

La Responsabilidad Subjetiva en la Contratación Pública ¿ya estamos aprendiendo?

Sumario: Justificación - Antecedentes legales - La culpabilidad en el derecho administrativo sancionador - La culpabilidad en la ley 30225 - La culpabilidad en las personas jurídicas-Conclusiones.

I. Justificación

Es ya aceptado por gran parte de la doctrina que el *ius puniendi* se aplica tanto al derecho penal como al derecho administrativo, esta última a través del procedimiento administrativo sancionador (en adelante PAS). En ese sentido, los principios del PAS sirven como mecanismos de integración jurídica y para suplir vacíos en el ordenamiento administrativo, tal como lo menciona el art. IV del título preliminar de la Ley n° 27444:

Art IV. Principios de la potestad sancionadora administrativa.

Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo [1].

Sin perjuicio de lo antes señalado, podemos afirmar que el catálogo de principios que la PAS guarda son principios que tienen rango constitucional y que sirven de garantía para los derechos de los administrados frente al poder estatal, como desarrollaremos más adelante, con esta misma línea nos adentramos al estudio de un principio en especial, que llevado al derecho administrativo

causa cierto debate: el principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Principio que no es relativamente nuevo, pues en la legislación comparada ya fue tratado, incluso aun discutido en la actualidad, pero para no perdernos en lo amplio y complejo que podría significar estudiar este principio en todos sus alcances, encausaremos energías para poder estudiar este principio aplicado en la contratación pública o más conocido como «la ley de contrataciones con el estado» que con la última modificación del D.L. n.º 1444 trae algunas novedades con relación a las sanciones administrativas.

Así pues, en este breve artículo analizaremos como la responsabilidad subjetiva poco a poco por medio de las modificaciones está siendo aceptada en la ley de contrataciones, cuando anteriormente era netamente objetiva (o al menos así se veía en la práctica).

Entonces la aplicación de este principio en las sanciones administrativas resulta controvertida; hay quienes rechazan el principio de culpabilidad en el derecho administrativo y por otra parte hay quienes celebran la incorporación del principio de culpabilidad como garantía fundamental del administrado. De este modo existe una postura que recoge el extinto tribunal constitucional, reconociendo la responsabilidad subjetiva, no solo en el derecho penal, sino también en procedimiento sancionador como lo veremos en el presente trabajo.

Con estas premisas podemos afirmar que el debate está el ruedo, y tiene para rato, ya que este principio marca un nuevo devenir en la contratación pública y en las sanciones aplicadas a esta.

II. Antecedentes Legales

La evolución de la ley de procedimiento administrativo (hoy se conoce con ese nombre) en el Perú tuvo siempre incorporaciones interesantes, comenzando que esta nació como reglamento para después ser elevada a rango de ley, y posterior sufrir modificaciones hasta el día de hoy, la que

nos interesa para este presente trabajo es el Decreto Legislativo n.º1272, sin olvidarnos de las modificaciones más recientes.

Sin perjuicio de lo mencionado, se puede afirmar que en ley de procedimientos administrativos establece las normas instrumentales y comunes para los administrados y la administración, es decir: regula sus interacciones manteniendo el equilibrio entre potestades de la administración y derechos de los administrados. Este conjunto de normas sigue una regla que hasta años atrás parecía ser simple, nos referimos a lo que en teoría de derecho nos enseñan como «ley general sede ante ley especial» -ya que hoy en día esta regla parece no ser tan simple, en el sentido que algunos principios, consagrados en el título preliminar del procedimiento administrativo y los principios del PAS tienen base constitucional, así como lo hace referencia el ex tribunal constitucional en reiteradas jurisprudencias. Con estos pronunciamientos, entonces, ya cambia la regla sobre ley general sede ante ley especial, porque el fundamento de estos principios ya no es solo la ley sino la constitución.

Para no desviarnos del tema, antes que el principio de culpabilidad forme parte del catálogo de principios del PAS (recién se estipuló con el D.L. 1272) ya se tenía un antecedente constitucional de este principio, cuando el ex TC mencionó: que la culpabilidad se aplica no solo en derecho penal; sino también en el derecho administrativo sancionador, como lo señala la sentencia:

«que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del Derecho Penal, sino también en el Derecho Administrativo sancionador» [2].

Ahora, la responsabilidad subjetiva en materia administrativa no era algo tal novedoso que digamos, sino, ya había sido tratado en la jurisprudencia del ex TC, solo que con el D.L. 1272 lo que se hizo fue positivizar el mencionado principio.

