad, llegando a la conclusión de que no hay elementos de juicio serios e indispensables para predicar la autoridad de la infracción en el investigado, entra en acción el in dubio pro reo”*.

Asimismo, en el numeral 9 del artículo 248 del TUO de la LPAG se reconoce la presunción de licitud, en virtud de la cual “Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

13. En este contexto, este Colegiado concluye que, en el presente caso, no se cuenta con los elementos de convicción suficientes que acrediten que el Contratista ha incurrido en la infracción prevista en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley; por lo que, no corresponde atribuirle responsabilidad por la comisión de dicha infracción, debiéndose declarar no ha lugar a la imposición de sanción en su contra, situación que amerita el archivamiento del expediente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Christian Cesar Chocano Davis, con la intervención de los Vocales Danny William Ramos Cabezado y Steven Aníbal Flores Olivera, atendiendo a la conformación de la Quinta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° 090-2020-OSCE/PRE del 21 de mayo de 2022, publicada el 23 de mayo de 2022 en el Diario Oficial “El Peruano”, 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 por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-

⁶ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Legis. Segunda Edición 2009. p 253.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 1133-2023-TCE-S5

EF del 7 de abril de 2016; analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la imposición de sanción administrativa contra la empresa **ENOTRIA S.A. (con R.U.C. N° 20100117526)**, por su supuesta responsabilidad al negarse injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato que deben ejecutarse con posterioridad al pago, en el marco del Concurso Público N° 0025-2015-BN (primera convocatoria); infracción tipificada en el literal h) del numeral 50.1 del artículo 50 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF, por los fundamentos expuestos.
2. Poner la presente Resolución en conocimiento del Titular de la Entidad y del Órgano de Control Institucional de aquella, para las acciones correspondientes, según lo expuesto en el fundamento 10.
3. Disponer el archivamiento del presente expediente de forma definitiva.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

DANNY RAMOS CABEZUDO
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

STEVEN ANÍBAL FLORES OLIVERA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

CHRISTIAN CÉSAR CHOCANO DAVIS
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE