



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

Sumilla: *“(…) “El principio de retroactividad benigna dentro de un procedimiento administrativo sancionador es aplicable siempre y cuando la normativa vigente (i) deroga el ilícito administrativo, o bien cuando (ii) contempla una sanción más benigna que la prevista al momento de la comisión de la infracción”.*

Lima, 12 de enero de 2024.

VISTO en sesión del 12 de enero de 2024, de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 3925/2020.TCE, sobre la solicitud de aplicación del principio de retroactividad benigna presentada por la empresa PESANTES HERMANOS S.R.L., respecto de la sanción de multa y una medida cautelar por un plazo de cuatro (4) meses que le fue impuesta mediante Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 del 27 de octubre de 2023, y atendiendo a lo siguiente:

I. ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 del 27 de octubre de 2023, la Segunda sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, en adelante **el Tribunal**, resolvió sancionar a la empresa **PESANTES HERMANOS S.R.L.**, con una sanción de multa y una medida cautelar por un plazo de cuatro (4) meses para participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) 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 adelante **el TUO de la Ley**, al haber desistido o retirado injustificadamente su oferta, en el marco de la Subasta Inversa Electrónica N° 002-2020-MPSI/CS – Primera Convocatoria convocada por la Municipalidad Provincial de San Ignacio, Ítem 1, en adelante **el procedimiento de selección**.

La Resolución descrita fue notificada el 27 de octubre de 2023, a través de su publicación en el Toma Razón Electrónico.



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

2. Por medio de la Carta N° 004-2023/PESANTESHERMANIOS S.R.L. presentada el 27 de noviembre del 2023 ante la mesa de partes del Tribunal, la empresa **PESANTES HERMANOS S.R.L.**, en adelante la **Recurrente**, solicitó que se aplique el principio de retroactividad benigna, para lo cual presentó sus argumentos señalando lo siguiente:

- Manifiesta que su representada ha participado en diversos procedimientos de selección convocados por diferentes entidades y nunca ha estado inmersa en situaciones que la involucren en transgresiones a los principios que rigen los procedimientos de selección.
- Solicita la aplicación del principio de retroactividad benigna respecto a la sanción impuesta con la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 del 27 de octubre de 2023.
- Afirma que su representada ha tenido una conducta honesta y correcta, cumpliendo con presentar sus descargos respecto al motivo que conllevó a desistirse de la buena pro del procedimiento de selección.
- Precisa que, como marco referencial se deberá tener presente que de conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Constitución, la ley desde su vigencia se aplica a relaciones jurídicas existentes, sin tener efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

En este último caso, se ha previsto la posibilidad de aplicar retroactivamente una norma, en materia penal, siempre que dicha aplicación produzca una situación beneficiosa al reo. Sobre ello a través de las reiteradas jurisprudencias, el Tribunal Constitucional ha señalado que “El principio de retroactividad benigna implica, por tanto, la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo”.

En ese sentido, considerando que tanto el derecho penal como el administrativo sancionador, son manifestaciones del poder punitivo del estado, resulta que el principio de retroactividad benigna de la ley penal también se aplica a la ley administrativa sancionadora, en la medida que ambas forman parte del conjunto normativo del derecho sancionador.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

- De acuerdo a lo antes mencionado solicita la aplicación del principio de retroactividad benigna, con el fin que el Tribunal disponga sustituir los efectos de la sanción de multa y la medida cautelar impuesta, considerando lo siguiente:
 - Su representada no cuenta con antecedentes de sanción.
 - La conducta procesal de su representada fue idónea, pues se apersonó al procedimiento administrativo sancionador.
 - La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad.
 - No hubo intencionalidad en la comisión de la infracción atribuida.
 - Su representada actuó de manera seria y diligente, pero hechos ajenos no permitieron el perfeccionamiento del contrato.
 - Su representada se ha regido a los principios que rigen la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3. Con Decreto del 29 de noviembre de 2023, la solicitud de retroactividad benigna se puso a disposición de la Segunda Sala del Tribunal, para que actúe de acuerdo a sus facultades. Al respecto, el expediente fue recibido por el Vocal ponente el 1 de diciembre de 2023.
- 4. Con Decreto del 15 de diciembre de 2023, considerando la Resolución N° 240-2023-OSCE/PRE del 13 del mismo mes y año, que formalizó el Acuerdo de Consejo Directivo que aprobó la reconfirmación de la Segunda Sala del Tribunal, se decretó computar el plazo previsto en el literal h) del artículo 260 del Reglamento, dese el día siguiente de recibido el presente expediente por el Vocal ponente, siendo recibido por el nuevo Vocal ponente el 15 de diciembre de 2023.