Así, Con el D. L. 1272 se confirmó la responsabilidad subjetiva en el PAS, con este principio nos encontramos ante un nuevo criterio para sancionar: el criterio subjetivo o responsabilidad subjetiva, que si bien tiene algún punto de encuentro con la culpabilidad en el derecho penal, en el derecho administrativo sancionador su aplicación se relativiza.

Pero al parecer, no todo podía ser felicidad para los seguidores del criterio subjetivo, más el problema surgió cuando la ley dejó una puerta abierta a la responsabilidad objetiva, mencionando en el mismo artículo, que salvo por ley o decreto legislativo se aplicara la responsabilidad objetiva, esto trajo como consecuencia que algunos sectores o entidades administrativas que manejan sus propias leyes especiales como el OSCE se quieran apartar del carácter común de la ley, argumentando: que esas garantías que otorga la ley no es beneficiosa para sus actividades y que ellos se tienen que apartar de este criterio, “por vía legal” que la misma norma posibilitaba”:

Artículo 276 – Principios de la potestad sancionadora administrativa.

10. Culpabilidad. – «La responsabilidad administrativa es subjetiva, “salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”» [3].

Con esto, vemos que si bien la incorporación del principio de culpabilidad era un avance significativo en nuestro derecho administrativo, hay sectores estatales quienes todavía siguen siendo renuentes a su aplicación; pero en el caso del OSCE con la última modificación a ley de Contrataciones del Estado a través del D.L 1444 entre sus novedades, hubo un cambio a nuestro parecer muy positivo, nos referimos, a que en materia de contratación pública, se empezó a reconocer expresamente la responsabilidad subjetiva en algunos supuestos de sanción, si bien es cierto que la mayor parte de las sanciones siguen siendo aun objetivas, creemos que el camino es largo, y se refleja la buena voluntad (de este sector al menos) de querer caminar por la senda del buen derecho y el respeto de garantías mínimas de los administrados, por lo tanto, es la razón parte del título de este trabajo ¿ya estamos aprendiendo?

III. La culpabilidad en el derecho Administrativo Sancionador

Para poder empezar, es necesario definir el concepto de sanción, podemos empezar definiendo desde un enfoque amplio *«como toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta»* [4], bajo este enfoque, el termino sanción, no dependería de la comisión de una infracción administrativa, pues será sanción: toda menoscabo, gravamen o decisión perjudicial para la esfera del administrado, siempre impuesta por la administración. Y por otra parte la definición de sanción desde un enfoque stricto sensu, que señala que *«es aquella retribución negativa, prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por la administración pública, por la comisión de una infracción administrativa»* [5].

Definido la sanción, podemos decir que el principio de culpabilidad lo podemos encontrar en ley 27444 que por medio del D.L 1272 se incorporó en el capítulo III artículo 246 inciso 10, hoy en día contamos con TUO actualizado, por lo tanto, lo podemos encontrar en el artículo 247. Algo

interesante es que el legislador, en la exposición de motivos, reconoce este tema como «suyo polémico» *«Frente a este tema, de suyo polémico, se ha optado hoy por reconocerle una entidad propia al principio de culpabilidad independiente del ámbito penal...»* [6]. Y no es para menos ya que como lo dijimos esto traerá horas de debate.

Entendemos que la culpabilidad es un principio transversal a todo el derecho punitivo, si bien en cierto, hace algunos años, se consideraba que la responsabilidad objetiva en la aplicación del PAS era la regla general y natural del derecho administrativo sancionador, con el tiempo esto se fue relativizando, ya que en el Perú su aceptación viene siendo progresiva al igual que en otras legislaciones, como por ejemplo: en España donde el TC reconocía en algunas sentencias que la culpabilidad y algunos otros principios eran base para todo el derecho sancionador:

«no basta con que la infracción esté tipificada y sancionada, sino que es necesario que se aprecie en el sujeto infractor el elemento o categoría denominado culpabilidad. La culpabilidad es el reproche que se hace a una persona porque ésta debió haber actuado de modo distinto a como lo hizo. ¿Por qué es el elemento de la culpabilidad la exigibilidad de un comportamiento distinto del que tuvo el infractor? Sencillamente porque la norma que tipifica las infracciones y las sanciones no exige nunca comportamientos imposibles. Por ello la jurisprudencia clásica de nuestro Tribunal Supremo en materia de sanciones por infracciones administrativas tiene precisado que la culpabilidad es la relación psicológica de causalidad entre la acción imputable y la infracción de disposiciones administrativas,

superándose así una corriente jurisprudencial anterior que señalaba que bastaba la simple voluntariedad del sujeto» [7]

Entonces podemos definir al principio de culpabilidad en palabras del profesor García Cavero «*El principio de culpabilidad establece que la pena no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele el suceso lesivo como un hecho suyo*» [8]. También en palabras del profesor Baca Oneto «*La culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible)*» [9].

