

OPINIÓN N° 096-2022/DTN

Entidad: Gobierno Regional de Tacna

Asunto: Cláusula Anticorrupción en los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

Referencia: Formulario S/N de fecha 13.OCT.2022 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Gerente General Regional del Gobierno Regional de Tacna, señor Luis Alberto Valdivia Salazar, formula varias consultas respecto de la cláusula anticorrupción que la normativa de contrataciones del Estado establece en los contratos celebrados bajo su ámbito de aplicación.

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 en términos genéricos y vinculadas 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 y sus modificatorias; así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N°2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°344-2018-EF y sus modificatorias.

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

2. CONSULTA¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas planteadas en el documento de la referencia, a efecto de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA del OSCE. Al respecto, se advierte que solo las consulta 1, 3 y 4 cumplen con los referidos requisitos, toda vez que han sido formuladas en términos generales y versan sobre el sentido y alcance de las disposiciones contenidas en la normativa de contrataciones del Estado. Las demás consultas solicitan que el OSCE determine si una situación particular puede ser invocada para aplicar la cláusula anticorrupción que la normativa de contrataciones del Estado establece en los contratos celebrados bajo su ámbito de aplicación, aspecto que corresponde ser evaluado de acuerdo con los elementos que constituyen el caso que es materia de análisis. En tal sentido, se atenderán solo las consultas que cumplen con todos los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA.

- “Reglamento” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que la consulta formulada es la siguiente:

- 2.1. *“Teniendo en consideración que la finalidad de las cláusulas anticorrupción fueron implementadas a fin de proteger a las Entidades de las prácticas ilegales en las que podrían incurrir los contratistas, y siendo también su finalidad la de garantizar un comportamiento probo por parte de los contratistas, desincentivando las prácticas maliciosas e ilegales en la contratación pública durante la fase de ejecución contractual, se consulta: ¿La presentación de documentos falsos o inexactos por parte de los contratistas durante la etapa de ejecución contractual habilita a la Entidad la posibilidad de resolver el contrato por incumplimiento de la cláusula anticorrupción? Debido a que el contratista estaría infringiendo su obligación de conducirse de manera honesta, proba, veraz, y sin cometer actos ilegales”* (Sic).

- 2.1.1. En principio, el artículo 32 de la Ley establece que los contratos celebrados bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado incluyen, **necesariamente y bajo responsabilidad**, las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el Reglamento.

Al respecto, en relación con las **cláusulas anticorrupción**, el numeral 138.4 del artículo 138 del Reglamento establece lo siguiente:

“138.4. Cláusulas Anticorrupción

*Conforme a lo establecido en los artículos 32 y 40 de la Ley, **todos los contratos incorporan cláusulas anticorrupción, bajo sanción de nulidad**. Dichas cláusulas tienen el siguiente contenido mínimo:*

a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.

c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en estas cláusulas, durante la ejecución contractual, da el derecho a la Entidad correspondiente a resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiera lugar". (El resaltado y subrayado son agregados).

Como se aprecia, todo contrato celebrado al amparo de lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado debe contar con cláusulas anticorrupción de acuerdo con lo establecido en el artículo 138 del Reglamento. El referido dispositivo establece que —entre otras causales— **en caso que el contratista incumpla con su obligación de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción**, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7² del Reglamento, **genera el derecho de la Entidad de resolver automáticamente y de pleno derecho el contrato**, bastando para tal efecto que la Entidad remita una comunicación informando que se ha producido dicha resolución, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

2.1.2. Ahora bien, la consulta solicita que se indique si la **presentación de documentación falsa o inexacta por parte del contratista**, en el marco del contrato en ejecución del cual es parte, constituye una situación que pueda invocarse para la aplicación de la cláusula anticorrupción —previamente— señalada.

Al respecto, debe indicarse que el artículo 427 del Capítulo I “**Falsificación de documentos en general**” del Título XIX “**Delitos contra la fe pública**” del Código Penal establece que: “*El que hace, en todo o en parte, un documento falso o adultera uno verdadero que pueda dar origen a derecho u obligación o servir para probar un hecho, con el propósito de utilizar el documento, será reprimido, si de su uso puede resultar algún perjuicio, con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de diez años y con treinta a noventa días-multa si se trata de un documento público, registro público, título auténtico o cualquier otro transmisible por endoso o al portador y con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa, si se trata de un documento privado. // El que hace uso de un documento falso o falsificado, como si fuese legítimo, siempre que de su uso pueda resultar algún perjuicio, será reprimido, en su caso, con las mismas penas*”; así también, el artículo 438 del Capítulo III “**Disposiciones comunes**” del referido Código

² El numeral 7.2 del artículo 7 del Reglamento establece que:
En relación con lo previsto en el literal n) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, se entiende como persona vinculada a una persona natural o jurídica a:
a) Cualquier persona jurídica que sea propietaria directa de más del treinta por ciento (30%) de las acciones representativas del capital o tenedora de participaciones sociales en dicho porcentaje en la propiedad de esta.
b) Cualquier persona natural o jurídica que ejerce un control sobre esta y las otras personas sobre las cuales aquella ejerce también un control.

establece que: “*El que de cualquier otro modo que no esté especificado en los Capítulos precedentes, comete falsedad simulando, suponiendo, alterando la verdad intencionalmente y con perjuicio de terceros, por palabras, hechos o usurpando nombre, calidad o empleo que no le corresponde, suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido o viceversa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*”.