II. FUNDAMENTACIÓN:

1. Es materia del presente análisis, evaluar la aplicación del principio de retroactividad benigna solicitado por la Recurrente (la empresa PESANTES HERMANOS S.R.L.) contra la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 del 27 de octubre de 2023, mediante la cual se dispuso sancionar a dicha empresa con una multa (S/ 10,229.75) y una medida cautelar por cuatro (4) meses de suspensión de sus derechos en participar en procedimientos de selección e implementar o extender la vigencia de los catálogos electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley N° 30225, norma vigente al momento de suscitarse los hechos imputados, es decir, al 23 de setiembre de 2020 (fecha en la que presentó su desistimiento y/o retiro de su oferta).

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

Respecto a la aplicación del principio de retroactividad benigna

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

Sobre ello, el Tribunal Constitucional¹ a través de reiterada jurisprudencia ha señalado que *“el Principio de retroactividad benigna implica, por tanto, la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado pierde interés (o el interés sea menor) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida). Pero primordialmente se justifica en virtud del principio de humanidad de las penas, el mismo que se fundamenta en el principio-derecho de dignidad de la persona humana (artículo 1 de la Constitución)”*.

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

¹ Véase las Sentencias emitidas en los Expedientes N° 2389-2007-PHC/TC, N° 2744-2010-PHC/TC, N° 00752-2014-PHC/TC, entre otras.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

3. Atendiendo a lo señalado, se aprecia que el principio de retroactividad benigna también resulta aplicable al derecho administrativo sancionador; en virtud de ello, en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, se ha contemplado el principio de irretroactividad, según el cual *“son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición”*.

En esa misma línea, el OSCE a través de la Opinión N° 163-2016/DTN ha expuesto que el *“principio de retroactividad benigna dentro de un procedimiento administrativo sancionador es aplicable siempre y cuando la normativa vigente (i) deroga el ilícito administrativo, o bien cuando (ii) contempla una sanción más benigna que la prevista al momento de la comisión de la infracción”*.

4. En ese contexto, dicho principio determina que, en los procedimientos administrativos sancionadores, como regla general, la norma aplicable es aquella que se encontraba vigente al momento de la comisión de la infracción y, como excepción, se admite la posibilidad de aplicar una nueva norma que ha entrado en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción, siempre que ésta resulte más beneficiosa para el administrado.

La posibilidad de aplicar retroactivamente normas que no estuvieron vigentes al momento de la comisión de la infracción, depende de que el nuevo marco normativo represente un beneficio concreto para el administrado, no bastando simplemente comparar en abstracto los marcos normativos, conforme explican Gómez Tomillo y Sanz Rubiales *“Hay que operar en concreto y no en abstracto; es decir, no es suficiente con la comparación de los marcos sancionatorios establecidos en cada figura, sino que es preciso considerar la sanción que correspondería al caso concreto de aplicar la nueva ley, con todas las circunstancias que concurrieron en el caso y la totalidad de previsiones legales establecidas en una y otra norma”*².

² GÓMEZ TOMILLO, Manuel & SANZ RUBIALES, Íñigo. Derecho Administrativo Sancionador Parte General, Thomson Reuters, España, 2010, pág. 185.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

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

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

5. En ese contexto, corresponde analizar si, en el presente caso, existe una nueva normativa de contratación pública vigente que resulte más beneficiosa a la situación actual de la Recurrente, respecto a la multa y medida cautelar que fue impuesta mediante la Resolución N° 04115-2023-TCE-S2 del 27 de octubre de 2023.

Sobre el pedido de aplicación del principio de retroactividad benigna

6. Al respecto, la Recurrente solicitó la aplicación del principio de retroactividad benigna a fin que el Tribunal disponga sustituir los efectos de la sanción de multa y la medida cautelar impuesta, para tal efecto, solicita que se considere lo siguiente:
 - Su representada no cuenta con antecedentes de sanción.
 - La conducta procesal de su representada fue idónea, pues se apersonó al procedimiento administrativo sancionador.
 - La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad.
 - No hubo intencionalidad en la comisión de la infracción atribuida.
 - Su representada actuó de manera seria y diligente, pero hechos ajenos no permitieron el perfeccionamiento del contrato.
 - Su representada se ha regido a los principios que rigen la Ley de Contrataciones del Estado.
7. Ahora bien, en el presente caso, es pertinente señalar que la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 –que impuso la multa y la medida cautelar en cuestión a



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas

 **OSCE**
Organismo
Supervisor de las
Contrataciones
del Estado

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

la Recurrente– se emitió aplicando las disposiciones del vigente TUO de la Ley (Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Bajo dicho contexto, cabe precisar que, a la fecha, no se ha emitido una nueva normativa de contratación pública que haya modificado la tipificación y la infracción (de multa y medida cautelar) que corresponden al tipo infractor contenido en el literal a) del numeral 50.1 del artículo 50 del TUO de la Ley; siendo que dicho texto normativo se encuentra vigente a la actualidad.

Asimismo, si bien con posterioridad al TUO de la Ley, se emitieron las Leyes Nos. 31433³ y 31535⁴, estas no implicaron una modificación a la tipificación de la aludida infracción imputada a la Recurrente en la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2.

8. En relación con ello, con la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 31433, se modificó el numeral 27.2 del artículo 27 de la Ley N° 30225 (referida a las contrataciones directas).
9. Por otro lado, con el artículo 2 de la Ley N° 31535, se modificó el numeral 50.10 del artículo 50 de la Ley N° 30225, incluyéndose el criterio de graduación de sanción, referido a que *“las MYPE también constituye un criterio de graduación de la sanción, aún por debajo del mínimo previsto, la afectación de las actividades productivas o de abastecimiento en tiempos de crisis sanitarias.”*

Sobre el particular, de la revisión del fundamento 24 de la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2, se puede advertir que, dicho nuevo criterio de graduación de la sanción, fue analizado por este Tribunal, conforme se aprecia a continuación:

³ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 06 de marzo de 2022.

⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 28 de julio de 2022.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

h) Tratándose de las micro y pequeñas empresas (MYPE), cuando incurran en una infracción como resultado de la afectación de sus actividades productivas o de abastecimiento, generada por la crisis sanitaria de la COVID-19: En el expediente administrativo no se advierte documentación que sustente que la infracción en la que ha incurrido el Adjudicatario haya sido producto de la afectación de sus actividades productivas o abastecimiento generada por la crisis sanitaria de la COVID-19.

10. Adicionalmente, a la fecha no se ha emitido una nueva normativa de contratación pública que haya modificado los plazos de prescripción que correspondan a la infracción consistente en “desistirse o retirar injustificadamente su oferta”.
11. Cabe precisar también, que a la actualidad, el Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, se encuentra modificado por los Decretos Supremos N°s. 377-2019-EF, 168-2020-EF, 250-2020-EF, 162-2021-EF, 234-2022-EF, 308-2022-EF y 167-2023-EF; no obstante, ninguno de dichos textos normativos han implicado la variación de la tipificación, infracción y/o plazo de prescripción de la infracción imputada a la Recurrente con la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2.

Cabe precisar que, con el Decreto Supremo N° 308-2022-EF, se incorporó en el Reglamento, el nuevo criterio de gradualidad aplicable a las micro y pequeñas empresas, cuyo alcance, como ha sido indicado precedentemente, fue analizado en el fundamento 24 de la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2.

12. Por tanto, queda claro que en el presente caso, no se cuenta con una normativa que haya sido emitida con posterioridad al TUO de la Ley y su Reglamento, la cual deba ser analizada a fin de determinar la aplicación del principio de retroactividad benigna.
13. En este punto, cabe precisar que la Recurrente a fin de solicitar la aplicación del principio de retroactividad benigna, solicitó que se valore que su representada no cuenta con antecedentes de sanción, su conducta procesal, la inexistencia de daño a la Entidad, la inexistencia de intencionalidad, entre otros.

Sin embargo, dichos aspectos fueron abordados en la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2, como parte de los criterios de gradualidad; conforme se aprecia a continuación:

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

24. En ese contexto, corresponde determinar la sanción a imponer al Adjudicatario, considerando los siguientes criterios establecidos en el artículo 264 del Reglamento:

a) **Naturaleza de la infracción:** Es importante tomar en consideración la diligencia y seriedad con que el postor debe actuar dentro de un procedimiento de selección hasta la suscripción del contrato derivado de aquel, asumiendo la responsabilidad de su propia participación, a fin de no comprometer el logro de los fines públicos de la Entidad, como es la satisfacción de las necesidades públicas y el cumplimiento de las metas y objetivos institucionales previamente establecidos, máxime cuando nos encontramos en una subasta inversa electrónica.

b) **Ausencia de intencionalidad del infractor:** en el presente caso, de la documentación obrante en autos, no es posible determinar si hubo intencionalidad o no por parte del Adjudicatario en la comisión de la infracción atribuida.

c) **La inexistencia o grado mínimo de daño causado a la Entidad:** debe tenerse en cuenta que situaciones como la descrita, ocasionan una demora en el cumplimiento de las metas programadas por la Entidad y, por tanto, producen un perjuicio en contra del interés público. Así, tenemos que en el caso concreto se puso en riesgo la obtención oportuna del bien: "Piedra Zarandeada de ½ in" requerido para la ejecución de obra: "Mejoramiento de transitabilidad vehicular y peatonal, Av. La Cultura cuadra 3 y 4, Av. San Ignacio cuadra 5 y Av. José Abelardo Quiñonez cuadra 1, 2, 3 y 4 - provincia de San Ignacio-departamento de Cajamarca".

d) **Reconocimiento de la infracción antes de que sea detectada:** debe tenerse en cuenta que, de la documentación obrante en el expediente, no se advierte documento alguno por el cual el Adjudicatario haya reconocido su responsabilidad en la comisión de la infracción antes que fuera detectada.

e) **Antecedentes de sanción o sanciones impuestas por el Tribunal:** de conformidad con la información obrante en el Registro de Inhabilitados para Contratar con el Estado, el Adjudicatario no cuenta con antecedentes de sanción administrativa impuesta por el Tribunal.

f) **Conducta procesal:** el Adjudicatario se apersonó al presente procedimiento administrativo sancionador.

Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

- g) **La adopción e implementación del modelo de prevención a que se refiere el numeral 50.7 del artículo 50 de la Ley:** En el expediente administrativo no obra documentación que evidencie que el Adjudicatario haya adoptado o implementado un modelo de prevención, debidamente certificado, que reduzca significativamente el riesgo de la infracción imputada en el presente caso.
- h) **Tratándose de las micro y pequeñas empresas (MYPE), cuando incurran en una infracción como resultado de la afectación de sus actividades productivas o de abastecimiento, generada por la crisis sanitaria de la COVID-19:** En el expediente administrativo no se advierte documentación que sustente que la infracción en la que ha incurrido el Adjudicatario haya sido producto de la afectación de sus actividades productivas o abastecimiento generada por la crisis sanitaria de la COVID-19.

14. Es necesario precisar que la aplicación del principio de retroactividad benigna no implica una reevaluación de los hechos que ya fueron determinados, sino, solo la comparación de la normativa que estuvo vigente a la fecha de determinación de la sanción, con aquella posterior que sea más favorable, aplicando esta última en tanto beneficie al administrado.
15. Siendo así, queda claro que, en el caso concreto, la Recurrente no ha aportado elementos que deban ser analizados en virtud de la aplicación del principio de retroactividad benigna, pues para ello se requiere contar con una normativa emitida por posterioridad que demuestre un beneficio en el tipo infractor, la sanción y/o el plazo de prescripción de la infracción imputada en el presente caso, pues en la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 se ha aplicado el vigente TUO de la Ley y el vigente Reglamento.
16. En consecuencia, este Colegiado considera que no corresponde acoger la solicitud de aplicación de principio de retroactividad benigna respecto a la sanción en ejecución impuesta por el Tribunal, a través de la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 por la que se les sancionó con multa y medida cautelar a la Recurrente.

Por estos fundamentos, de conformidad con el informe del Vocal ponente Marlon Luis Arana Orellana y la intervención de los Vocales Daniel Alexis Nazazi Paz Winchez y Olga Evelyn Chávez Sueldo, atendiendo a la reconfiguración de la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo dispuesto en la Resolución N° D000240-2023-OSCE-PRE del 12 de diciembre de 2023, publicada el 13 del mismo mes y año en el Diario Oficial El



PERÚ

Ministerio
de Economía y Finanzas



Tribunal de Contrataciones del Estado

Resolución N° 00135-2024-TCE-S2

Peruano, en ejercicio de las facultades conferidas en el artículo 59 de la Ley, así como, los artículos 20 y 21 del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE, aprobado por el Decreto Supremo N° 076-2016-EF del 7 de abril de 2016, analizados los antecedentes y luego de agotado el debate correspondiente, por unanimidad;

LA SALA RESUELVE:

1. Declarar **NO HA LUGAR** a la solicitud al principio de retroactividad benigna alegada por la empresa **PESANTES HERMANOS S.R.L. (con RUC N° 20480709901)**, en relación a la sanción impuesta con multa y una medida cautelar de cuatro (4) meses de suspensión en sus derechos para participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, impuestas mediante la Resolución N° 04145-2023-TCE-S2 del 27 de octubre del 2023, por los fundamentos expuestos.
2. Archívese de manera definitiva el presente expediente.

OLGA EVELYN CHÁVEZ SUELDO
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO
DIGITALMENTE

MARLON LUIS ARANA ORELLANA
VOCAL
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

DANIEL ALEXIS NAZAZI PAZ WINCHEZ
PRESIDENTE
DOCUMENTO FIRMADO DIGITALMENTE

SS.
Paz Winchez.
Chávez Sueldo.
Arana Orellana.