Con estas premisas, podemos entender de forma muy básica que el principio de culpabilidad en el derecho administrativo es un juicio de reproche sobre la conducta del infractor, que genera un resultado o genera un peligro al bien jurídico, pero no tanto bajo la orientación del dolo, mas bien bajo el enfoque de la culpa, negligencia o imprudencia (la norma no es precisa en los términos) y bajo esto, determinar una responsabilidad por no haber actuado de acuerdo al deber que se tenía, en resumen, se analiza la capacidad del administrado, de haber obrado distinto al derecho, cuando pudo haber obrado acorde al derecho; mientras que la responsabilidad objetiva es la que se atribuye al administrado por el solo hecho de cometer un acto que este tipificado como infracción, sin importar su estado o circunstancias personales, tampoco le interesa analizar la culpabilidad, ya que esta la presume, es decir, solo basta con cometer la infracción para que sea culpable.

Llegando a este punto, podemos decir que uno de los problemas principales del principio de culpabilidad, es que no se sabe a ciencia cierta, como es la aplicación de este debatido principio en el derecho administrativo sancionador, si hasta donde sabemos el ex TC, solo nos mencionaron en algunas sentencias, que este principio debe ser aplicado teniendo en cuenta los “matices” que

significa extrapolar la naturaleza del principio de culpabilidad del derecho penal al derecho administrativo:

“No obstante, la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa” [10].

Ante esto, naturalmente nace ciertas preguntas ¿Qué podemos entender por matices?, ¿en qué consiste?, ¿que alcance tiene?, ¿se aplica en todos los casos de culpabilidad?, ¿se aplica también para la simple inobservancia? y ¿a que formas de culpabilidad se deben aplicar?

Si entramos a campos más fangosos, la duda seria: ¿se aplica también a las personas jurídicas? Creemos que es muy difícil contestar esas preguntas, pero lo que sí creemos es que todos estos vacíos se deben a que nuestra base dogmática, en estos temas en específico, es muy pobre, y al no tener un punto de partida, pues habrá más dudas que respuestas.

Hasta ahora, los conceptos que se toman como cierto en el principio de culpabilidad, en su mayoría, son conceptos que se utiliza en el ámbito penal, por eso necesario saber, si el principio de culpabilidad, debe ser extrapolado al derecho administrativo con la misma aplicación que en el derecho penal, ya el ex TC se manifestó al respecto de manera muy general y claro está, hay autores que tienen un criterio distinto; pero esto será analizado más adelante.

En definitiva, como menciona el profesor Morón Urbina *«el principio de culpabilidad tiene como finalidad establecer un límite al ius puniendi, basándose en los principios de seguridad*

jurídica y de dignidad humana, al imponer una sanción a quien actuó bajo los parámetros y elementos requeridos para responder por esa comisión» [11].

IV. La culpabilidad en la ley 30225

En el 2018 como ya es de costumbre, en las normas sectoriales que regula la contratación pública, sufrió cambios relevantes en la ley 30225 a través del Decreto Legislativo n°1444, entre ellas, la novedad sobre infracciones y sanciones administrativas del art 50, es que reconoce de manera implícita (se sobreentiende que es así) la aplicación del principio de culpabilidad; pero solo para 4 supuestos de infracción, los literales a),b),h) y n) del mismo artículo, y hace mención, esta vez sí, de manera explícita, que el resto de infracciones la responsabilidad será objetiva:

Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas

(...)

50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del presente artículo [12].

(...)

Antes de su modificatoria en el D.L 1341 en el artículo de sanciones, hacía referencia a que la responsabilidad era objetiva, pero decía, «salvo» en aquellos tipos que sea posible justificar la conducta, la norma no pudo ser más confusa en este aspecto, ya que era una nebulosa descifrar ¿a

qué tipos se refiere? y ¿acaso era posible justificar la conducta? hasta hacia parecer que la norma era contradictoria dando un guiño a la responsabilidad subjetiva; pero sin mencionarla expresamente y mucho menos sin darnos más luces sobre el tema:

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, cuando 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:

(...)

La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores que admitan la posibilidad de justificar la conducta [13].