Como se aprecia, la presentación de documentación falsa o inexacta configura un delito previsto en el Código Penal peruano; por lo tanto, frente al caso en que el contratista presente documentación falsa o inexacta —en el marco de la ejecución de un contrato—, siendo que es un acto deshonesto e ilegal, la Entidad tendría el derecho de resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas a que hubiere lugar.

2.1.3. Aunado a lo anterior, corresponde señalar que los literales i) y j) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley establecen que el Tribunal de Contrataciones del Estado tienen la potestad de sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas del Estado en los casos de:

"i) Presentar información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) y a la Central de Compras Públicas - Perú Compras. En el caso de las Entidades siempre que esté relacionada con el cumplimiento de un requerimiento, factor de evaluación o requisitos que le represente una ventaja o beneficio en el procedimiento de selección o en la ejecución contractual. Tratándose de información presentada al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP) o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el beneficio o ventaja debe estar relacionada con el procedimiento que se sigue ante estas instancias.

j) Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas - Perú Compras”.

De esta forma, en caso el contratista presente información o documentación falsa o inexacta en el marco de la ejecución de un contrato, la Entidad debe comunicar tal situación al Tribunal de Contrataciones del Estado para efectos de que este evalúe el inicio de un procedimiento sancionador contra dicho contratista y la consecuente imposición de la sanción que corresponda.

2.1.4. En definitiva, la presentación de documentación falsa o inexacta por parte del contratista en el marco de la ejecución de un contrato genera el derecho de la Entidad de resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho en aplicación de la cláusula anticorrupción prevista en el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas que corresponden.

- 2.2. ***“Siguiendo el tenor de la consulta anterior, cualquier documento falso o inexacto presentado por el contratista durante la etapa de ejecución contractual, ¿Podría considerarse como causal para la resolución del contrato en aplicación de la cláusula anticorrupción?, ¿Existe alguna evaluación adicional que deba realizar la Entidad para ejercer su derecho de resolver el contrato ante el incumplimiento contractual por parte del Contratista (Falsificación de documentos)?”***. (Sic).

Como se señaló al absolver la consulta anterior, la presentación de documentación falsa o inexacta configura un delito previsto en el Código Penal peruano; por lo tanto, en caso el contratista presente documentación falsa o inexacta —en el marco de la ejecución de un contrato— siendo que es un acto deshonesto e ilegal, la Entidad tendría el derecho de resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho en aplicación de la cláusula anticorrupción prevista en el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento específico a ser realizado por la Entidad para aplicar las cláusulas anticorrupción, sin embargo, la decisión de la Entidad de resolver el contrato en aplicación de las mencionadas cláusulas —como toda decisión adoptada durante la ejecución contractual— debe contar con el debido sustento y ser comunicada al contratista.

- 2.3. ***“¿Cuál es el procedimiento que debe seguir la Entidad en caso detecte el contratista presentó documentos falsos o información inexacta durante la etapa de ejecución contractual? Se solicita a la DTN ampliar lo indicado en la normativa de contrataciones del estado”***. (Sic).

Sobre el particular —como se señaló anteriormente—, la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento específico a ser realizado por la Entidad en caso el contratista presente documentos falsos o información inexacta durante la ejecución del contrato. Sin embargo, en caso que la Entidad advierta que el contratista ha presentado documentación falsa o información inexacta, además de poder aplicar las cláusulas anticorrupción que establece el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento, referidas a resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho y comunicar dicha decisión al contratista, también debe comunicar tal situación al Tribunal de Contrataciones del Estado para que evalúe el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, asimismo deberá realizar las acciones pertinentes para la determinación de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

3. CONCLUSIONES

- 3.1. La presentación de documentación falsa o inexacta por parte del contratista en el marco de la ejecución de un contrato genera el derecho de la Entidad de resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho en aplicación de la cláusula anticorrupción prevista en el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento, sin perjuicio de las acciones civiles, penales y administrativas que corresponden.
- 3.2. La presentación de documentación falsa o inexacta configura un delito previsto en el Código Penal peruano; por lo tanto, en caso el contratista presente documentación falsa o inexacta —en el marco de la ejecución de un contrato— siendo que es un acto deshonesto e ilegal, la Entidad tendría el derecho de resolver el contrato

automáticamente y de pleno derecho en aplicación de la cláusula anticorrupción prevista en el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento específico a ser realizado por la Entidad para aplicar las cláusulas anticorrupción, sin embargo, la decisión de la Entidad de resolver el contrato en aplicación de las mencionadas cláusulas — como toda decisión adoptada durante la ejecución contractual— debe contar con el debido sustento y ser comunicada al contratista.

- 3.3. La normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento específico a ser realizado por la Entidad en caso el contratista presente documentos falsos o información inexacta durante la ejecución del contrato. Sin embargo, en caso que la Entidad advierta que el contratista ha presentado documentación falsa o información inexacta, además de poder aplicar las cláusulas anticorrupción que establece el artículo 32 de la Ley y 138 del Reglamento, referidas a resolver el contrato automáticamente y de pleno derecho y comunicar dicha decisión al contratista, también debe comunicar tal situación al Tribunal de Contrataciones del Estado para que evalúe el inicio del correspondiente procedimiento administrativo sancionador, asimismo deberá realizar las acciones pertinentes para la determinación de las responsabilidades civiles y penales que correspondan.

Jesús María, 11 de noviembre de 2022

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS