

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO DE LA EMPRESA



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR EN LA
CONTRATACIÓN ESTATAL Y SU REPLIEGUE ANTE UN
PROCESO ARBITRAL O JUDICIAL”**

Tesis para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho de la
Empresa

AUTOR

Aura Luz Reyes Egoavil

ASESOR

Alejandro Martín Moscol Salinas

JURADO

Hebert Eduardo Tassano Velaochaga (Presidente)

Alejandro Martín Moscol Salinas (Segundo miembro)

Vicente Alberto Cairampoma Arroyo (Tercer miembro)

LIMA – PERÚ

2016



A mi pequeño hijo Rodrigo



ÍNDICE

Introducción.....	5
Capítulo I	
La sanción y el rol del contrato en las contrataciones estatales.....	9
I. La potestad sancionadora en las contrataciones estatales.....	9
1. El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado.....	10
1.1 Las etapas del procedimiento sancionador y su plazo de duración.....	11
1.2 Suspensión del procedimiento sancionador y el margen de discrecionalidad del Tribunal de Contrataciones.....	13
1.3 Observaciones a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.....	16
1.4 La inhabilitación.....	19
2. Finalidad del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado.....	20
2.1 El procedimiento administrativo sancionador como manifestación del <i>ius puniendi</i> del Estado.....	21
2.2 Una concepción alternativa para la potestad sancionadora administrativa.....	23
II. El rol del contrato en los procedimientos sancionadores en la contratación estatal.....	28
1. El cumplimiento del contrato administrativo.....	33
2. El régimen de penalidades.....	35
3. Las garantías otorgadas por el contratista	38
Conclusiones Parciales.....	39
Capítulo II	
Facultades de los Jueces y de los Tribunales Arbitrales en materias que involucran sanciones administrativas.....	41
I. El arbitraje como medio para la solución de controversias en las contrataciones con el Estado.....	41
1. El uso del arbitraje para suspender un procedimiento sancionador.....	45

2. Las facultades del Tribunal Arbitral y su relación con el tiempo de duración del arbitraje en las contrataciones con el Estado.....	47
3.El arbitraje en la contratación estatal en la legislación de otros países.....	51
3.1 Colombia.....	51
3.2 España.....	52
3.3 México.....	52
3.4 Ecuador.....	53
4. Escenarios de conexión entre la competencia de la autoridad administrativa y la vía arbitral.....	53
4.1 La resolución del contrato por causas atribuibles al contratista o la resolución del contrato por responsabilidad del contratista.....	60
4.2 Sustento legal de la suspensión de un procedimiento sancionador por instalación del Tribunal Arbitral.....	64
5. Facultades de los árbitros y ámbito de intervención.....	65
II. La intervención del Poder Judicial de acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado.....	67
1. El avocamiento del órgano administrativo a causa pendiente ante el Poder Judicial.....	68
2. Facultades del Poder Judicial y su relación con el procedimiento administrativo sancionador.....	71
III. ¿Conflictos de competencias o subordinación?.....	73
Conclusiones Parciales.....	78

Capítulo III

El diseño actual del procedimiento administrativo sancionador en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, sus consecuencias y alternativas.....81

I. Consecuencias del diseño actual de la suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores en las contrataciones estatales	81
---	----

1.	Los procedimientos administrativos sancionadores una vez que se levanta la suspensión.....	84
1.1	La importancia de la notificación de la sanción.....	86
1.2	El problema en las notificaciones reflejado en los pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones.....	87
1.3	Contrataciones realizadas por el presunto infractor durante el período de suspensión.....	92
II.	La regulación de la sanción en otros ordenamientos.....	93
1.	México.....	93
2.	Brasil	95
III.	El procedimiento administrativo sancionador en otras entidades de la Administración Pública	96
1.	La suspensión del procedimiento en el Tribunal Fiscal.....	96
2.	La suspensión del procedimiento sancionador en OSINERGMIN.....	97
3.	Suspensión de procedimiento administrativo en OSITRAN	98
IV.	Propuesta de un nuevo diseño de suspensión del procedimiento administrativo.....	99
1.	Regulación de la temporalidad de la medida de suspensión.....	100
2.	Precisión de los presupuestos para la suspensión.....	102
3.	Precisión de la oportunidad de inicio del proceso judicial o arbitral.....	102
4.	Relevancia y aplicación del principio de conducta procedimental.....	103
5.	Posibilidad que el Tribunal de Contrataciones del Estado aplique medidas cautelares	104
6.	Medidas contractuales.....	106
6.1	Penalidades.....	108
6.2	Garantías	109
7.	Protección ante el peligro de las contrataciones durante el período de suspensión.....	110
	Conclusiones Parciales.....	111
	CONCLUSIONES FINALES.....	113
	BIBLIOGRAFÍA.....	116

INTRODUCCIÓN

De acuerdo a la normativa que regula las contrataciones con el Estado, la facultad de imponer sanción administrativa a proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las infracciones señaladas en el artículo 51.1° de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, recae únicamente en el Tribunal de Contrataciones del Estado (en adelante la Ley).

Conforme al Reglamento de la Ley de Contrataciones, inmediatamente advertida la existencia de indicios de la comisión de una infracción, las entidades del Estado tienen la obligación de informar al Tribunal de Contrataciones. El Tribunal tiene facultad para ordenar las pruebas que considere necesarias y solicitar información para determinar o no la existencia de responsabilidad administrativa, disponiendo de ser el caso, el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y al culminar éste decidir la imposición de una sanción.

La Ley de Contrataciones vigente establece también que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo entre las partes. Asimismo, señala que la imposición de sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda generarse por las infracciones cometidas.

Dentro de este diseño normativo, tenemos además el artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, según el cual el procedimiento sancionador seguido ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, se suspende por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de la responsabilidad del proveedor, postor o contratista.

De esta manera, encontramos en el Tribunal de Contrataciones del Estado, procedimientos sancionadores suspendidos por la existencia de un arbitraje en curso o por un proceso judicial pendiente de resolución, o medida cautelar que ordena su suspensión. Los arbitrajes, que nos interesan para el presente trabajo, son los iniciados por el contratista cuestionando la resolución del contrato. Y en el caso de expedientes tramitados ante el Poder Judicial, generalmente se trata de cuestiones relativas a la presentación de documentación falsa o inexacta y vicios ocultos.

En mérito a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, la determinación de la sanción se “pospone” hasta que exista pronunciamiento definitivo del Tribunal Arbitral o del Poder Judicial, lo cual puede llevar varios años, siendo que en la práctica podemos encontrar procedimientos sancionadores suspendidos hasta por más de diez años en el Tribunal de Contrataciones.

El tema del tiempo que transcurre para la emisión del laudo o la sentencia definitiva del Poder Judicial, no son los únicos responsables de la demora en la resolución del procedimiento sancionador. Como se pretende demostrar en este trabajo, hay ciertos aspectos que podrían ser precisados y que podrían permitir que el procedimiento fluya o que por lo menos se aminore los años de suspensión del procedimiento.

Pero ¿por qué nos interesa que la suspensión del procedimiento sea la más corta posible? o expresado de otro modo, ¿cuál es la justificación de esta investigación? La suspensión del procedimiento administrativo sancionador ocasiona que el proveedor o contratista, presunto infractor hasta ese momento, no continúe siendo investigado y por lo tanto no sea sancionado administrativamente, dentro de los plazos en que duraría normalmente un procedimiento sancionador (6 meses aproximadamente) y, que por lo tanto, pueda seguir participando en procesos de selección y contratando con el Estado. Siendo ello así, preocupa que la existencia de un proceso judicial o arbitral en trámite, sea usado muchas veces para dilatar la imposición de sanción y que la sanción, cuando llegue a emitirse, ya no pueda hacerse efectiva ni cumpla ninguna finalidad.

Entonces, en estos casos, ¿de qué sirve que exista un ente administrativo sancionador, cuyos plazos legales para resolver son estrictamente cortos, si es posible que su actuación se suspenda por la acción del propio supuesto infractor?

La presente investigación es importante porque permitirá determinar si en los casos de suspensión, los procedimientos sancionadores cumplen su finalidad o si por lo contrario con la suspensión se desvirtúa la razón de ser de dicho procedimiento, así como, podrá plantearse una alternativa para que la suspensión se restrinja a los casos y tiempos estrictamente necesarios.

El primer capítulo tiene como objeto establecer la finalidad del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado y el interés jurídico

protegido a través de dicho procedimiento; así como, situar la protección del interés protegido dentro de su origen que es el contrato. Para ello las preguntas relevantes que se tratarán de resolver en este trabajo y que nos permitirán arribar a nuestras conclusiones finales serán, entre otras: a) ¿Cuál es la finalidad y justificación del procedimiento sancionador en sede administrativa dentro de la normativa de contrataciones del Estado?, b) ¿Cuál es interés jurídico que el Estado pretende proteger a través del procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado? y c) ¿Existe otro mecanismo ante el incumplimiento contractual además del procedimiento sancionador que pueda evitar el incumplimiento o preservar la ejecución del contrato? Al finalizar el primer capítulo estaremos en condiciones de afirmar que la finalidad del procedimiento sancionador se ve afectada por la suspensión del procedimiento y que el interés protegido sólo logra satisfacerse con la ejecución debida del contrato y no con la sanción impuesta.

En el segundo capítulo, se desarrollará el rol del arbitraje dentro de las contrataciones con el Estado y su relación con el procedimiento administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado. Con ello podrá observarse el porqué la actividad del Tribunal Arbitral y del Tribunal de Contrataciones llegan a coincidir en el tiempo y las implicancias de la demora en la emisión del Laudo Arbitral. Asimismo, se verá los casos de los procedimientos sancionadores suspendidos por existir un proceso judicial en trámite y los ajustes que son necesarios hacer a la suspensión del procedimiento. En este capítulo, se alcanzará respuestas a preguntas como: a) ¿Debería delimitarse las competencias del Tribunal Arbitral y del Poder Judicial y las del Tribunal de Contrataciones, b) ¿Qué tipo de relación tienen estos órganos?, c) ¿Cuáles son las deficiencias o debilidades que se puede observar en la regulación actual?.

Finalmente, con lo desarrollado en el primer y segundo capítulo, se estará en condiciones de abordar el tercer capítulo, que muestra el procedimiento administrativo sancionador en los hechos a partir de resoluciones y acuerdos emitidos por el Tribunal de Contrataciones y muestra las consecuencias de una sanción tardía y las opciones que consideramos existen para aminorar la demora o para lograr que el procedimiento sancionador cumpla su objetivo en los procedimientos suspendidos. Este capítulo plantea opciones en base a la experiencia en otros países y a la normativa de procedimiento sancionador en otras materias de órganos administrativos peruanos.

De este modo, la hipótesis del presente trabajo es que la figura de la suspensión del

procedimiento administrativo sancionador, si bien tiene un motivo de existir, tal y como se encuentra diseñado, permite que se use indebidamente como un mecanismo para dilatar la sanción y seguir operando en el mercado, con lo cual se afecta su finalidad y no se llega a concretar la protección de los intereses que justifican el accionar del Estado. Sostenemos con ello, que existe la posibilidad de mejorar el diseño actual, de modo tal que lo que se consiga es que el contrato se cumpla satisfactoriamente más que sancionar y que la sanción sea vista como última ratio y con un efecto preventivo.

En el primer capítulo, se utiliza una metodología descriptiva sobre la finalidad e intereses jurídicos protegidos en el procedimiento sancionador. Luego habiendo obtenido los conceptos jurídicos necesarios se utilizará una metodología explicativa para determinar si efectivamente la finalidad del procedimiento sancionador y la protección del interés jurídico subyacente en los contratos de la administración se cumplen en los procedimientos suspendidos.

En segundo capítulo, también se utilizará metodología descriptiva de la situación actual de las facultades probatorias del Poder Judicial y Tribunal Arbitral y del Tribunal de Contrataciones del Estado, identificando las competencias de cada órgano. Luego se pasará a usar una metodología explicativa para determinar si hay conflictos de competencia, si las competencias deben mantenerse como están y si se trata de facultades subordinadas unas a otras, concluyendo en el tipo de relación que se da entre estos órganos.

En el tercer capítulo se utilizará una metodología explicativa en su mayor parte combinada con una metodología prescriptiva, a partir de lo cual se podrá plantear las propuestas de un nuevo diseño de la figura de la suspensión en las contrataciones estatales.

En la presente investigación, a través de la identificación de la finalidad y del interés jurídico protegido en las contrataciones con el Estado y el rol que juega en ello el procedimiento sancionador y el contrato; así como, el desarrollo de la función del arbitraje y de la intervención del Poder Judicial, hemos podido arribar a los aspectos que deben replantearse y a las propuestas de modificación que se plantean en el tercer capítulo, de modo tal que éstos sean vistos como una posibilidad de que el procedimiento sancionador pueda ser efectivo y que mantenga su rol preventivo.

CAPÍTULO I

“La sanción y el rol del contrato en las contrataciones estatales”

El Capítulo I presenta los fines y el interés protegido por el procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado, lo cual permitirá establecer si la finalidad del procedimiento administrativo sancionador se cumple en los procedimientos suspendidos y si se mantiene o posterga la protección del interés jurídico subyacente en los contratos que suscribe el Estado.

Asimismo, en el presente capítulo se presenta al procedimiento administrativo sancionador en la contratación estatal como una de las herramientas de reacción de la autoridad administrativa ante el incumplimiento contractual, junto con los mecanismos que surgen del propio contrato.

En este capítulo nos referiremos, además, al rol que cumplen las cláusulas pactadas en los contratos entre particulares y el Estado ante el incumplimiento contractual, con la finalidad de explorar si se podría usar la vía contractual para lograr la misma finalidad que perseguiría la sanción administrativa.

El objeto de este capítulo es sentar las bases de la función que cumple el procedimiento administrativo sancionador en la contratación estatal, su necesidad y finalidad, lo que permitirá evaluarlo en relación al proceso arbitral y judicial que ocasionará su suspensión, lo que será analizado en el segundo capítulo.

I. La potestad sancionadora en las contrataciones estatales

La normativa sobre contratación estatal regula la contratación del suministro de bienes, prestación de servicios y ejecución de obras de las entidades del sector público. Para este efecto, establece derechos y obligaciones derivados de esta relación contractual surgida entre una entidad del Estado y un privado; así como, tipifica supuestos de infracción, los que una vez verificados en los hechos, activará el aparato administrativo sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.

De dónde nace esta potestad sancionadora de la administración pública y cuál es su finalidad dentro de las contrataciones estatales, es el punto de partida para determinar si dicha finalidad se continúa cumpliendo en procedimientos administrativos sancionadores suspendidos y permitirá explorar las alternativas que permitan proteger de una manera más eficiente el interés jurídico que se encuentra detrás de los contratos que suscribe el Estado.

1. El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado

El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, normas de carácter especial que establecen el procedimiento administrativo sancionador en esta materia.

Seguir un procedimiento para imponer sanción administrativa, forma parte de la garantía de predictibilidad que tendrá el administrado, o en este caso, el presunto infractor, de conocer las etapas, obligaciones, responsabilidades y posibles sanciones, ejercitando su derecho de defensa y exigiendo se respete un debido procedimiento.

Al respecto, Carlos Navas Rondón¹ señala que:

Un procedimiento administrativo contiene una secuencia de actos procesales que están dirigidos a preparar la decisión final y busca satisfacer de manera directa e inmediata el bien común o el interés público, siendo importante el conocimiento de dichos actos por las partes involucradas a fin de resolver un conflicto y satisfacer la pretensión del que tiene la razón y el derecho, para cumplir con los objetivos del Estado dentro del marco de una tutela administrativa efectiva.

En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores en las contrataciones con el Estado, existe un trasfondo que va más allá de los intereses de las partes del procedimiento, el cual podrá observarse sólo si se tiene en cuenta la finalidad que cumplen los contratos que suscribe el Estado con particulares dentro del marco de la normativa de contrataciones con el Estado. Detrás de todo contrato que suscribe el Estado para proveerse de bienes, servicios u obras, existe una comunidad o colectividad que va a ser

¹ NAVAS RONDÓN, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado. Gaceta Jurídica. 2013. p. 37

atendida y que espera satisfacer una necesidad. Así, por ahora debe tenerse presente que los contratos a los que nos referiremos son los que trascienden a las partes y cuyo destino - cumplimiento o resolución -, tendrá un efecto no sólo entre las partes que lo suscriben sino en una colectividad o grupo humano al que estaba dirigido el bien, servicio u obra objeto de ese contrato.

1.1 Las etapas del procedimiento sancionador y su plazo de duración

Los procedimientos sancionadores se inician por denuncia de un tercero o por las comunicaciones que realiza la Entidad de la existencia de algún indicio de infracción a la normativa de contrataciones del Estado (artículo 242° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado). Las infracciones susceptibles de generar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y las sanciones que puede imponer el Tribunal de Contrataciones se encuentran previamente tipificadas en la Ley de Contrataciones del Estado.

Considerando el plazo que transcurre entre las indagaciones previas al inicio del procedimiento sancionador, el tiempo que toma notificar al presunto infractor, el plazo para la presentación de sus descargos y la tramitación del expediente en la Sala del Tribunal de Contrataciones para resolver, un procedimiento administrativo sancionador debería durar aproximadamente 6 meses. Ello, se desprende de los plazos previstos en el artículo 242° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que se resumen en el cuadro siguiente:

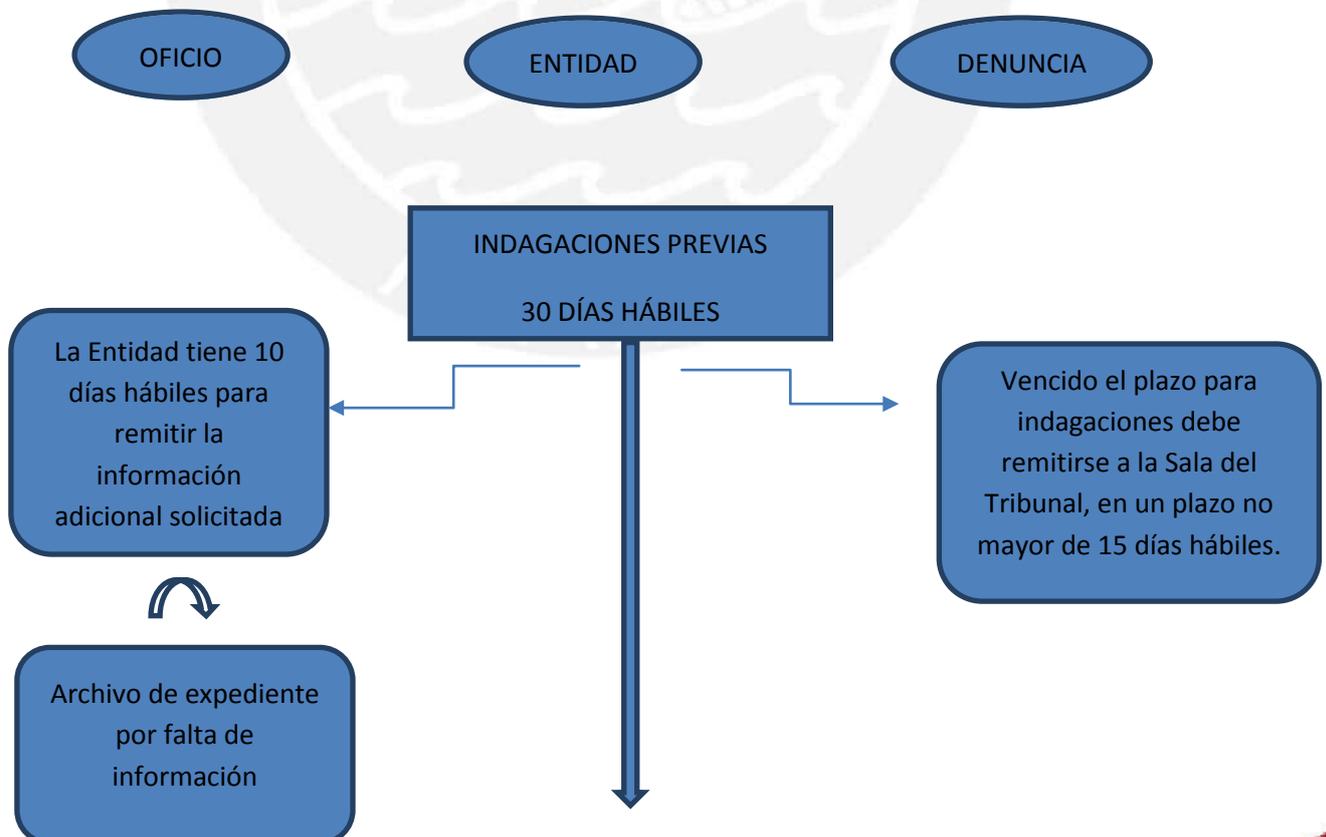
Actos	Plazos
Indagaciones previas	30 días hábiles
Plazo para remitir el expediente a Sala	15 días hábiles
Plazo para que la Entidad emita acuerdo de inicio sin información adicional	15 días hábiles
Plazo para que la Entidad emita acuerdo de inicio con información adicional	30 días hábiles
Plazo para presentación de descargos	10 días hábiles
Plazo para emitir resolución de sanción	3 meses

Los procedimientos sancionadores concluyen con la emisión de la Resolución del Tribunal de Contrataciones que determina la responsabilidad del contratista y le impone una sanción de inhabilitación para contratar con el Estado o con la resolución que declara no ha lugar la imposición de sanción por no haberse obtenido certeza de la responsabilidad del contratista.

Emitida la resolución de sanción, existe la posibilidad que el contratista pueda impugnar los resuelto por el Tribunal de Contrataciones vía recurso de reconsideración; sin embargo, esta etapa de impugnación no es relevante para el presente análisis, puesto que la causal de suspensión debería de presentarse antes de impuesta la sanción, no en la fase de reconsideración.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones vigente establece las etapas del procedimiento sancionador, diferenciándose dos etapas macro principalmente: una antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador y otra después del inicio y con miras a establecer la sanción. La suspensión del procedimiento sancionador por la existencia de un proceso arbitral o judicial en trámite, puede darse en cualquiera de estos dos momentos.

El procedimiento sancionador puede observarse en el esquema siguiente, el cual se desprende de las etapas del procedimiento reguladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones:





Fuente propia. Esquema creado a partir del procedimiento recogido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones.

La suspensión como puede observarse, puede darse al resolver sobre el inicio del procedimiento sancionador (disponiéndose el inicio y la suspensión del procedimiento en el mismo acto) o puede darse al momento en que la Sala tome conocimiento del expediente para resolver, en cuyo caso no emitirá un pronunciamiento sobre el fondo sino que suspenderá el procedimiento.

Con la suspensión del procedimiento sancionador se pospone la emisión de la resolución que impone sanción y que inhabilitaría al presunto infractor para contratar con el Estado. La suspensión sólo se levantará en caso desaparezca la causal de suspensión; es decir, que se emita el laudo o la sentencia judicial, y los mismos queden firmes y consentidos.

1.2 Suspensión del procedimiento sancionador y el margen de discrecionalidad del Tribunal de Contrataciones

La suspensión puede darse en dos momentos durante el procedimiento administrativo sancionador: **i)** al emitir la Sala opinión sobre el inicio del

procedimiento sancionador² y **ii)** Cuando la Sala tenga conocimiento del expediente para pronunciarse sobre la sanción.

El artículo 244° de la Ley de Contrataciones³, no señala muchos requisitos para la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, siendo la determinante que el Tribunal de Contrataciones considere que la decisión que va a emitirse en el proceso judicial o arbitral es necesaria para la determinación de la responsabilidad del contratista.

La determinación de “necesario” implica recurrir a la percepción que realiza el operador del Derecho, en este caso, el órgano colegiado del Tribunal de Contrataciones del Estado, de la pertinencia o no de esperar el pronunciamiento del Tribunal Arbitral o del Poder Judicial para emitir su resolución. Esto implica que no exista una visión única de lo que es “necesario”.

Con ello se otorga, aunque no expresamente, un margen de discrecionalidad a los integrantes de las Salas del Tribunal de Contrataciones, para decidir en qué casos se considera o no necesario esperar al pronunciamiento judicial o arbitral, lo que conlleva a que no exista un criterio objetivo único para suspender un procedimiento administrativo sancionador.

Al respecto, cabe referirnos a la definición de discrecionalidad que propone Domingo Sesín⁴, quien señala lo siguiente:

(...) en mi opinión la discrecionalidad puede definirse como "una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho".

²Como por ejemplo en el caso del Expediente N° 2166-2014.TC, en el que mediante Acuerdo N° 901 /2014.TC-S2 de 18 de setiembre de 2014, la Segunda Sala del Tribunal si bien inició el procedimiento sancionador, también dispuso su suspensión.

³**Artículo 244°.**-El plazo de prescripción se suspende en los siguientes casos: (...) 2. Por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de la responsabilidad del proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitros, en el respectivo procedimiento administrativo sancionador. En el caso de procesos arbitrales, se entenderá iniciada la tramitación a partir de la instalación del árbitro o tribunal arbitral.

⁴SESÍN, Domingo. En: Tratado de Derecho Procesal Administrativo. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007. pp. 695-696.

En el caso analizado el Tribunal de Contrataciones realiza una evaluación de la necesidad de contar con el pronunciamiento arbitral o judicial para la determinación de la responsabilidad del contratista. La Ley de Contrataciones no obliga ni impone al Tribunal de Contrataciones la suspensión del procedimiento sancionador, esto se mantiene también en la nueva Ley de Contrataciones - Ley N° 30225, aún no vigente.

De este modo, el Tribunal de Contrataciones tiene la posibilidad de disponer o no la suspensión, para lo cual deberá de sustentar en la resolución que suspende el procedimiento que requiere contar con el laudo arbitral o fallo judicial para continuar con el procedimiento sancionador y emitir una sanción.

Este margen de discrecionalidad, en nuestra opinión, debería tener ciertos parámetros, de acuerdo a cuánto podría aportar el resultado del proceso, arbitral o judicial, para tener certeza de la responsabilidad del contratista. Así por ejemplo, cabe tener en cuenta que la nueva Ley de Contrataciones (Ley N° 30225), aún no vigente, obliga a que la resolución haya quedado consentida para poder establecerse la existencia de la infracción de responsabilidad del contratista en la resolución del contrato. Sin embargo, como veremos más adelante la nueva norma continúa estableciendo un "podrá" suspender; es decir, la decisión la tiene el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Así, una de las primeras observaciones que se realiza al diseño actual de suspensión, es que no se establecen cuáles son las condiciones que debe tener este proceso arbitral o judicial para ocasionar que el procedimiento sancionador se suspenda, sino que se deja a la decisión del Tribunal de Contrataciones, de acuerdo a lo que éste considere necesario, la suspensión del procedimiento.

De otro lado, una vez dispuesta la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, no existe un límite máximo de tiempo por el cual el procedimiento sancionador debe quedar suspendido, como tampoco se establece alguna disposición para que jueces o árbitros den prioridad o resuelvan con prontitud controversias que se vinculen a un procedimiento sancionador. El tiempo de duración de la suspensión depende exclusivamente del tiempo de duración del proceso arbitral o proceso judicial.

Asimismo, no existe una consecuencia para la falta de comunicación de la Entidad o del contratista del laudo o sentencia judicial, siendo que en muchos casos la demora en la activación del procedimiento administrativo sancionador puede deberse no sólo a la demora en la emisión del laudo o de la sentencia judicial, sino en la falta de comunicación oportuna del contratista y aún de la Entidad de los resultados del proceso al Tribunal de Contrataciones.

De este modo, existen circunstancias que serán desarrolladas a través del presente trabajo, por las cuales la suspensión del procedimiento sancionador se alargará innecesariamente y que según lo que sostendremos, podrían evitarse con ciertos ajustes al diseño actual de la suspensión del procedimiento administrativo.

Cabe señalar que, efectivamente habrá casos en los que la suspensión del procedimiento sancionador es adecuada y necesaria; sin embargo, el motivo que ocupa este trabajo, es cuando la suspensión se utiliza indebidamente por el presunto infractor, sólo para evitar o retrasar la imposición de la sanción.

1.3 Observaciones a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador

Siguiendo el artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los supuestos para suspender un procedimiento administrativo sancionador actualmente son los siguientes:

- i) Acreditar la existencia de la tramitación de un proceso judicial o arbitral.
- ii) Que ese proceso sea necesario para determinar la responsabilidad del proveedor, postor o contratista en el procedimiento sancionador.
- iii) La existencia de una medida cautelar dictada por el Juez.

La normativa de contratación pública no requiere que el presunto infractor sustente o acredite que existe conexión entre el procedimiento administrativo sancionador y el proceso arbitral o judicial, situación que pareciera se trata de precisar en el proyecto de Reglamento de la nueva Ley de Contrataciones estableciendo tres supuestos en los que cabe la suspensión del procedimiento

sancionador ante la instalación de un Tribunal Arbitral, lo cual será abordado más adelante.

En este sentido, el supuesto infractor se encuentra en total libertad de usar el mecanismo de un proceso judicial o arbitral para lograr la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, pues la suspensión depende de que éste inicie una acción.

Entre los inconvenientes que encontramos en la regulación de la suspensión y que serán abordados en el tercer capítulo, observamos los siguientes:

Interrogantes/ ¿Qué hay en la norma actual?	Inconvenientes	¿Qué hay en la Ley N° 30225?
¿Cómo se acredita la existencia de un proceso arbitral? Acta de instalación del Tribunal Arbitral	¿Este documento es el único? o ¿puede ser documento posterior a la instalación que haga presumir que sí hubo instalación?	La forma de acreditación será desarrollada en el Reglamento.
¿Desde cuándo se entiende que existe un proceso judicial?	¿Desde la interposición, admisión, contestación de la demanda?	La Ley N° 30225 señala que el plazo de prescripción se suspende cuando sea necesario contar con decisión judicial o arbitral, pero no establece desde cuánto existe un proceso judicial. Esto podría ser precisado en el Reglamento.

<p>¿Cuándo un proceso es "necesario" para establecer la responsabilidad del contratista?</p>	<p>¿Debe tratarse de la misma materia controvertida? ¿Debe ser materias conexas? ¿Cuáles son los parámetros para establecer la necesidad de contar con el pronunciamiento arbitral o judicial?</p>	<p>No existe avance al respecto. Podría encontrarse alguna disposición en el próximo Reglamento.</p>
<p>No establece la oportunidad en que debe haberse iniciado el procedimiento arbitral o judicial para que derive en la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.</p>	<p>La precisión de este aspecto, evitaría arbitrajes iniciados sin ningún motivo sólido después de que el contratista se entera que existe un procedimiento sancionador en curso.</p>	<p>No dice nada al respecto.</p>
<p>No se establece un plazo máximo para la suspensión</p>	<p>Señalar un plazo ayudaría a no tener procedimientos suspendidos indefinidamente en los que el contratista no tiene ningún interés ni incentivo para comunicar a la Administración que ya cuenta con una decisión en la vía arbitral o judicial.</p>	

Planteadas así las cosas, la figura de la suspensión deja muchos puntos a la discusión, lo cual redundará directamente en si el procedimiento sancionador cumplirá o no su finalidad, como se tratará en los apartados siguientes.

La falta de precisión de los parámetros para considerar que el pronunciamiento arbitral o judicial es necesario para establecer la responsabilidad del contratista y de obligaciones concretas para el presunto infractor y la entidad del Estado, ocasiona que sólo dependa de la voluntad del contratista el uso de la vía arbitral o judicial, para detener el procedimiento administrativo sancionador de manera indefinida, aún cuando sea evidente su responsabilidad.

Si bien como trataremos en el segundo capítulo, hay circunstancias que justifican mantener la posibilidad de suspensión y hay casos en que la suspensión es bien usada, también consideramos que lo laxo de la norma se presta a un uso indebido de la suspensión y obstructivo del procedimiento administrativo sancionador, generando como consecuencia que el proveedor, que podría ser sancionado en un tiempo aproximado de 6 meses, siga operando en el mercado por tiempo indefinido.

1.4 La inhabilitación

La inhabilitación del postor o contratista para participar en futuros procesos de selección y contratar con el Estado, es el resultado de la determinación de su responsabilidad o de la certeza de que ha incurrido en alguna de las causales de infracción establecidas en la Ley de Contrataciones.

En procedimientos sancionadores suspendidos, la inhabilitación sólo podrá evaluarse luego de levantada la suspensión. Durante el período de suspensión, el presunto infractor podrá seguir operando en el mercado y contratando con el Estado sin ninguna restricción.

Juan Carlos Cassagne⁵ define a la inhabilitación como la figura sancionatoria que viene a limitar la autonomía personal para realizar las actividades que

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Palestra Editores. Lima: 2010. Tomo II. pp. 580-581

venía ejerciendo el autor de una falta o contravención. Así, este autor señala que:

A diferencia de otras penas, la inhabilitación opera para el futuro, pues su fundamento radica en la protección de la sociedad frente al riesgo de que el sancionado pueda volver a cometer infracciones que afecten desde el orden público hasta cargos profesionales inherentes a los servicios públicos.

Como bien lo señala Juan Carlos Cassagne, al operar la inhabilitación a futuro, la sanción no repara el incumplimiento del contratista ni logra que éste cumpla con el contrato.

Aplicada la sanción, lo que se logra es que el contratista deje de contratar con el Estado por determinado tiempo; es decir, tendría una finalidad de disuasión para que en lo sucesivo se ciña a la normativa de contrataciones públicas. En caso de inhabilitación definitiva tiene un efecto de retirarlo del sistema, ya que lo que se pretende es que se cumpla el orden establecido.

Es preciso mencionar que el presente trabajo se ocupa de la suspensión de un procedimiento sancionador aún no finalizado; es decir, un procedimiento en el que aún no se ha emitido resolución sancionatoria y se encuentra en trámite. Otro tema aparte y que no es objeto del presente análisis es la suspensión de la ejecución de las sanciones ya impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, que pueden suspenderse a través de una medida cautelar dictada por el Poder Judicial y ser cuestionadas vía acción contencioso administrativa.

2. Finalidad del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones con el Estado

La finalidad del procedimiento administrativo sancionador no se encuentra definida en la normativa de contratación estatal (Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento); sin embargo, consideramos que su identificación es el punto de partida para determinar si la finalidad se cumple también en los casos de procedimientos administrativos suspendidos.

Joaquín de Fuentes Bardají⁶, al tratar de definir al derecho administrativo sancionador señala lo siguiente:

⁶DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín: Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Thomson Aranzadi: Navarra. 2005. p. 117.

Derecho Administrativo Sancionador puede ser definido como el conjunto de normas jurídicas que disciplinan el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Administraciones Públicas.

La potestad sancionadora en las contrataciones con el Estado, la ejerce el Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual a través del procedimiento descrito en los apartados anteriores, determina si existe o no responsabilidad del contratista ante algunos de los supuestos de infracción descritos en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones.

Los supuestos de infracción, las etapas del procedimiento administrativo sancionador y las sanciones que resultarán aplicables, componen el Derecho Administrativo Sancionador en las contrataciones con el Estado.

La sanción aplicada por el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene como efecto directo inhabilitar a un participante, postor o contratista para participar en posteriores procesos de selección; es decir, el proveedor sancionado no podrá participar, por un tiempo determinado o definitivamente, en procesos de selección convocados por el Estado y por consiguiente no podrá celebrar ni ejecutar contratos con el Estado.

Visto de este modo, el objeto o finalidad del procedimiento sancionador a cargo del Tribunal de Contrataciones sería inhabilitar al postor o contratista que ha incurrido en algún supuesto de infracción, para impedir que continúe realizando operaciones en el mercado. Sin embargo, debemos preguntarnos cuál es el motivo por el que le interesa a nuestro ordenamiento que un postor o contratista que incurre en una infracción ya no continúe operando en el mercado o que reciba un castigo por su incumplimiento.

2.1 El procedimiento administrativo sancionador como manifestación del *ius puniendi* del Estado

Según Willy Predreschi Garcés⁷, Carlos Navas Rondón⁸ y Joaquín de Fuentes

⁷PREDRESCHI GARCÉS, Willy. Notas sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen actualmente vigente. *En Ius et Veritas* N° 41. Lima, 2010. p. 201.

Bardaji⁹, la potestad sancionadora de la administración es una manifestación de la potestad punitiva del Estado, que coexiste conjuntamente con la potestad punitiva que se ejercita en el ámbito penal.

Al respecto, Jorge Luis Díaz Cabello¹⁰ describe estas dos vertientes o manifestaciones que tendría el *ius puniendi* del Estado de la siguiente manera:

El *ius puniendi* del Estado como potestad que tiene para imponer sanciones a sus ciudadanos cuando estos realicen determinadas conductas, puede tener dos expresiones: 1) el Derecho Penal, que viene a ser el medio de control social más gravoso (...); y 2) el Derecho Administrativo sancionador, que está dirigido a regular aquellas conductas que infrinjan las normas del Derecho Administrativo (...). En este sentido, se puede decir que tanto el Derecho Penal como el Derecho Administrativo sancionador son manifestaciones del poder punitivo del Estado.

Asimismo, de acuerdo a Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez¹¹, además de su contenido sustancial, las sanciones se distinguen por la autoridad que puede imponerlas: Los Tribunales o la Administración. Este autor afirma que la distribución de la potestad punitiva del Estado, se realiza entonces entre sanciones encomendadas a la Administración y las penas judiciales reguladas por el Derecho Penal.

Los autores que defienden la tesis que el Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal son vertientes o manifestaciones de un único poder punitivo del Estado, argumentan también que el Derecho Penal por ser más sólido y antiguo nutre y subordina al Derecho Administrativo Sancionador.

Sin embargo, para Alejandro Nieto¹² lo que corresponde es reconocer al derecho administrativo sancionador como manifestación del derecho público estatal a fin que pueda reconocerse y mostrarse su identidad real y no como subordinado al Derecho Penal. Al respecto, este autor afirma que:

El Derecho Penal, desde la perspectiva en que aquí se le contempla, es un Derecho garantista, exclusivamente

⁸ NAVAS RONDÓN, Carlos. Responsabilidades y Sanciones en las contrataciones públicas. Gaceta Jurídica. 2011. pág. 49.

⁹ DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. Ob. cit. p. 118.

¹⁰ DÍAZ CABELLO, Jorge Luis. El Derecho Administrativo Sancionador y los principios que lo regulan. En: Revista Jurídica del Perú N° 78, Ago. 2007, p. 57.

¹¹ CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992, p. 15

¹² NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid, 2008. pp. 26-27

preocupado por el respeto a los derechos del inculpado; mientras que en el Derecho público estatal, sin menoscabo de las garantías individuales, pasa a primer plano la protección y el fomento de los intereses generales y colectivos.

En este sentido, Alejandro Nieto¹³ opta por sostener una vinculación directa del Derecho Administrativo Sancionador con el Derecho Público Estatal en donde prima los intereses colectivos sobre los intereses particulares, a fin de recalcar que más que ligarlo al concepto de pena y a los principios del Derecho Penal, debe encontrarse una lógica y sustento en el Derecho Administrativo mismo, considerando que sólo toma como préstamo los instrumentos que le proporciona el Derecho Penal.

De otro lado, César Rubio Salcedo¹⁴, sostiene que la potestad sancionadora de la administración pública tendría así más relación con el *ius imperium* del Estado que con el *ius puniendi* que lo vincula a la justicia de los Tribunales. Según lo manifiesta este autor una nueva corriente doctrinaria viene defendiendo que en realidad la potestad sancionadora del Estado responde al *ius imperium* del Estado, cuyo fin fundamental radica en el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias por parte de los administrados.

Al respecto, César Rubio Salcedo¹⁵ afirma que:

(...) nuestra tendencia está más inclinada a admitir que, en realidad, la potestad sancionadora de la Administración es, en esencia, una manifestación del *ius imperium* estatal mediante la cual el Estado pretende hacer respetar las normas y leyes que previamente a emitido; y en ese sentido, procederá a sancionar su eventual incumplimiento o transgresión.

De acuerdo a esta concepción, con la imposición de la sanción, se cautela el ordenamiento diseñado para las compras del Estado, demostrando el rechazo y castigando el incumplimiento de las normas.

2.2 Una concepción alternativa para la potestad sancionadora administrativa

Ya hemos hecho referencia a los puntos en los cuales la doctrina se encuentra dividida: - si el derecho administrativo y el derecho penal son manifestaciones

¹³NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 86

¹⁴RUBIO SALCEDO, César R. Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 243.

¹⁵RUBIO SALCEDO, CÉSAR. Ob. cit. p. 248

del *ius puniendi* único del Estado y si se encuentra subordinado al Poder Judicial.

Ahora bien, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, el administrado se encuentra obligado a cumplir ciertas normas que regulan su conducta. Siendo ello así, la sanción administrativa puede concebirse como una reacción del Estado ante el incumplimiento de esas normas; el Estado establece normas que deben cumplirse y ante su infracción reacciona y corrige.

Al respecto, Carlos Navas Rondón¹⁶ señala que el Estado como ente jurídico y político, se encuentra dotado de funciones o atributos que le son propios y que se encuentran dirigidos al cumplimiento de determinados fines, los cuales varían de acuerdo al tiempo y al sector de la Administración Pública objeto de regulación, cuyos fines requieren necesariamente del ejercicio de una función sancionadora, a través de la cual se establece las posibilidades de actuación y las limitaciones a la conducta.

En similar opinión Alejandro Nieto¹⁷ menciona que:

Sería absurdo, por contradictorio e incongruente que, estándole permitido a una norma, más exactamente, al órgano competente para dictarla, imponer mandatos de obligatorio cumplimiento a los administrados, en servicio del interés público, el incumplimiento por éstos de tales mandatos tuviese que quedar impune, simplemente porque al autor de la norma infringida se le hubiese olvidado conectar a ésta otra norma garante o sancionadora, en la que tal infracción o incumplimiento fuese ya recogido o tipificado por separado como supuesto de hecho sancionable.

Asimismo, Marco Antonio Cabrera Vásquez y Rosa Quintana Vivanco¹⁸, señalan que:

(...) el Poder Sancionador de la Administración Pública constituye una suerte de potestad o facultad implícita, tácita o inherente a la misma, es decir aquella sin la cual no es posible que la Administración, cumpla con los fines asignados por la Constitución razón por la cual también tendría reconocimiento constitucional, aunque no expreso.

¹⁶ NAVAS RONDÓN, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado. Gaceta Jurídica. 2013. p. 24.

¹⁷ NIETO, Alejandro. Op. Cit. p. 97

¹⁸ CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y Quintana Vivanco, Rosa. Teoría General del Procedimiento Administrativo. Editora y Distribidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición: 2013. p. 725

En este mismo sentido, Jorge Danós¹⁹ menciona que:

La obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico vigente respecto de los administrados, exigen la previsión de mecanismos de reacción frente a las conductas que se traduzcan en incumplimiento o contravención de los mismos, toda vez que la eficacia de todo sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento.

De este modo, en posición que compartimos con los autores citados, la posibilidad de la administración de imponer mandatos a los administrados debe necesariamente tener como correlato la posibilidad de sancionar el incumplimiento de dichos mandatos.

En este sentido, podemos observar dos aspectos que nos interesan para el presente trabajo, uno de ellos es que la administración establece conductas deseables o que forman parte del diseño que se pretende establecer y mantener, debiendo estar detrás de este diseño la satisfacción del interés general y no individual y; la otra, es que concebir al Derecho Administrativo Sancionador como subordinado o dependiente del derecho penal hace que se pierda de vista diferencias sustanciales en los bienes o intereses jurídicos que se protegen en cada uno de ellos, así por ejemplo, mientras el derecho penal protege la vida y salud individual, el derecho administrativo tiene un revestimiento de interés general y satisfacción de intereses públicos.

Al afirmar lo anterior podría decirse que las sanciones administrativas son más leves y por ende su aplicación, es ante conductas que no implican la gravedad de las conductas que son sometidas al Poder Judicial. Dicho esto, también puede decirse que el interés jurídico que protege el derecho administrativo sancionador no es de la misma relevancia para el ordenamiento jurídico que el bien jurídico que se protege con el Derecho Penal, puesto que la magnitud de las sanciones son distintas en uno y en otro caso.

Sin embargo, consideramos que en definitiva el regular una u otra conducta como infracción administrativa o delito penal, es una cuestión de elección del legislador, quien es el que al final determina qué bienes jurídicos son de tal relevancia que atentar contra ellos es tan grave que amerita una sanción penal

¹⁹ DANÓS, Jorge y otros. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores. 2003. p. 502

y qué intereses jurídicos existen subyacentes a la organización administrativa que determinan que cierta conducta deba ser considerada una infracción, pero no un delito.

Asimismo, en el presente trabajo no resultará relevante determinar cuál es el motivo por el cual se decide si una conducta es infracción administrativa o delito penal, pues en el caso que nos ocupa existe indudablemente una tipificación de infracciones a la normativa de contratación estatal que es en base a la cual se realiza el presente análisis. La tipificación es una de los principios que regula el derecho administrativo sancionador, de modo tal que la norma debe describir una conducta que se considerará la “infracción” y debe unirla o relacionarla a una norma que establece la sanción, la cual sólo corresponderá aplicar en caso se verifique en los hechos que se ha realizado la conducta denominada infracción.

En el caso de las contrataciones con el Estado, los supuestos de infracción se encuentran descritos y enumerados en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado y las sanciones a aplicarse en el artículo 51.2 de la misma norma, las cuales se gradúan de acuerdo a criterios establecidos en la misma norma.

Lo importante es tener presente que tanto en los delitos como en las infracciones que son sancionadas por la autoridad administrativa, debe respetarse el principio de legalidad, de tipicidad y de proporcionalidad; es decir, que la conducta que constituye infracción debe estar recogida como tal en una norma con rango legal y esta conducta debe estar previamente establecida e identificada para que el actuar del sujeto sea pasible de sanción, la cual se graduará de acuerdo a las circunstancias especiales y fácticas del incumplimiento.

Así, en palabras de Joaquín de Fuentes Bardají²⁰:

(...) podríamos definir al principio de tipicidad como parte esencial de la garantía material del principio de legalidad que comporta mandato de taxatividad o certeza, que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas reprochables y de sus correspondientes sanciones (“*lex certa*”), exigencia que tiene implicaciones no sólo en la fase de elaboración de las

²⁰DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín. Ob. cit. p. 156

normas, sino también al momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por la Administración y los Tribunales.