Si bien con el D.L 1444 nos dieron mayor precisión sobre la responsabilidad subjetiva, todavía termina siendo insuficiente, puesto que como lo analizamos párrafos arriba, no tenemos muy claro cómo interpretar las “matizaciones” que menciona el ex tribunal sobre el tema, suponemos que los supuestos donde si cabe la responsabilidad subjetiva son que en el “factum” del comportamiento del sujeto activo, cabe la posibilidad de haber podido actuar de otra manera ;pero no lo hizo, a demás que debió ser diligente con su actuar, y tampoco lo hizo, peor aún, fue imprudente. Por ejemplo con respecto a la infracción de presentar cuestionamientos maliciosos o manifiestamente

infundados hacia la absolución de consultas y observaciones que se realizan en la etapa de selección (literal n del art 50.1), la norma considera que puede ser analizados bajo la óptica de la responsabilidad subjetiva, pero creemos que en esta infracción tranquilamente puede operar el dolo (independiente de sus variantes), en el sentido que el postor quiera obstruir de manera voluntaria el correcto procedimiento de la contratación pública, con el fin que no se llegue a la buena pro o al perfeccionamiento del contrato, si es el caso, hay dudas de sobre cómo se debe tratar el dolo de este postor al momento de estudiar el caso ¿igual que el derecho penal para determinar la sanción, o solo como graduación de la sanción?, de igual manera la culpa ¿se debe tomar en cuenta el “deber de cuidado”?, pero bajo qué criterio ¿dependiendo al tipo de actividad de peligro, o es que necesita de un profesional para realizarlo?, ¿algo impreciso cierto? Bueno, la norma no nos da precisiones al respecto.

Por otra parte, se debe entender que el resto de conductas sancionables a voluntad del legislador son infracciones de simple inobservancia con responsabilidad objetiva, pues no necesitan de un resultado lesivo, mas solo crear un peligro abstracto para que se configure la infracción, en pocas palabras, se sanciona la mera desobediencia de la norma. No podemos tener un panorama claro del porqué o motivo el legislador determino que esos cuatro supuestos debían ser de responsabilidad subjetiva y el resto no, cuando perfectamente se puede estudiar la responsabilidad subjetiva en otros supuestos.

Como vemos llegar a una conclusión sobre qué se entiende por “matizaciones” es complicado, y seguirá siendo complicado mientras se siga dependiendo de la doctrina penal para llenar estos vacíos, y no tengamos una parte general de las sanciones administrativas que desarrollen con suficiencia estos temas.

Pero es importante reconocer, que hay un avance con respecto a este tema, en el que el legislador poco a poco está reconociendo que la responsabilidad subjetiva es propio al derecho sancionador, a demás que la ley 27444 en la parte de sanciones, tiene carácter común, y como ya lo mencionamos, posee base constitucional, es decir, que los principios del PAS, tienen que ser observados obligatoriamente, por más, que se trate de una ley especial, porque sus principios son predominantes en todo el aparato sancionador.

V. La culpabilidad en las personas jurídicas

Es aceptado por todos los administrativistas e incluso por los defensores de la culpabilidad, que el punto flaco de su tesis, está a la hora de hacer el análisis de responsabilidad en las personas jurídicas, cosa que no vamos a tocar a profundidad ya que por la naturaleza de este tema merecería un artículo aparte, pero podemos ver algunas generalidades.

El problema principal del análisis de la culpabilidad en las personas jurídicas, radica en que si es o no posible sancionar a estos, además que sería muy difícil determinar si estos actuaron en condición de dolo o culpa, ya que al carecer de carácter volitivo, no son considerados como «autores», sino, como «responsables», y en el caso que se quiera aceptar la culpabilidad de las personas jurídicas, la pregunta es ¿debería ser analizado bajo la doctrina del derecho penal? ya que si se llega a aceptar la culpabilidad , el problema radicaría en cómo debería ser esa operación mental, que nos permita conocer la voluntad o pensamiento de la persona jurídica (sin perjuicio de lo mencionado hace un momento), y es más, hasta algunos pensarían que sería la excusa perfecta para que las empresas infractoras se librasen de responsabilidad.

La responsabilidad en las personas jurídicas, en principio, tendría que ser objetivo, pues como lo dijimos, sería muy difícil analizar el dolo o culpa en estos casos, pero hay opiniones opuestas,

en el sentido que las personas jurídicas, efectivamente, actuarían con culpa, bajo el fundamento que: debido a una mala organización al interior de la empresa se incumplió de un deber y con esto a la infracción.

Aunque debemos mencionar que en la jurisprudencia española se reconoció la culpabilidad de las personas jurídicas, y que si pueden ser perfectamente pasibles de sanción, pero siempre teniendo como fuente la doctrina penal ya que tal vez el derecho penal tenga más kilómetros en cuestión de desarrollo de la responsabilidad de la empresa que el propio derecho administrativo, pero justo por esa razón, hasta ahora tenemos que seguir en el difícil camino de la interpretación, de lo que significa, “matizaciones” o “adecuaciones para la aplicación del derecho administrativo sancionador.

