

OPINIÓN N° 075-2019/DTN

Entidad: Fuerza Aérea del Perú - FAP
Asunto: Infracciones
Referencia: NC-70-LOCN-PE-N° 0714

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director General de Logística de la Fuerza Aérea del Perú - FAP, formula consultas sobre las infracciones aplicables por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225, así como por el acápite 9 del Anexo N° 2 de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente desde el 3 de abril de 2017 hasta el 29 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

2.1. “¿Podría el Tribunal de Contrataciones del Estado aplicar sanción administrativa de inhabilitación contra un contratista que celebró un contrato sin que la Entidad haya realizado un proceso de selección previo, aun cuando ello no se encuentre tipificada expresamente como infracción en el art. 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado?” (Sic).

2.1.1. En principio debe mencionarse que el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establece las infracciones por las cuales el Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas

en el marco de un proceso de contratación.

Por su parte, el artículo 219 del Reglamento, establece que "La facultad de imponer las sanciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley a proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, según corresponda, así como a las Entidades cuando actúen como tales, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside exclusivamente en el Tribunal." (El subrayado es agregado)

De lo expuesto, se desprende que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano autónomo encargado de aplicar las consecuencias jurídicas (sanciones administrativas) a las infracciones administrativas cometidas por los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, según corresponda; ello en virtud de la potestad sancionadora que le ha sido otorgada *-de manera exclusiva-*, a través de la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.2. Ahora bien, en atención a la consulta planteada, debe indicarse que, de acuerdo con el artículo 246 del T.U.O. de la Ley N° 27444, "Ley del Procedimiento Administrativo General", la potestad sancionadora de todas las entidades públicas está regida por los principios especiales de Legalidad, Razonabilidad, Tipicidad, Causalidad, Presunción de Licitud, entre otros. Respecto al principio de Tipicidad dicha norma señala: "*Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.*"

En atención a dicho principio, las conductas que constituyen infracciones administrativas deben estar expresamente delimitadas para que, de esa manera, los administrados conozcan en qué supuestos sus acciones pueden dar lugar a una sanción administrativa, por lo que esta definición de la conducta antijurídica en el ordenamiento jurídico administrativo debe ser clara.

Asimismo, en concordancia con lo expuesto, el Tribunal de Contrataciones del Estado¹ ha señalado que: "*(...) la sanción administrativa, constituye un mal infligido a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por un hecho o una conducta constitutiva de infracción administrativa (...)*" (el subrayado es agregado).

Conforme a lo anterior, el principio de Tipicidad exige al órgano que detenta la potestad sancionadora, en este caso al Tribunal de Contrataciones del Estado, que analice y verifique si en el caso concreto se ha configurado el supuesto de hecho previsto en el tipo infractor que se imputa a determinado administrado, es decir -para efectos de determinar responsabilidad administrativa- la Administración debe crearse la convicción –debidamente sustentada- de que, en el caso concreto, el administrado que es sujeto del procedimiento administrativo sancionador ha

¹ Para mayor información, puede revisarse los fundamentos de las Resoluciones N° 2379-2009-TC-S3, N° 129-2010-TC-S3, entre otras.

realizado la conducta expresamente prevista como infracción administrativa.

Así, cuando corresponda realizar un procedimiento de selección previsto en la Ley y éste no fue realizado, no es posible sancionar al que celebró un contrato –sin el procedimiento de selección previo- con la Entidad, en tanto esta conducta no se encuentre tipificada como infracción conforme al numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones de Estado.

2.2. “¿Cuáles deberían ser las acciones a adoptar por parte de la Entidad frente a la empresa contratante, además de la Nulidad de oficio del contrato?” (Sic).

Conforme a lo señalado en los antecedentes de la presente Opinión, las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al alcance y sentido de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas de manera genérica, vinculadas entre sí, sin hacer alusión a circunstancias concretas; ello en virtud de la habilitación legal conferida a través del literal o) del artículo 52 de la Ley.

Efectuada la precisión anterior, debe mencionarse que dentro de las causales de nulidad del contrato, previstas en el artículo 44 de la Ley, se tiene: “f) *En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera*”.

En ese sentido, la consecuencia jurídica ante la contratación efectuada sin el previo procedimiento de selección es la nulidad del respectivo contrato, la cual puede ser declarada por el titular de la Entidad.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 Cuando corresponda realizar un procedimiento de selección previsto en la Ley y éste no fue realizado, no es posible sancionar al que celebró un contrato –sin el procedimiento de selección previo- con la Entidad, en tanto esta conducta no se encuentre tipificada como infracción conforme al numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones de Estado.
- 3.2 La consecuencia jurídica ante la contratación efectuada sin el previo procedimiento de selección es la nulidad del respectivo contrato, la cual puede ser declarada por el titular de la Entidad.

Jesús María, 13 de mayo de 2019

CARLA FLORES MONTOYA
Directora Técnico Normativa (e)

RAC/ptr