VI. Conclusiones

a) Como expusimos: el principio de culpabilidad y los demás principios consagrados en la ley 27444 tiene base constitucional, por lo tanto, prima sobre la ley especial, así que este principio tendría que ser la regla, y por lo contrario la responsabilidad objetiva la excepción, además que si alguna norma no hace mención a qué clase de responsabilidad responde, entonces se entenderá que es hacia la responsabilidad subjetiva; porque la culpabilidad es la regla. Por suerte en la última modificación en la ley de contrataciones el legislador trata de precisar este tema en el art.50 mencionando que supuestos son de responsabilidad objetiva y que supuestos no.

b) No sabemos si decir que es un avance en la toma de conciencia por parte del legislador al haber aceptado la responsabilidad subjetiva en la ley de contrataciones, pero sí creemos que es un avance en el aspecto legal y en el reconocimiento de las garantías de los administrados frente al poder de la administración, que, por mucho tiempo, no se le dio la atención que se merece en nuestro país.

c) La responsabilidad subjetiva termina siendo contrario a la responsabilidad objetiva, siendo la primera un elemento importante del poder punitivo, y una consagración del pensamiento constitucional punitivo, sin mencionar que es reconocida progresivamente en la gran parte de países como en España.

d) El principio de culpabilidad visto como principio constitucional, es un derecho público subjetivo, que va a controlar el ejercicio del poder punitivo Estatal, garantizando que habrá un equilibrio entre el interés público y las garantías de las personas.

e) Es cierto que la culpabilidad tiene críticas y no es aceptado por algunos juristas al momento de que tenga que ser aplicado en las personas jurídicas, pero creemos indudablemente que esta deficiencia, se debe a que estamos viendo el problema desde los ojos de la doctrina penal, pero somos positivos al creer que se tendrá un mejor horizonte en este punto, cuando se siga desarrollando una teoría general pura del derecho administrativo sancionador.

f) Lógicamente la aceptación de la culpabilidad en nuestro país esta dividida, naturalmente los abogados que se dedican a la defensa estarán a favor de este criterio, y los que por su actividad se dediquen a sancionar, rechazarán este principio, somos de la idea que esta discusión sobre la culpabilidad tendría que tener una base doctrinal, jurisprudencial y constitucional, porque podemos aceptar que en algunos sectores por lo complejo de su gestión sea necesario para conseguir los fines de la entidad y proteger los bienes jurídicos, inclinarse por la responsabilidad objetiva; pero el problema es cuando las entidades optan de alguna manera por apartarse de la regla general que es la culpabilidad, porque consideran que sancionar objetivamente es mucho más fácil.

g) Terminamos este trabajo con palabras del profesor Alejandro Nieto que dibuja el tema tratado manera poética: *“Lo único seguro en todo caso es que con la culpabilidad hemos llegado*

al mismo corazón del Derecho Administrativo Sancionador, como sucede en todos los Derechos punitivos» [14].

Bibliografía

- [1] Ley n° 27444 - Título preliminar art. IV. (s.f.).
- [2] Exp. n° 01287 -2010 - PA/TC. (s.f.).
- [3] Ley n.° 27444 - principios de la potestad sancionadora administrativa - art 10. (s.f.).
- [4] SUAY RINCÓN, José. (1989). Sanciones administrativas. Publicaciones del real colegio de España, pág.
- [5] CARRETERO PERÉZ, A., & CARRETERO SANCHEZ, Adolfo. (1995). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Reunidas, 2° edición.
- [6] D.L. n.°1272, E. d. (s.f.). I.11.3.2.5. La referencia a un nuevo principio: culpabilidad (numeral 11 del art 230).
- [7] (3.°, S. d., & Escusol), A. (s.f.).
- [8] GARCÍA CAVERO, P. (2015). "La imputación subjetiva en el Derecho penal". lima: Cuestiones actuales de Derecho penal general y patrimonial. Ara editores.
- [9] BACA ONETO, V. S. (2010). ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionatoria? Actualidad Administrativa, pág.169.
- [10] Exp. n° 01873 -2009-PA/TC . (s.f.).
- [11] MORÓN URBINA, J. C. (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima - Perú.
- [12] D.L. 1444. art. 50.2 (s.f.)
- [13] D.L. 1341- art. 50.1 (s.f)
- [14] NIETO, A. (2012). Derecho Administrativo Sancionador. Madrid