Como correlato de los principios expuestos, el procedimiento administrativo sancionador debe dar la oportunidad al presunto infractor de demostrar que no ha incurrido en el supuesto de infracción que se le imputa y que la sanción a imponerse no es proporcional a la infracción cometida.

Consideramos que dentro de este afán de un debido procedimiento administrativo y de que la sanción corresponda a la infracción, es que la normativa de contratación estatal incorpora la posibilidad de suspender el procedimiento administrativo sancionador en caso exista un procedimiento arbitral o judicial en trámite, a fin de alcanzar esta certeza que requiere la administración para sancionar y no emitir un pronunciamiento contradictorio con lo dispuesto por el Poder Judicial.

Según Marco Antonio Cabrera Vásquez y Rosa Quintana Vivanco²¹:

Este sometimiento de la acción administrativa a un cauce formal se ha justificado desde dos perspectivas distintas: Como garantía del interés público y de los derechos de los particulares (...) La necesaria presencia del Estado en todas sus esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado (...)

En este sentido, si bien detrás de todo contrato que celebre la administración existe un interés público, también hay que tener presente el interés del privado que concurre en esta relación contractual con el Estado. Dentro de este contexto, tenemos la posibilidad que el privado cuestione la resolución del contrato efectuada por la Entidad y que el establecimiento de la falsedad de documentos por ejemplo, pueda ser discutida a nivel judicial. El privado entonces, tiene derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Esta decisión fundada en derecho no podría obtenerse en caso por ejemplo, todavía exista la discusión sobre la legalidad o procedencia de la resolución del contrato por causas imputables al contratista. Siendo ello así, se justifica la necesidad de suspender el procedimiento sancionador instaurado en contra

²¹CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y Quintana Vivanco Rosa. Op. cit. p. 24

del presunto infractor.

Tal y como hemos venido viendo hasta ahora, la observación no se encuentra en cuanto a la necesidad de contar con el pronunciamiento judicial o arbitral antes de emitir una sanción. El tema está en que tanto el acceso a estos mecanismos, pueden ser utilizados indebidamente para retrasar o evitar la sanción, considerando que recurrir a la vía arbitral o judicial depende exclusivamente del supuesto infractor.

II. El rol del contrato en los procedimientos sancionadores en la contratación estatal

El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones estatales está dirigido a sancionar a postores, participantes y contratistas que incurran en determinados supuestos de infracción establecidos en la misma norma. Los supuestos de infracción se encuentran en algunos casos relacionados con la ejecución del contrato directamente y en otros casos se refieren a etapas anteriores o posteriores a la ejecución del contrato.

Sin embargo, todos los supuestos de infracción tienen como denominador común el lograr que los postores – futuros contratistas con el Estado - reúnan los requisitos previstos, cumplan con su oferta y presenten información veraz al relacionarse con el Estado. Todo ello coadyuvará a que los contratos se cumplan de la manera adecuada y que el Estado puede obtener los bienes, servicios y obras requeridas en los plazos previstos y bajo las condiciones ofertadas.

Según lo expone Willy Pedreschi Garcés²², los contratos que celebra la administración con los particulares, tiene como meta la satisfacción de un interés público y no particular. La ejecución del contrato en las condiciones pactadas es lo que le interesa a la administración. En el caso de estos contratos es muy poco deseable que se resuelva o que no llegue a ejecutarse, precisamente porque si no se ejecuta no se logrará satisfacer el interés público subyacente. Así este autor, opina lo siguiente:

Si la Administración Pública celebra contratos con los particulares, se entiende que ello tiene como objeto el cumplimiento de metas de interés público, (...). Es por ello que se

²² PREDRESCHI GARCÉS, Willy. Ob. cit. p. 199-200

sostiene – en el ámbito de la ejecución contractual – que la existencia de la potestad sancionadora en el ámbito de la contratación administrativa encuentra su fundamento no sólo en el propósito de reprimir las faltas contractuales del contratante, sino, principalmente, en la necesidad de asegurar, mediante ese poder, la efectiva y debida ejecución del contrato.

Así, también Gaspar Ariño²³ señala que:

La culpa o negligencia se analiza, por tanto, según la “*naturaleza de la obligación*”, y en nuestro caso esta obligación es *pública*, motivo por el cual el contratista se encuentra especialmente obligado a su cumplimiento. (...) en el contrato administrativo el interés público gravita en todo momento sobre la ejecución del contrato, limitando las posibilidades del contratista en orden a no ejecutarlo.

En este mismo sentido, Juan Carlos Cassagne²⁴ afirma que:

En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo (...)

En esta misma línea de ideas, Francisco García Gómez de Mercado²⁵ señala que:

Mientras los contratos civiles se caracterizan por la igualdad entre las partes, en los contratos administrativos las partes se reconocen desiguales en la medida que una de ellas (la Administración) representa el interés general y el ordenamiento le confiere poderes exorbitantes para su tutela.

Por su parte, Gustavo Bacacorzo²⁶, sostiene que la exorbitancia proviene de los servicios públicos que ha de ejecutar la administración, toda vez que en estos contratos actúa en beneficio del interés público pero debiendo tener presente los intereses patrimoniales del empresario particular.

De este modo, detrás de todo contrato que suscribe la administración pública para proveerse de bienes, servicios y obras hay un interés público que se pretende satisfacer; es decir, hay una colectividad o grupo de personas que trasciende a las partes del contrato que se beneficiará con la ejecución correcta y oportuna del contrato y que también se verá perjudicada con la no ejecución o

²³ARIÑO Y ASOCIADOS. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. TOMO III. Granada: 2005. p. 611

²⁴CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Abeledo Perrot. Buenos Aires. p. 15

²⁵GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Manual de Contratación y Responsabilidad de la Administración. Granada, 2004. p. 137

²⁶BACACORZO, Gustavo. La Contratación Administrativa. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Setiembre 1999. pp. 33-34

con la ejecución tardía. Este interés público determina que en estos contratos la administración goce de ciertas prerrogativas que no tendrá el privado.

Dentro de este marco de la ejecución del contrato, debe tenerse presente que directamente la potestad sancionadora en las contrataciones públicas no está dirigida a asegurar la ejecución del contrato, pues la imposición de la sanción se trata de una medida *ex post* al incumplimiento contractual; es decir, opera cuando ya ha sucedido la resolución del contrato.

El literal b) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y contratistas que den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicio emitida a su favor. Como puede observarse, cuando se active el aparato sancionador, ya se habrá resuelto el contrato y por consiguiente la meta de interés público que se encontraba detrás no podrá ser cumplida. La sanción en sí misma, a nuestro entender no es un mecanismo para la efectiva y debida ejecución del contrato.

Otra cosa es que como consecuencia de la sanción, el contratista sancionado aprenda de lo ocurrido y decida no incurrir en nuevos incumplimientos, pero ello, si llegara a ocurrir, será en contratos futuros y no en el contrato que quedó resuelto por incumplimiento.

Así lo expuesto, podemos arribar a dos conclusiones preliminares: i) los contratos que celebra la administración con los particulares en el ámbito de las contrataciones con el Estado, tiene como objeto cumplir metas de interés público y, ii) la potestad sancionadora de la administración no es en sí misma, o por sí sola, un mecanismo para asegurar la debida ejecución del contrato.

Partiendo de ello, podemos decir que el establecimiento de un régimen sancionador en la contratación estatal, encuentra más sentido considerando que reviste una finalidad preventiva más que correctiva. Es decir, al Estado le interesa que los contratos se cumplan más que “castigar” al que no los cumplió o dicho de otra manera, el interés público que se encuentra como trasfondo en los contratos, se satisface con la ejecución debida del contrato y no con su resolución.

Esta es una diferencia evidente de los contratos entre privados con los contratos en los que participa el Estado. En el caso de los contratos privados, las garantías con las que cuenta la parte que se ve perjudicada por un incumplimiento son la resolución del contrato y la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Estos daños y perjuicios en el contrato privado generalmente son cuantificables y pagables; sin embargo, en el caso de los contratos con el Estado en los que subyace un interés público, lo que le interesa al Estado es que se cumpla el contrato y no quedarse con una indemnización que en muchos casos no podrá representar el daño causado a una comunidad o generalidad de personas o no podrá ser cuantificada, ya que se trata de un bien, servicio u obra que está dirigida a la colectividad.

El ordenamiento establece una serie de medidas destinadas a lograr el cumplimiento del contrato, pero no sólo ello, sino que le interesa que quien acceda como su contraparte en dicho contrato cumpla con ciertos requisitos y que se ajuste a lo pactado; esto es lo que llamaremos una ejecución *debida* del contrato.

Así como, lo expresa Carlos Navas Rondón²⁷, la contratación estatal se diferencia de cualquier acuerdo de voluntades debido a que están comprometidos recursos e intereses públicos que necesariamente deben prevalecer sobre un interés privado, por lo que debe existir una regulación especial que justifique las sanciones.

Pensemos en un contrato con la empresa “x” para el suministro de medicinas a un hospital del Ministerio de Salud, lo que le interesa al Estado es que el proveedor cumpla con entregar los medicamentos en las condiciones ofrecidas, no le servirá para efectos de satisfacer el interés público, el castigarlo por su incumplimiento; sin embargo, a futuro, la sanción sí podrá ser una herramienta para disuadir a la empresa infractora de reincidir en el incumplimiento, pero en otro contrato.

De igual modo, pensemos en que la empresa “x” no cumplió con la entrega de medicamentos, porque se quedó desabastecida al tener que hacer una entrega extra a un hospital de ESSALUD que se encontraba en situación de emergencia o a una clínica privada cuyos pacientes estaban desabastecidos, ¿esta coyuntura justificará su incumplimiento contractual? La respuesta es no. En el procedimiento administrativo sancionador no se evaluará la intencionalidad o subjetividad del supuesto infractor para determinar si existe o no infracción, ello quizás podría establecerse como un elemento para graduar la sanción pero no para determinar que no hay infracción.

²⁷ NAVAS RONDÓN, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones Estatales. p. 27.

De este modo, si se establece un marco de infracción y sanciones teniendo como objetivo asegurar el cumplimiento fiel del contrato y como consecuencia de ello que se satisfaga el interés público, ello no se logra con la aplicación de la sanción, pues en este caso ya el contrato estaría resuelto y consecuentemente ya no se podría concretar su objeto. Sino más bien, se pretendería que este régimen de infracciones y la posibilidad de ser sancionado, disuadan al contratista de infringir la norma y lo proyecten a una debida ejecución del contrato.

Sobre este aspecto, coincidimos con César R. Rubio Salcedo²⁸ en que a diferencia de lo que sucede con el Derecho Penal, el régimen administrativo sancionador no persigue la reinserción en la sociedad del sujeto infractor sino que solamente se circunscribiría a cautelar el cumplimiento de las normas; sin embargo, opinamos que si bien no estamos ante personas naturales que pueden ser “reinsertadas” en el mercado, la posibilidad de aplicar inhabilitaciones temporales y no sólo definitivas abre la puerta a la posibilidad de lograr un cambio en la conducta de la empresa infractora en lo sucesivo.

En este punto hay que añadir que en la sanción administrativa no se requiere que se verifique la lesión de un bien jurídico como si ocurre en el Derecho Penal. Así por ejemplo, ante resoluciones de contrato por causas imputables al contratista, no se requerirá que con la resolución de contrato se haya afectado un bien jurídico (como la afectación a la salud de pacientes ante el incumplimiento de un contrato de suministro de medicamentos) sino que bastará que se verifique que se ha realizado la conducta tipificada como infracción.

Asimismo, la finalidad de la sanción administrativa en la contratación estatal tampoco es la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, ya que la imposición de la sanción es independiente de la acción civil o penal que la Entidad pueda entablar contra el infractor. El Tribunal de Contrataciones del Estado, sólo es competente para establecer si existe o no infracción y aplicar la sanción.

Atendiendo a lo expuesto, podemos concluir que la finalidad de la sanción administrativa es coadyuvar a que las normas se cumplan y específicamente en

²⁸ RUBIO SALCEDO, César. op. cit. p. 247.

el caso de la contratación estatal nos inclinamos porque la sanción tiene una finalidad preventiva de disuadir la intención de incumplimiento, con lo cual encontraría su conexión con ayudar a que los contratos se cumplan debidamente.

Cabe resaltar entonces que, si bien la sanción directamente no hará que el contrato se cumpla, sí se encuentra ligado a él, ya que forma parte de todo este aparato administrativo, cuyo fin último es que el contrato se cumpla debidamente.

Por otro lado, nótese que decir que existe un interés público que subyace en los contratos y que debe ser cumplido, no es lo mismo que la protección de los recursos públicos.

La protección y salvaguarda de los recursos públicos si bien podría ser uno de los asuntos que le interese al Estado, no es lo que subyace a uno de estos contratos, sino que es necesario ir más allá para entender la finalidad de la sanción.

Por ejemplo, ante un incumplimiento contractual, al contratista sólo le corresponderá el pago por lo efectivamente ejecutado, asimismo, si un contratista presenta a la administración información falsa o inexacta, ello no tiene relación directa con la afectación de los fondos públicos ni con que se cumpla el objeto del contrato. De igual modo, según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos ya suscritos y en ejecución continuarán ejecutándose hasta su culminación, por lo que la sanción o inhabilitación de un proveedor no tiene relación directa con que a éste no se le pague lo efectivamente ejecutado o con que no termine la ejecución de los contratos en curso.

En este sentido, opinamos que más que proteger los fondos públicos, puede decirse que lo que se pretende es que éstos sólo estén destinados a contratantes que cumplan con las disposiciones de la normativa de contrataciones públicas para lograr una correcta ejecución contractual y de esta manera asegurar que se cumpla un contrato que tiene un trasfondo de interés público. El objeto del contrato es el que reviste un interés público, de ahí que la sanción busque protegerlo mediante su cumplimiento.

1. El cumplimiento del contrato administrativo

El contrato es definido como un acuerdo de voluntades entre partes en igualdad de condiciones. En el caso de los contratos que suscribe una entidad

del Estado con un particular, en mérito a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, deben incluirse obligatoriamente determinadas cláusulas.

Al respecto, Gaspar Ariño Ortiz²⁹, sostiene que el Estado puede realizar acciones unilateralmente para conseguir sus fines. Estos actos los realiza sujetándose al procedimiento establecido en la norma en donde tiene relevancia el principio de legalidad; sin embargo, a veces es necesario la participación de un particular para que pueda realizarlo, es en este momento en que acude al contrato, que una vez formalizado se convierte en norma entre las partes. Así, este autor señala:

De ordinario, la Administración, (...): ordena, autoriza, prohíbe, manda o sanciona (...). En todos estos supuestos actúa como poder y ejerce su autoridad. Pero, en otras ocasiones, un Estado social sobre el que descansa el bienestar de los ciudadanos, (...) necesita contar con el concurso de la iniciativa privada para la provisión de bienes y servicios, para sí o para los ciudadanos.

Trayendo lo expuesto, a nuestra normativa de contrataciones públicas, veremos que antes de la suscripción del contrato, la administración se encuentra obligada a realizar una serie de actos previstos en la Ley, para convocar al proceso de selección del proveedor, calificar su propuesta y adjudicarle la buena pro. Sin embargo, una vez suscrito el contrato, éste debe cumplirse según lo pactado exactamente como pasaría en un contrato entre privados.

Las normas de contratación pública regulan las contrataciones del Estado para proveerse de servicios, bienes y obras, dentro de ellas se establecen una serie de condiciones que debe cumplir la organización del proceso y la selección del contratista, todo ello con la finalidad de asegurar entre otros, una adecuada participación de postores, un mejor precio y las condiciones técnicas requeridas.

De este modo, en la etapa de organización del proceso de selección, la administración prioriza ciertas condiciones: la inmediata satisfacción de la necesidad, el menor precio (al tratarse de recursos públicos) y la calidad del bien, servicio u obra. Todo el actuar de la administración en esta etapa se encuentra previsto normativamente, precisamente porque detrás de ese contrato que nacerá entre la administración y un privado existe un interés público que debe protegerse a fin que llegue a concretarse.

²⁹ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El enigma del contrato administrativo. p. 86

Sobre este tema coincidimos con Gaspar Ariño³⁰, cuando señala que:

El contrato administrativo está presidido por una idea de “justo precio” (...); su interpretación no es voluntarista (la intención de las partes), sino legal y teleológica (el fin del contrato, al mejor servicio del público; en todo contrato administrativo hay un tercero oculto que es el público); (...)

Dentro del contrato encontramos disposiciones sobre objeto, plazo de duración, monto, pero también encontramos disposiciones que garantizarán el cumplimiento del contrato ya sea de forma preventiva como de forma correctiva, luego de producido el incumplimiento y antes de optar por una resolución contractual.

Dentro de estas medidas y para efectos del presente trabajo, consideramos conveniente referirnos a las cláusulas de garantías y al régimen de penalidades.

2. El régimen de penalidades

La penalidad es una medida contractual destinada a castigar o multar el incumplimiento tardío o defectuoso del contrato.

Conforme al artículo 48° de la Ley de Contrataciones, el contrato debe establecer las penalidades que deben aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales.

De acuerdo al Reglamento, ante el retraso injustificado de las obligaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por mora en la ejecución de la prestación por cada día de atraso, hasta por un monto máximo de 10% del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Asimismo, la norma establece que cuando llegue a cubrirse el monto máximo de penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato.

Las penalidades, al tener un origen contractual, no pueden ser consideradas como sanciones que derivan de la potestad punitiva del Estado, posición que coincide con lo expuesto por Francisco García Gómez de Mercado³¹ y Gaspar Ariño³². En principio, las fuentes de la sanción administrativa y de la

³⁰ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Op. Cit. p. 88.

³¹GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO. Francisco. Op. cit. p. 362.

³²ARIÑO Y ASOCIADOS. Op. cit. p. 620-623

penalidad son distintas, la primera tiene un origen contractual mientras la segunda emana del poder de la Administración Pública.

En este sentido, concordamos con Carlos Javier Morales Castro³³, cuando señala lo siguiente:

En este mismo sentido, debe resaltarse que los negocios jurídicos celebrados por la Administración suelen contener también sanciones como las multas y cláusulas penales (...), sin embargo, aun cuando de lo descrito podemos encontrar una eventual relación con los caracteres del Derecho Sancionatorio, consideramos que las sanciones establecidas en los contratos que celebra la Administración no tienen que ver con las faltas en que pueden incurrir los ciudadanos ni con las penas aplicadas en ejercicio del denominado “poder de policía”.

La penalidad es un mecanismo para evitar el incumplimiento tardío, pretende de esta manera conminar al contratista para que cumpla con sus obligaciones pero mantiene la posibilidad de que el contrato se cumpla. Al mantenerse la posibilidad de que el contrato se cumpla, la imposición de penalidades resultaría ser un mecanismo que apunta a favor de la satisfacción del interés público que subyace en el contrato.

Así, lo manifiesta Francisco García Gómez de Mercado³⁴, quien afirma lo siguiente:

La mora del contratista constituye un supuesto de incumplimiento de la obligación que, no obstante, no excluye la posibilidad de cumplimiento tardío pero que, en cuanto incumplimiento, puede dar lugar a la exigencia de indemnización de daños y perjuicios e incluso a la resolución del contrato.

En este sentido, la imposición de penalidades cuando existe culpa o responsabilidad del contratista en el retraso en el cumplimiento de sus obligaciones, es el escenario previo a la imposición de sanción, dejando a salvo la posibilidad de que el contrato se cumpla – que se concrete el interés público- y la sanción sólo sucederá una vez que la Entidad haya optado por resolver el contrato por causa imputable al contratista.

Ahora bien, el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, establece que alcanzado el monto máximo de penalidad, la Entidad **podrá** resolver el contrato por incumplimiento. Es decir, aún en el caso que se alcance el monto máximo de penalidad, no existe una obligación legal de

³³MORALES CASTRO, Carlos Javier. TESIS: Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Mayo 2012. pp. 47-48

³⁴GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO. Op. cit. p. 630

resolver el contrato. De esta manera, continúa priorizándose el cumplimiento del contrato y por tanto la satisfacción del interés público.

Al respecto, Gaspar Ariño³⁵ señala que:

El retraso, sin más, no puede determinar automáticamente la resolución contractual si con ello la Administración no obtiene ventaja alguna, y ninguna ventaja se obtiene cuando el retraso es de tan poca importancia que la tramitación de un nuevo expediente de contratación, dé lugar a un cumplimiento – por otro contratista – todavía más tardío.

La penalidad desarrollada hasta ahora, corresponde al retraso injustificado del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, es específicamente una penalidad por mora. La Ley de Contrataciones no establece expresamente una penalidad aplicable por un cumplimiento defectuoso de la obligación o que no se ajuste a lo pactado. Sin perjuicio de ello, en el artículo 166° del Reglamento se da la posibilidad que la Entidad establezca en las Bases otras penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre que sea objetiva, razonable y congruente con el objeto de la convocatoria, la cual puede ascender hasta el monto máximo del 10% del contrato y es independiente a la penalidad por mora.

Es en esta opción que podría establecerse la penalidad por cumplimientos defectuosos de la obligación; sin embargo, consideramos que los cumplimientos defectuosos o no conformes a lo pactado pueden ser en cierta medida subjetivos y depender de la visión de la Entidad y si bien pueden llegar a revestir un carácter objetivo, puede que no lo sean a primera vista como sí lo es un incumplimiento del plazo para ejecutar la prestación.

Para el incumplimiento de obligaciones, la normativa de contrataciones prevé la posibilidad de la Entidad de resolver el contrato por incumplimiento de las obligaciones del contratista. En este caso, como en la penalidad por mora, es una decisión de la Entidad si resuelve o no el contrato, no se encuentra obligada a hacerlo, debiendo considerarse también en este punto que se privilegia la ejecución del contrato sobre su resolución, siendo la Entidad la que deberá evaluar en cada caso si le es más útil para fines de garantizar el interés público continuar con el contrato o resolverlo.

³⁵ ARIÑO Y ASOCIADOS. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. p. 620

En cuanto a la naturaleza de las penalidades, debe tenerse presente que su sustento es el contrato que la contempla en el cual contratista ha manifestado su asentimiento y se mantiene este margen de discrecionalidad de la administración para decidir si resuelve o no el contrato y para establecer el monto de las otras penalidades, características que no concuerdan con un régimen sancionador que se ejecuta en mérito a la potestad sancionatoria de la administración.

Visto de esta manera, las penalidades son figuras que evidencian y buscan asegurar el cumplimiento del contrato y no realmente “castigar” al contratista, lo que lo diferencia del régimen sancionador. Si bien las penalidades las aplica una Entidad del Estado, lo hace como contraparte en el contrato y no en ejercicio de su potestad sancionadora.

3. Las garantías otorgadas por el contratista

El artículo 40° de la Ley de Contrataciones establece que los contratos deberán incluir necesariamente y bajo responsabilidad, entre otras, una cláusula referida a las garantías que deberán otorgarse para asegurar la buena ejecución y cumplimiento del mismo. Entre estas garantías, se encuentran la garantía por el fiel cumplimiento del contrato, la garantía por el monto diferencial de la propuesta y la garantía por adelantos.

La que nos interesa tratar en este apartado, es la garantía por fiel cumplimiento del contrato, la cual es una garantía que el contratista debe presentar como requisito indispensable para suscribir el contrato, por el monto equivalente al 10% del contrato original y debe mantenerse hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista o hasta el consentimiento de la liquidación final.

La garantía por fiel cumplimiento del contrato será ejecutada cuando la resolución del contrato por causa imputable al contratista haya quedado consentida o cuando por laudo arbitral consentido y ejecutoriado se declare procedente la decisión de resolver el contrato. Del mismo modo, sólo será devuelta al contratista cuando el contrato haya concluido satisfactoriamente.

En este sentido, de resolverse el contrato por incumplimiento, la garantía otorgada por el contratista será también ejecutada, independientemente de la sanción que haya lugar en el procedimiento administrativo sancionador.

La garantía que otorga el contratista tiene su razón de ser en la defensa de los intereses patrimoniales de la administración y de los recursos públicos que ésta maneja. Sobre las garantías en el contrato administrativo, Francisco García Gómez de Mercado³⁶, señala lo siguiente:

(...) la doctrina afirma que en los contratos administrativos la garantía no es una simple obligación accesorio, pues no es un elemento accidental sino esencial, y no accesorio, toda vez que el contrato principal depende del mantenimiento de la garantía (...)

De esta manera, la garantía se encuentra ligada a la existencia misma del contrato, si el contratista no la presenta no podrá suscribir el contrato y la misma debe mantenerse vigente durante toda la etapa de ejecución contractual, por lo que puede concebirse también como un mecanismo tendiente a lograr la ejecución correcta del contrato y la satisfacción del interés público.

Conclusiones Parciales

1. Los contratos que interesan para este trabajo son los que trascienden a las partes y cuyo destino - cumplimiento o resolución -, tendrá un efecto no sólo entre las partes que lo suscriben sino en una colectividad o grupo humano al que estaba dirigido el bien, servicio u obra objeto de ese contrato. Estos contratos tienen como finalidad satisfacer un interés público.
2. La necesidad de contar con el laudo arbitral o sentencia judicial para establecer la responsabilidad del contratista no se basa en lineamientos previamente establecidos u objetivos.
3. Son observaciones al diseño actual de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones estatales: **i)** No se establece las condiciones que debe tener el proceso arbitral o judicial para ocasionar que el procedimiento sancionador se suspenda, **ii)** no existe un límite máximo de tiempo por el cual el procedimiento sancionador puede quedar suspendido, **iii)** no existe una consecuencia para la falta de comunicación de la Entidad o del contratista del laudo o sentencia judicial.
4. La falta de parámetros o lineamientos para determinar la necesidad de la suspensión y de obligaciones concretas para el presunto infractor y la entidad

³⁶GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. Op. cit. p. 28

del Estado, ocasiona que sólo dependa de la voluntad del contratista el uso de la vía arbitral o judicial, para detener el procedimiento administrativo sancionador de manera indefinida, aun cuando sea evidente su responsabilidad.

5. La posibilidad de la administración de imponer mandatos a los administrados debe necesariamente tener como correlato la posibilidad de ejercer su potestad sancionadora ante el incumplimiento de dichos mandatos.
6. La suspensión del procedimiento administrativo sancionador se sitúa dentro del afán de un debido procedimiento administrativo y de que la sanción corresponda a la infracción cometida, lo que permitirá alcanzar la certeza que requiere la administración para sancionar y no emitir un pronunciamiento contradictorio con lo dispuesto por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral.
7. La sanción en las contrataciones públicas no está dirigida a asegurar la ejecución del contrato, pues la imposición de la sanción se trata de una medida *ex post* al incumplimiento contractual. El régimen de infracciones y la posibilidad de ser sancionado, coadyuvarán a disuadir al contratista de infringir la norma y proyectarlo a una debida ejecución de próximos contratos.
8. Las penalidades, al tener un origen contractual, no pueden ser consideradas como sanciones que derivan de la potestad punitiva del Estado. La penalidad es un mecanismo para evitar el incumplimiento tardío. Al mantenerse la posibilidad de que el contrato se cumpla, la imposición de penalidades resultaría ser un mecanismo que apunta a favor de la satisfacción del interés público que subyace en el contrato.
9. La garantía que otorga el contratista tiene su razón de ser en la defensa de los intereses patrimoniales de la administración y de los recursos públicos que ésta maneja. La garantía debe también considerarse como un mecanismo destinado a lograr que el contrato se cumpla.

CAPÍTULO II

“Facultades de los Jueces y de los Tribunales Arbitrales en materias que involucran sanciones administrativas”

En este capítulo se abordará lo que sucede en el ámbito administrativo sancionador, cuando existe un proceso judicial o arbitral en trámite, que ocasiona la suspensión del procedimiento administrativo. Lo expuesto en el presente capítulo permitirá esclarecer el tipo de relación que mantienen estos órganos y por lo tanto la necesidad de esperar el pronunciamiento de alguno de ellos para emitir un pronunciamiento en el procedimiento sancionador. Con las conclusiones a las que se arribará en este capítulo se podrá proponer las soluciones o alternativas para cumplir la finalidad del procedimiento sancionador y que serán tratadas en el tercer capítulo.

I. El arbitraje como medio para la solución de controversias en las contrataciones con el Estado

Raúl Canelo Rabanal³⁷ define al arbitraje como "(...) un medio heterocompositivo de solución de conflictos donde existe un tercero ajeno a las partes, imparcial, con poderes para resolver dicha controversia”.

De otro lado, Diana Ximena Correa Ángel³⁸ se refiere al arbitraje en los siguientes términos:

Por medio de este mecanismo las partes, en virtud de su autonomía de la voluntad, deciden poner en conocimiento de uno o varios particulares investidos transitoriamente de administrar justicia, a los cuáles se les denomina árbitros, el conflicto que debe ser de carácter transigible, para que éstos tomen una decisión conocida como laudo arbitral (...)

En el caso peruano, la posibilidad de solucionar controversias vía arbitraje, se encuentra reconocida en el artículo 63.4 de la Constitución Política del 1993, según la cual el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

³⁷CANELO RABANAL, Raúl. Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Conceptos Previos. En: Derecho Arbitral. Editorial Adrus. Arequipa. Primera Edición: 2013. p. 82.

³⁸CORREA ÁNGEL, Diana Ximena. El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado. Universidad Externado de Colombia, 2002. p. 51.

La norma general que regula el arbitraje es el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje. En las contrataciones con el Estado, el arbitraje se introduce con el TUO de Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que contempla al arbitraje como medio alternativo para la solución de controversias que deriven de la ejecución contractual.

Actualmente, conforme al Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, se someten a arbitraje las controversias derivadas de la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez de los contratos que los particulares celebren con el Estado, hasta antes de la fecha de culminación del contrato. El uso del arbitraje requiere necesariamente la existencia de un contrato en el cual se haya pactado o incorporado de pleno derecho la cláusula arbitral.

En este sentido, se reconoce al arbitraje como el medio de solución de controversias sucedidas desde la suscripción del contrato hasta su culminación, siendo el Estado una de las partes que concurrirá al arbitraje ya sea como demandado o demandante.

El arbitraje supone igualdad entre las partes, las cuales deciden además libremente someter la solución de la controversia surgida a un tercero. Sin embargo, en el caso del arbitraje con el Estado no se cumplirá esa igualdad y libertad como se cumple en un arbitraje privado.

Basta para ello sólo percatarnos que la normativa de contrataciones con el Estado impone el arbitraje como medio de solución de conflictos entre las partes derivados de la ejecución contractual y si no se pacta el uso del arbitraje para la solución de controversias derivadas de la relación contractual, la cláusula se aplicará de pleno derecho.

De otro lado, conforme al artículo 52.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, al arbitraje le resulta aplicable en primer lugar las normas de derecho público y en segundo lugar las normas de derecho privado.

Al respecto, Jorge Santiestevan Noriega³⁹ señala que:

Aquí queda fuertemente marcado el elemento público en el régimen arbitral especial pues, por encima de lo que puedan pactar las partes, la ley obliga a hacer prevalecer las normas de la ley y su reglamento, así como otras normas de derecho público que puedan ser aplicables con preferencia sobre las de derecho privado. No hay duda que la voluntad del legislador ha sido la de mantener, en un método de solución de controversias basado en la igualdad de las partes y en la autonomía de la voluntad para la regulación de las actuaciones arbitrales, un componente eminentemente público (...)

Por su parte, el artículo 139° de la Constitución Política del Perú de 1993, establece la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional, precisando que no puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral. De este modo, constitucionalmente se reconoce la posibilidad de que una persona pueda recurrir para obtener justicia a un ente que no es los tribunales de justicia, lo cual ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC⁴⁰, según el cual:

De allí que el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias.

Al respecto, César E. Rubio Salcedo⁴¹, afirma que el ordenamiento peruano ha optado por situar al arbitraje en su naturaleza jurisdiccional de modo tal que la Entidad contratante y el proveedor pueden optar por obtener justicia a través de un Tribunal Arbitral, cuyas decisiones en teoría son más ágiles y más cercanas a los involucrados, en relación a la justicia que brinda el Poder Judicial. Es decir, lo que se logra es sustraer de la justicia común determinadas controversias para que sean atendidas por un Árbitro Único o Tribunal Arbitral designado para tal efecto.

La jurisdicción del arbitraje también ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC,

³⁹ SANTIESTEVEAN NORIEGA, Jorge. El Arbitraje con el Estado. En http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp

⁴⁰ Obtenida en www.tc.gob.pe

⁴¹ Rubio Salcedo. César E. Op. Cit. p. 135-136

que señala:

Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria.

El motivo por el cual los procedimientos sancionadores tendrán vinculación con el proceso arbitral, es precisamente por el método de resolución de controversias que resulta aplicable a la contratación estatal. Por un lado, se establece que las controversias que surjan durante la ejecución del contrato serán sometidas a arbitraje mientras que, por otro lado, se establecen supuestos de infracción que se encontrarán vinculados a la etapa de ejecución contractual.

En este sentido, ante una infracción vinculada a la ejecución del contrato y un arbitraje en el que se cuestiona la resolución contractual, el resultado del procedimiento sancionador estará ligado a si el contratista es responsable o no de la resolución del contrato que se le atribuye.

Como lo señala Ricardo Rodríguez Ardiles⁴²:

Es dentro de esta lógica legislativa, en donde resulta indispensable que la responsabilidad del contratista sea certera, que el Reglamento de la Ley establece la suspensión del plazo de prescripción de las infracciones (...). Es decir, que en tanto se dilucide respecto de la responsabilidad del contratista en una vía distinta a la administrativa, sea judicial o arbitral, ha de suspenderse el plazo de prescripción.

De este modo, si las controversias que derivan de la ejecución contractual van a ser dilucidadas a través del arbitraje y si el incumplimiento del contratista que dio origen a la resolución del contrato hace que éste sea pasible de sanción administrativa, resulta lógico que el procedimiento sancionador necesite del fallo del proceso arbitral, para determinar si existe o no lugar a sanción.

No es objeto del presente trabajo cuestionar el uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en contratación pública, pues no negamos que la opción del arbitraje en muchos casos será usada de manera responsable y ante

⁴² RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. Arbitraje y Procedimiento Administrativo Sancionador. En: <http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/image/procsan.pdf>

casos justificados que ameriten realmente la solución de una controversia. El presente trabajo está dirigido a aquellos casos en los que el arbitraje se convierte en una medida al alcance del presunto infractor para suspender el procedimiento sancionador y evitar la imposición de sanción.

1. El uso del arbitraje para suspender un procedimiento sancionador

La causa más frecuente de suspensión de procedimientos sancionadores en el Tribunal de Contrataciones del Estado, es por existir un Tribunal Arbitral instalado que resolverá sobre controversias vinculadas a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista.

Tomando como referencia los expedientes suspendidos que existen a la quincena de junio de 2015 en el Tribunal de Contrataciones del Estado⁴³, los procedimientos sancionadores suspendidos por esta causal ascienden aproximadamente al 70% del número total de expedientes sancionadores que se encuentran suspendidos en el Tribunal de Contrataciones.

Asimismo, podemos verificar la tendencia creciente, a través de los años, del uso del arbitraje para suspender un procedimiento administrativo sancionador. De este modo, de los datos obtenidos sobre los expedientes que se encuentra en el estado de suspendidos a la quincena de junio 2015 por temas arbitrales, se observa lo siguiente:

<i>Año en que se realizó la suspensión</i> (según fecha del Acuerdo o Resolución de suspensión)	2012	2013	2014	2015**
<i>Número de expedientes suspendidos</i>	10	12	53	23

*Fuente: Anexo al Informe N° 005-2015/ARE del 22.06.2015 elaborado para la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

** De enero de 2015 a la quincena de junio de 2015.

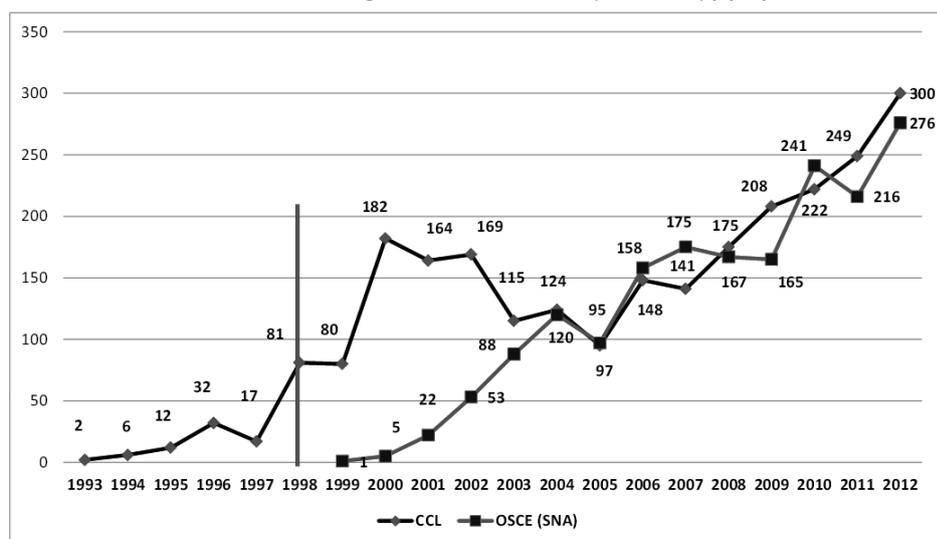
Según opina Fabiola Paulet Monteagudo⁴⁴, ex Directora de Arbitraje

⁴³Anexo al Informe N° 005-2015/ARE del 22.06.2015 elaborado para la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

⁴⁴ PAULET MONTEAGUDO, Fabiola. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. Revista arbitraje PUCP - Año 3, no. 3 (Set. 2013). p. 92

Administrativo del OSCE, desde 1998 (año en el que se introdujo esta figura en la contratación pública) el número de arbitrajes ante la Cámara de Comercio de Lima y ante el Centro de Arbitraje del OSCE (SNA y Ad hoc) ha ido en tendencia creciente cada año, con lo cual también se incrementa el monto controvertido que queda en manos de solución de un Tribunal Arbitral, la cual grafica el incremento en arbitrajes ante la Cámara de Comercio de Lima y el OSCE, en el cuadro siguiente:

Cuadro N° 4 Número de Casos Ingresados Anualmente (1993-2011) y proyecciones 2012



Fuentes:

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima: V Conferencia de Arbitraje Internacional - "La experiencia peruana y los retos de los Centros de Arbitraje". Quito, Ecuador, 16 de febrero de 2011 y Andina, 3 de enero de 2013, y Andina. Centro de Arbitraje de OSCE (SNA): "Participación del Estado en los Arbitrajes de Contratos Públicos en el Perú". Congreso General de la República - Presentación Alianza Parlamentaria, enero 2012.

Conforme al artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el plazo de prescripción se suspende por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de la responsabilidad del proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitros, en el respectivo procedimiento administrativo sancionador.

Antes de la introducción del arbitraje, las controversias en la etapa de ejecución contractual eran vistas en el Poder Judicial, por este motivo aún existen procedimientos suspendidos en el Tribunal de Contrataciones (entre los años 2000 y 2008), por existir un proceso judicial en trámite referido a la resolución del contrato y/o incumplimiento de obligaciones del contratista⁴⁵,

⁴⁵Fuente: Anexo al Informe N° 05-2015-ARE del 22.06.2015 elaborado para la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

temas que actualmente son resueltos en la vía arbitral.

El arbitraje y el procedimiento administrativo sancionador, no son incompatibles pues se trata de órganos con distintas competencias, pero debe tenerse en cuenta que la decisión de uno (arbitral) incide directamente sobre el curso y resultado del procedimiento sancionador.

2. Las facultades del Tribunal Arbitral y su relación con el tiempo de duración del arbitraje en las contrataciones con el Estado

La celeridad del arbitraje, la especialización de los árbitros y su cercanía con las partes es el principal motivo al que aluden los defensores de dicho mecanismo, para justificar su importancia y efectos en las contrataciones con el Estado.

Magali Rojas Delgado,⁴⁶ Presidenta del Organismo Superior de Contrataciones del Estado, señala lo siguiente:

La celeridad del arbitraje, como mecanismo de solución de controversias proveniente del Derecho Privado fue el motivo más importante, por el cual se importó esta institución jurídica hacia el Derecho Público, y particularmente hacia el régimen de contrataciones públicas. Era necesario contar con mecanismos céleres que no interrumpían la inversión pública y la marcha hacia el cumplimiento de los objetivos institucionales de las entidades públicas, pero que a la vez otorguen a los contratistas y al Estado, la posibilidad de contar con las garantías procesales necesarias para cautelar su derecho de defensa y el equilibrio jurídico entre las partes.

En este mismo sentido, Ricardo Gandolfo Cortés⁴⁷, señala que:

El arbitraje ha sido incorporado en la normativa sobre contratación pública con el objeto de solucionar las discrepancias que podrían sobrevenir de la forma más rápida y eficaz, sin las limitaciones de la vía judicial y con las ventajas de la especialidad de un árbitro, elegido por las partes o por sus pares que conoce perfectamente la materia en disputa lo que abona en la más pronta administración de justicia.

De otro lado, en palabras de Jorge Santiestevan Noriega⁴⁸,

⁴⁶ ROJAS DELGADO, Magali. Principales modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado en materia de arbitraje: Algunos alcances de su motivación. En: Arbitraje PUCP. Año II N° 2, setiembre 2012. p. 82.

⁴⁷ GANDOLFO CORTÉS, Ricardo. No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel. En: Arbitraje PUCP. Año III N° 3, setiembre 2013. p. 23

En algunas oportunidades se ha explicado la opción arbitral como una modalidad de brindar mecanismos más flexibles y eficaces que los que proporciona la jurisdicción estatal a cargo del Poder Judicial (...). En otras se ha puesto el énfasis (...) que el arbitraje garantiza la neutralidad que el Poder Judicial no necesariamente ofrece.

(...)la opción arbitral sería una expresión concreta de la voluntad de Estado por ponerse de igual a igual con los particulares que contrata a la hora de llevar a un foro privado y neutral la dilucidación de las controversias patrimoniales

El arbitraje es considerado de este modo para la mayoría de autores, como una vía más rápida y más ágil que el Poder Judicial, que tiene la virtud de poder brindar a las partes las mismas garantías que un proceso judicial. Al arbitraje se le ve como un mecanismo que incentiva la participación de empresas a contratar con el Estado, evitando procesos largos y engorrosos ante el Poder Judicial en caso de una discrepancia, con la seguridad de que obtendrá una solución rápida y oportuna a través del arbitraje y además se considera como una ventaja la especialización de los árbitros en la materia que se discute, lo cual no ocurrirá necesariamente en el caso de un proceso judicial.

Al respecto, Marianella Ledesma Narváez⁴⁹ opina lo siguiente:

A diferencia del juez estatal, las materias que son sometidas a arbitraje son dilucidadas por jueces con un particular conocimiento de la materia por definir, lo que no necesariamente se puede encontrar en la justicia estatal (...). Otra de las fortalezas del arbitraje es la celeridad en sus resultados. (...)

En consecuencia, cuando hablamos del rol y necesidad del arbitraje en la contratación estatal, ineludiblemente se hará referencia a la especialización de los árbitros (en Derecho Administrativo, Arbitral y Contrataciones con el Estado), la rapidez de los fallos que pueden obtenerse y la cercanía con las partes en disputa.

Sin embargo, si bien lo que se pretende es una solución más rápida y ágil, el arbitraje debe cumplir ciertas condiciones aplicables a cualquier órgano que administra justicia, de modo tal que su decisión puede ser aceptada como

⁴⁸SANTIESTEVA NORIEGA, Jorge. El Arbitraje con el Estado. En http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp

⁴⁹LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje. Pontificia Universidad Católica del Perú: 2014. p. 29

sólida y definitiva para ambas partes. Al respecto, César E. Rubio Salcedo⁵⁰, agrega que:

(...) la naturaleza de la jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, (...) De allí que el arbitraje no pueda entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias.

Si bien se apuesta por los beneficios del arbitraje, debe tenerse en cuenta que a diferencia de lo que sucede en la vía judicial, hay ciertos aspectos del arbitraje que quedan en manos de las partes y de los árbitros, quienes estarán en la posibilidad de retrasar, voluntaria o involuntariamente, la continuidad del proceso arbitral, haciendo que los plazos de resolución del arbitraje se posterguen.

En este sentido, en principio un arbitraje es rápido y expeditivo, pero esto no elimina la posibilidad que puedan existir arbitrajes que duren mucho más que otros o que exista un tiempo limitado de duración de los arbitrajes.

De este modo, revisando las etapas que componen un proceso arbitral, consideramos que las etapas del arbitraje que podrían dilatarse más, por la falta de establecimiento de un plazo máximo legal máximo para su actuación y por la autonomía de los árbitros para fijar los plazos más convenientes, son el pago de anticipos y la etapa probatoria.

El procedimiento arbitral se mantiene suspendido durante el lapso de tiempo que toman las partes para el pago de los honorarios arbitrales. Según el artículo 67° del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje – OSCE, aprobado por Resolución N° 16-2004-CONSUCODE/PRE, modificado por Resolución N° 172-2012-OSCE/PRE, el primer anticipo de los gastos arbitrales debe pagarse dentro de los plazos establecidos en el artículo 69°, luego de realizada la audiencia de instalación. De este modo, el arbitraje quedará instalado – cuestión suficiente para dar por

⁵⁰Rubio Salcedo. César E. Op. Cit. p. 139

suspendido el procedimiento sancionador – sin que las partes hayan realizado ningún pago.

En este sentido, la falta de pago oportuna de los honorarios arbitrales suspende el procedimiento hasta que una de las partes pague lo que le corresponde o la otra se subrogue en el pago. Asimismo, el pago del último anticipo debe realizarse como paso previo a laudar, por lo que es posible que la emisión del laudo se retrase o nunca llega a emitirse éste por falta de pago⁵¹, disponiéndose la conclusión del arbitraje. Dicho de otro modo, puede instalarse un Tribunal Arbitral y suspenderse el procedimiento sancionador; sin embargo, ello no significa que necesariamente vaya a existir en un tiempo determinado un laudo arbitral.

Asimismo, conforme al artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. La normativa de arbitraje no establece un plazo mínimo ni máximo para el desarrollo de la etapa probatoria ni un plazo para la presentación o actuación de las pruebas. Estos plazos son fijados por el Tribunal Arbitral, quien tiene facultades para determinar todo lo concerniente a la etapa probatoria.

La posibilidad del árbitro de decidir qué pruebas considera pertinentes y de actuar pruebas de oficio en búsqueda de la verdad material, es considerada como una manifestación de la flexibilidad del arbitraje que redonda directamente en la duración del mismo, pues obviamente se necesita un tiempo para la actuación de medios probatorios.

No se pretende en el presente trabajo, cuestionar la importancia de la etapa probatoria de un proceso arbitral, sino que lo que se considera relevante es dejar establecido que por lo menos en esta etapa no existe un plazo fijado por

⁵¹ Numeral 3 del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071: “Si una o ambas partes no efectúan el depósito de los anticipos que les corresponde dentro de los plazos conferidos, el tribunal arbitral podrá suspender las actuaciones arbitrales en el estado en que se encuentren. Si a criterio del tribunal arbitral transcurre un plazo razonable de suspensión sin que la parte obligada haya cumplido con su obligación o la otra parte haya asumido dicha obligación, el tribunal arbitral, a su entera discreción, podrá ordenar la terminación de las actuaciones arbitrales”.

la norma, por lo que si bien la regla es pretender la celeridad del arbitraje los plazos pueden extenderse a criterio de los árbitros.

En consecuencia, la autonomía e independencia con la que desarrolla sus funciones el Tribunal Arbitral, tiene implicancia directa en los plazos que se manejan en el proceso arbitral y con la duración del arbitraje. Si bien uno de los principales argumentos que sostienen la importancia de su uso en las contrataciones estatales es que constituye una solución más rápida y eficaz, es precisamente su plazo de duración lo que preocupa al relacionar el arbitraje con el procedimiento administrativo sancionador.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Arbitral como tal, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones. Lo que quiere decir que este órgano desarrollará sus funciones como considere más conveniente sin que pueda autoridad alguna cuestionar por ejemplo los medios probatorios aceptados o el tiempo de duración de un proceso arbitral.

Las materias sometidas a arbitraje por disposición de la Ley se encuentran sustraídas de la competencia judicial, siendo que sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto, posteriormente y como consecuencia del ejercicio de la acción de anulación de laudo arbitral ante el Poder Judicial.

3. El arbitraje en la contratación estatal en la legislación de otros países

El arbitraje ha sido incorporado como medio de solución de controversias en la contratación con el Estado de los países de México, Colombia, Ecuador, España, entre otros. A manera de ilustración, haremos referencia a algunos países que recogen en sus legislaciones al arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

3.1 Colombia

En el caso colombiano, Leopoldo Romero Gálvez⁵², al referirse a la Ley 80 de

⁵² ROMERO GALVEZ, Leopoldo. El arbitraje en la contratación estatal. Trabajo de grado para optar el Título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2003. p. 79

1993, señala que pueden ser objeto de arbitraje, en general, todas las controversias que surjan alrededor de los contratos estatales, desde la celebración hasta la liquidación de los contratos.

Al igual que en nuestro país, el arbitraje se abre paso como mecanismo alternativo a la vía judicial, más ágil y más expeditivo.

3.2 España

Por su parte en el caso español, Alberto Dorrego de Carlos⁵³, señala que:

Al igual que en España, en los sistemas jurídico-administrativos del continente europeo, la incorporación progresiva del arbitraje y, en general, de las técnicas no-jurisdiccionales de solución de conflictos en el ámbito de la contratación pública y la superación de las viejas limitaciones dogmáticas en este terreno, se ha producido en los últimos años de la mano de la práctica internacional.

Asimismo, este autor⁵⁴ agrega que la regulación legal vigente del arbitraje en el ámbito de la contratación pública se encuentra contenida en el artículo 50 de Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP), el cual establece la arbitrabilidad de los conflictos surgidos sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que adjudiquen las personas jurídico-públicas que no tengan la condición de “Administraciones públicas”.

3.3 México

En el caso de la legislación mexicana, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en su artículo 80° señala que:

Podrá convenirse compromiso arbitral respecto de aquellas controversias que surjan entre las partes por interpretación a las cláusulas de los contratos o por cuestiones derivadas de su ejecución, en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio.

No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley.

El arbitraje recogido en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público de México no es de carácter obligatorio, de modo tal que

⁵³ DORREGO DE CARLOS, Alberto. El arbitraje en los contratos públicos. En Revista Jurídica de Castilla y León, N° 29. Enero 2013. p. 7

⁵⁴ DORREGO DE CARLOS, Alberto. Op. cit. p. 10

podrá estar incluida en el contrato o en documento posterior que suscriban las partes.

3.4 Ecuador

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública R.O 395 del 22 de julio de 2008 y normas modificatorias, recoge la siguiente disposición:

Artículo 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Artículo 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

De este modo, en el caso de Ecuador el arbitraje tampoco sería de carácter obligatorio, manteniéndose la posibilidad de recurrir al Poder Judicial.

Como puede observarse, se presenta una tendencia al uso del arbitraje en los contratos que celebre el Estado con los particulares, en algunos casos con diferencias respecto de la ley peruana, como puede ser la no obligatoriedad del arbitraje y la restricción de uso sólo a algunos contratos que celebre el Estado.

Sin perjuicio de las diferencias que puedan observarse, los ejemplos citados sirven para dejar constancia del uso del arbitraje en las controversias que surjan en la contratación estatal en las legislaciones de diversos países.

4. Escenarios de conexión entre la competencia de la autoridad administrativa y la vía arbitral

Como hemos visto hasta ahora, la solución de controversias en la vía arbitral requiere la existencia de un contrato suscrito entre un particular y el Estado. En este sentido, nos interesa las infracciones tipificadas en la Ley de Contrataciones que podrían verificarse después de suscrito el contrato y hasta su culminación.

Como hemos visto, las infracciones deben encontrarse tipificadas en una norma con rango de Ley. En este caso, se encuentran contenidas en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones vigente y en el artículo 50.1 de la Ley N° 30225, no vigente a la fecha de realización de este trabajo.

Si bien hay varias infracciones que podrán ocurrir durante la etapa de ejecución contractual, tales como contratar con el Estado sin tener RNP vigente o subcontratar sin encontrarse autorizado para ello, éstas no son muy comunes como supuesto de infracción y menos aún como supuesto de suspensión de un procedimiento sancionador.

Las infracciones más comunes objeto de sanción en el Tribunal de Contrataciones del Estado, en este orden, son: i) Presentación de documentación falsa o inexacta, ii) No mantener la oferta y no suscripción injustificada del contrato y, iii) Resolución del contrato por causa atribuible al contratista⁵⁵.

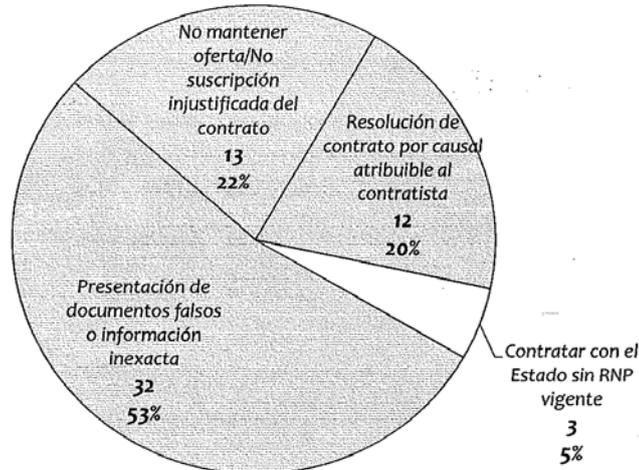
Esta tendencia se ha mantenido durante los meses de enero a agosto de 2015, según la información elaborada por la Secretaría del Tribunal de Contrataciones, sobre la totalidad de las resoluciones sancionatorias que se emiten mes a mes, divididas según la causal de infracción establecida en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones.

De los gráficos que se muestran a continuación⁵⁶, puede observarse que la resolución del contrato por causa atribuible al contratista es la tercera causa por la que se emitan resoluciones que imponen sanción y es la que interesa para el presente análisis, ya que es el supuesto de infracción que se encontrará vinculado al arbitraje.

⁵⁵ Conclusión obtenida a partir de la información contenida en los Memorandos N° 2057, 1759, 1547, 1303, 1003, 761, 331 y 636- 2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

⁵⁶ Información elaborada por la Secretaría del Tribunal de Contrataciones, contenida en los Anexos al Memorandos N° 2057, 1759, 1547, 1303, 1003, 761, 331 y 636- 2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones

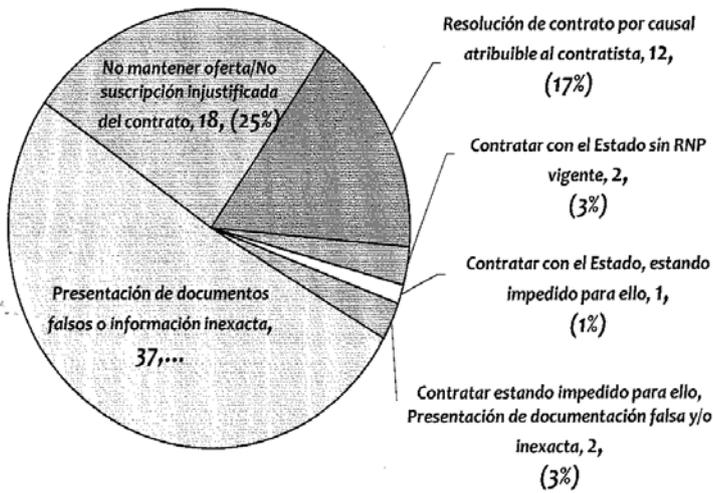
**TOTAL DE RESOLUCIONES
FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN AGOSTO 2015**
Tipo de Infracción



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 10.09.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 2057-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones

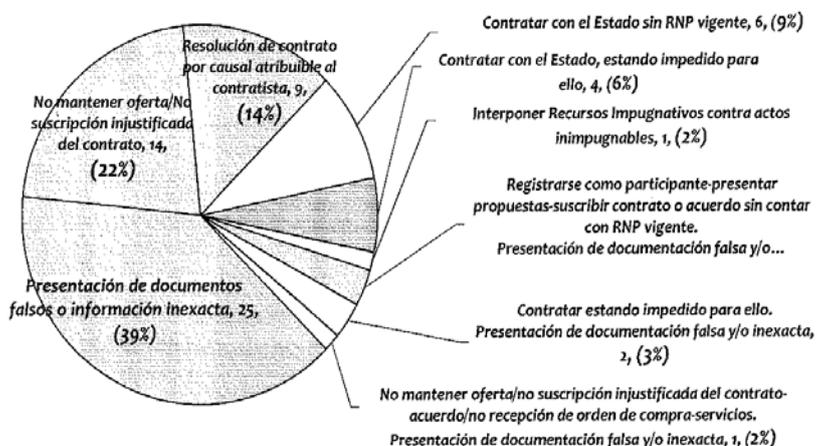
**TOTAL DE RESOLUCIONES FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN
JULIO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 12.08.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de las Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 1759-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

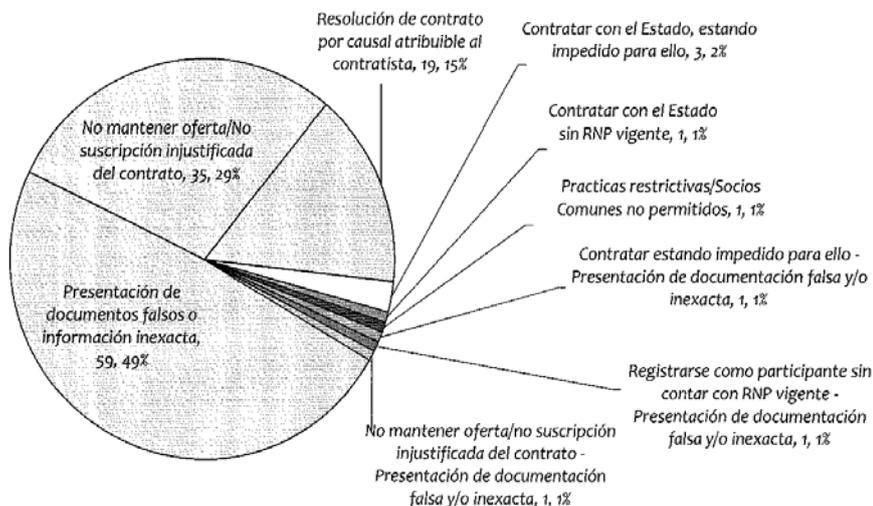
**TOTAL DE RESOLUCIONES
FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN - JUNIO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 10.07.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 1547-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

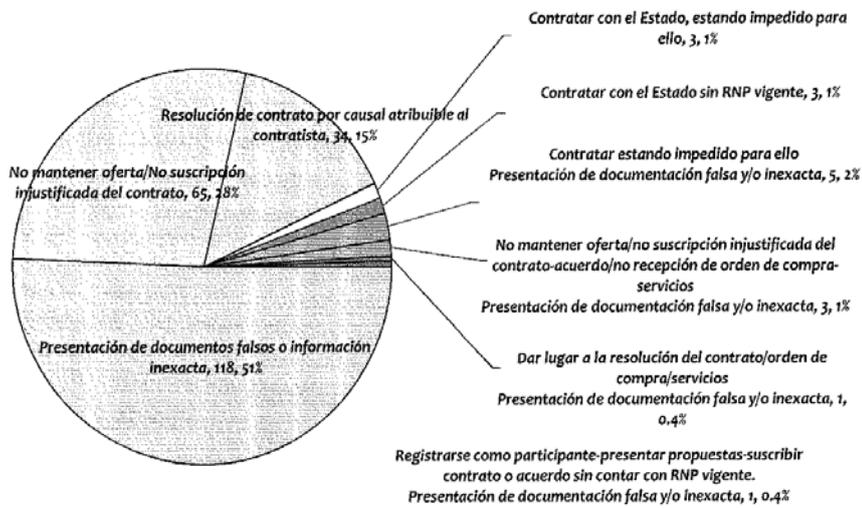
**TOTAL DE RESOLUCIONES
FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN MAYO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 08.06.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 1303-2015 de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones

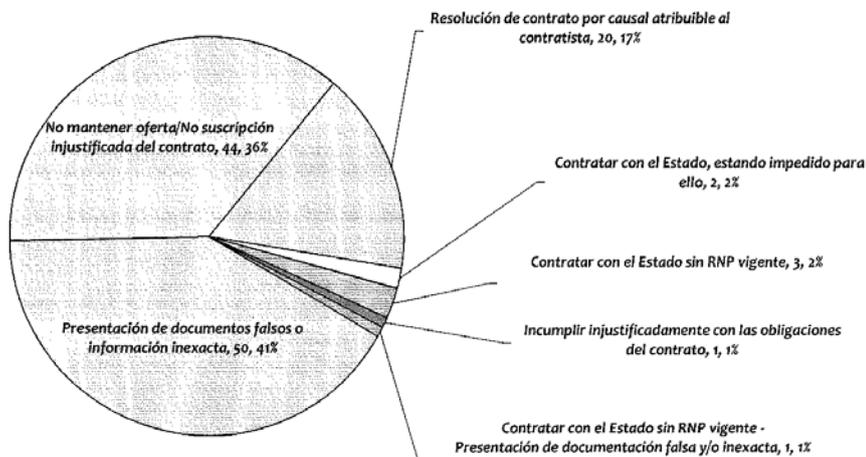
**TOTAL DE RESOLUCIONES FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN
ABRIL 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 11.05.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 1003-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

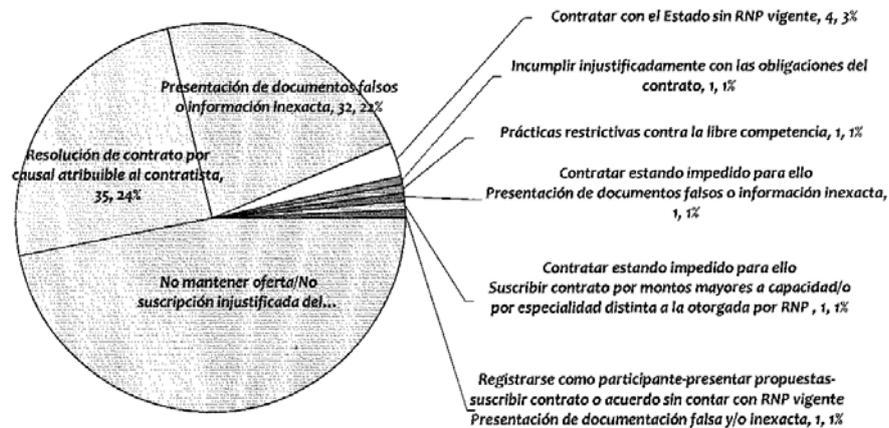
**TOTAL DE RESOLUCIONES FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN
MARZO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuada el 13.04.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de las Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 761-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones

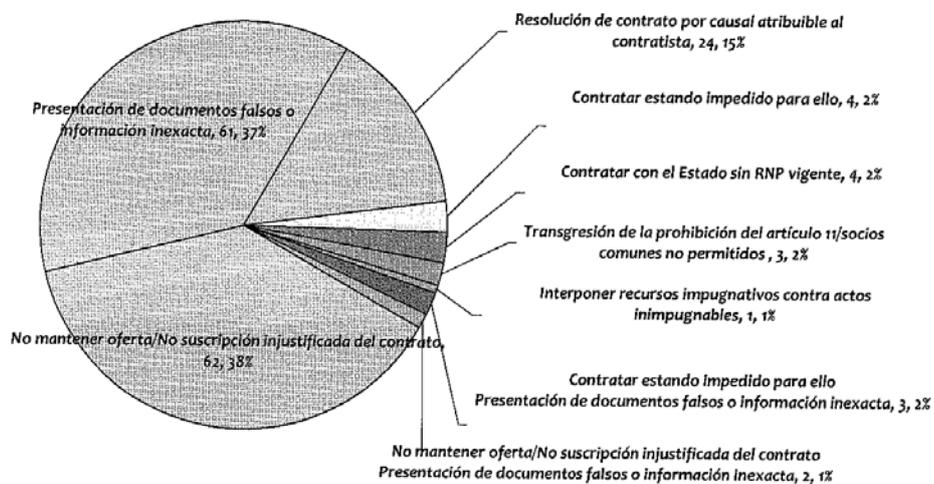
**TOTAL DE RESOLUCIONES FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN
FEBRERO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuado el 18.03.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de las Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 636-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

**TOTAL DE RESOLUCIONES FIRMES QUE IMPONEN SANCIÓN
ENERO 2015 - Tipo de Infracción**



Fuente: Reporte de Inhabilitados del Tribunal enviados a RNP - Sistema del Tribunal (Búsqueda efectuado el 12.02.2015)
Elaboración: Secretaría del Tribunal de las Contrataciones del Estado

Anexo al Memorando N° 331-2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

La infracción que guarda relación evidente con la etapa de ejecución contractual es la resolución del contrato por causas imputables al contratista⁵⁷, contenida tanto en la Ley de Contrataciones vigente como en la Ley N° 30225. El literal e) de la Ley N° 30225, establece una modificación o quizás mejor dicho una precisión, al señalar que este supuesto de infracción requerirá necesariamente que la resolución haya queda consentida y firme en la vía conciliatoria o arbitral.

Es decir, se reafirma que en caso exista un procedimiento sancionador en el que se impute responsabilidad al contratista por la resolución del contrato y la resolución se esté discutiendo vía conciliación o arbitraje, se requerirá previamente que exista, en el caso analizado, un laudo consentido y firme.

A manera de ilustración, pero no determinante para este trabajo pues se trata de sólo un proyecto, cabe hacer referencia al proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, el cual limitaría o precisaría los supuestos de infracción en los que se podrá suspender el procedimiento sancionador por la existencia de un proceso arbitral, a diferencia del Reglamento actual en donde en teoría todas las infracciones podrían tener relación con un arbitraje.

El proyecto de Reglamento, señala tres supuestos de infracción en los que podría suspenderse un procedimiento sancionador por existir un procedimiento arbitral en curso: i) los relacionados a la resolución o nulidad de contrato efectuada por la Entidad, ii) a vicios ocultos y iii) a la negativa injustificada del proveedor a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando éstas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado, en el caso que el Tribunal de Contrataciones considere necesario conocer la decisión arbitral para resolver.

La infracción relacionada a la presentación de documentación falsa e inexacta sin bien puede verificarse durante de la etapa de presentación de propuestas o de ejecución contractual, no será discutida en la vía arbitral sino en la vía judicial.

⁵⁷Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte. (literal b) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones)

4.1 La resolución del contrato por causas atribuibles al contratista o la resolución del contrato por responsabilidad del contratista

Para entender la conexión de esta causal de infracción con un proceso arbitral, consideramos conveniente referirnos al Acuerdo N° 636/2014.TC-S2 del 06 de junio de 2014, mediante el cual la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones suspendió el procedimiento administrativo sancionador contra el supuesto infractor, hasta que el Tribunal Arbitral, la Entidad o el contratista informen al Tribunal de Contrataciones sobre el resultado definitivo del proceso arbitral seguido por las partes.

De acuerdo al Tribunal de Contrataciones del Estado, para que se configure la infracción tipificada en el literal a) del artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, necesariamente debe acreditarse que el contrato, orden de compra u orden de servicios fuente de obligaciones, haya sido resuelto por causal atribuible al contratista.

Se entiende que el propósito de ello es determinar dos cosas: i) si efectivamente hubo incumplimiento del contratista y ii) si el contrato fue realmente resuelto, esto es, si se siguió el procedimiento para su resolución, de lo contrario podrá declararse nula la resolución del contrato. La verificación de ambas condiciones es necesaria para que se configure la causal de infracción prevista en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones del Estado y ambas condiciones serán verificadas en el proceso arbitral en el que se cuestione la resolución del contrato.

No obstante, no en todos los casos en los que exista un arbitraje y un procedimiento sancionador con las mismas partes y por el mismo proceso de selección, se tratará de materias conexas, sino que necesariamente debe de cuestionarse en el proceso arbitral la resolución contractual, para que el fallo arbitral sea necesario para el procedimiento sancionador.

En este sentido, como bien lo señala el Acuerdo N° 636/2014.TC-S2⁵⁸:

Pero no basta sólo la existencia de un procedimiento arbitral, además debe verse las pretensiones de la demanda arbitral, siendo que por lo menos una de ellas debería de cuestionar la

⁵⁸ Obtenido de www.osce.gob.pe

resolución contractual que la Entidad efectuó sustentándose en el incumplimiento del contratista. Así, en el caso presentado, verificada las pretensiones de la demanda arbitral la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones afirma lo siguiente:

(...) tiene como pretensiones, entre otras, que se declare la nulidad total e ineficacia del acto administrativo contenido en la carta notarial N° 147-2013-SUNAT/4G0000 por el cual la entidad resolvió totalmente el contrato N° 304-2013-SUNAT, y como consecuencia de ello se declare que ha cumplido con todas las obligaciones correspondientes a la etapa de implementación del servicio.

De otro lado, para suspender el procedimiento sancionador, tal y como lo contempla el artículo 244° de la Ley de Contrataciones se requiere: i) que exista un Tribunal Arbitral instalado y ii) que en las pretensiones del proceso arbitral se discuta la resolución contractual.

Debe tenerse en cuenta que de declararse en la vía arbitral la nulidad de la resolución contractual por causas imputables al contratista, ya sea porque no se siguió el procedimiento para la resolución contractual o porque se establece que no existió incumplimiento, no habrá resolución contractual, por lo tanto no se cumple el supuesto de infracción y no será posible imponer sanción en la vía administrativa.

Sin embargo, no siempre existe la misma convicción sobre que se requiera el pronunciamiento arbitral o judicial para definir el fondo del procedimiento sancionador, o por lo menos no hay norma que obligue a la Sala del Tribunal de Contrataciones a actuar de una manera u otra.

Así, por ejemplo, tenemos el Acuerdo N° 712/2014.TC-S3⁵⁹ de fecha 11 de julio de 2014, emitido en el Expediente N° 2783/2013.TC mediante el cual la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones, en mayoría, decidió suspender el procedimiento administrativo iniciado contra Vigilancia y Seguridad del Perú Región Oriente S.R.L., hasta que la Entidad informe sobre los resultados del arbitraje.

No obstante, el Voto en Discordia de uno de los vocales integrantes de la Sala señala lo siguiente:

1. En el caso de autos, de la documentación obrante en el

⁵⁹Obtenido de www.osce.gob.pe

expediente administrativo, a folios 791, se encuentra la copia del Acta de Instalación del Tribunal de fecha 12 de setiembre del 2013, (...). Si bien dicho proceso arbitral se encuentra vinculado con la Resolución de Gerencia General N° G-180-2013 que declara de oficio la nulidad del Contrato N° G-180-2013, debe tener en consideración que en el presente procedimiento administrativo sancionador no se discute esa materia, sino que tiene por objeto determinar la responsabilidad administrativa en la que habría incurrido el contratista por la presentación de documentación falsa en el proceso de selección.

2. En razón a lo expuesto, y de conformidad a lo establecido en el artículo 227 del Reglamento, la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral sólo puede suspender el procedimiento administrativo sancionador siempre que éste se haya iniciado por la materia controvertida, que no es el caso de autos.

Atendiendo a lo expuesto, el Voto en Discordia, concluye que el proceso arbitral y el procedimiento sancionador tienen una materia controvertida y una finalidad distinta, pues el procedimiento sancionador busca determinar la responsabilidad del contratista por la presentación de documentación falsa, mientras que el proceso arbitral tiene como materia en controversia la declaración de nulidad de la resolución del contrato, considerando que no procede la suspensión del procedimiento sancionador.

Hay que tener en cuenta que el voto en mayoría no entra a analizar si las materias que se discuten en ambos procedimientos son conexas o vinculadas de manera tal que una depende de la otra, situación que a nuestro entender se origina porque la normativa de contrataciones no establece un parámetro para que el Tribunal evalúe si corresponde o no la suspensión del procedimiento.

La razón de ser de la suspensión del procedimiento sancionador en estos casos, o por lo menos lo que lo justifica, vendría a ser el preservar que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa y que la Sala cuente paralelamente a ello con los elementos suficientes y objetivos que le permitan sancionar. Siendo ello así, de requerirse necesariamente el pronunciamiento contenido en el Laudo para que se determine la responsabilidad del contratista, nos queda claro que la autoridad administrativa no podrá emitir un pronunciamiento, pues éste podría resultar contradictorio a lo dispuesto por el Tribunal Arbitral y atentar contra el debido procedimiento y derecho de defensa

del administrado.

En palabras de Carlos Navas Rondón⁶⁰:

La falta de prueba nos conduce a una inaplicación de la sanción, porque esta decisión se tiene que dar cuando no existen suficientes elementos probatorios y no se da la certeza o seguridad de que los hechos denunciados constituyen verdaderas causales de sanción, a pesar de que la Administración o el Tribunal tomó todas las diligencias necesarias para proveerse de los elementos de juicio y documentos necesarios para emitir juicios de responsabilidad administrativa.

En este sentido, si no se ha acreditado la responsabilidad del contratista en la resolución del contrato, éste no será pasible de sanción. El esperar el laudo arbitral en casos en los que se está discutiendo la resolución contractual constituye parte de estas diligencias necesarias que debe realizar el Tribunal de Contrataciones para tener convicción de que se ha configurado la infracción.

Ahora bien, la Ley N° 30225 refuerza el nexo o necesidad de contar con el pronunciamiento arbitral al establecer que si la causal de infracción invocada es que el contratista ocasionó la resolución del contrato, la resolución debe necesariamente encontrarse consentida y firme. En este sentido, evidentemente para suspender un procedimiento sancionador debe encontrarse discutiendo la resolución del contrato, y no otro tema, en la vía arbitral.

Al respecto, consideramos que la racionalidad de la norma siempre fue esa; es decir, que sólo se suspenda el procedimiento si el laudo arbitral era necesario para establecer la responsabilidad del contratista y no si no tenía nada que ver con esta responsabilidad. ¿Qué caso más evidente de conexión con la responsabilidad del contratista que el hecho de discutirse la resolución contractual? Pese a ello, la Ley N° 30225 consideró conveniente su precisión, lo cual consideramos que más que una innovación aclara lo ya dicho.

Cabe mencionarse que, corresponderá al Reglamento establecer o, no establecer, los supuestos en los que cabe la suspensión por existir instalado un Tribunal Arbitral, lo que redundará en la discrecionalidad y cuota de

⁶⁰ NAVAS RONDÓN, Carlos. Op. Cit. 92

decisión que tendrán los vocales del Tribunal de Contrataciones para decidir la suspensión del procedimiento sancionador.

4.2 Sustento legal de la suspensión de un procedimiento sancionador por instalación del Tribunal Arbitral

De acuerdo al artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, el plazo de prescripción se suspende por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de la responsabilidad del proveedor o contratista, en el respectivo procedimiento sancionador.

Por su parte, el artículo 50.5 de la Ley N° 30225 señala que cuando para la determinación de la responsabilidad, sea necesario contar previamente, con decisión arbitral o judicial, el plazo de prescripción se suspende por el período que dure dicho proceso jurisdiccional; así como, cuando el Poder Judicial ordene la suspensión del procedimiento sancionador.

Siendo ello así, quien determina si se produce o no la suspensión del procedimiento sancionador es el Tribunal de Contrataciones del Estado.

El Tribunal Arbitral no cuenta con atribuciones para ordenar la suspensión del procedimiento sancionador; esto quiere decir, que aun cuando algún Tribunal Arbitral emita una resolución ordenando la suspensión del procedimiento sancionador, esta decisión no es vinculante para el Tribunal de Contrataciones.

En este sentido, cabe traer a colación que conforme a lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071, todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes, y por su parte, según el artículo 66 del mismo dispositivo legal, la interposición del recurso de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de la garantía acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable.

En este sentido, se entiende que la suspensión termina cuando el Tribunal de Contrataciones toma conocimiento del Laudo, independientemente de que éste sea impugnado en el Poder Judicial, vía recurso de anulación de Laudo, salvo que el Poder Judicial mediante una medida cautelar disponga la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

Ahora bien, de presentarse un recurso de integración, interpretación o aclaración de Laudo a ser resuelto por el propio Tribunal Arbitral, consideramos que no corresponderá levantar la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, toda vez que las resoluciones que el Tribunal Arbitral emita como consecuencia de los recursos de aclaración, interpretación e integración formarán parte de lo laudado, conforme lo establece el propio Decreto Legislativo N° 1071; por lo que si se considera necesario conocer el pronunciamiento del Tribunal Arbitral deberá esperarse a la resolución que se emita resolviendo el recurso.

5. Facultades de los árbitros y ámbito de intervención

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, “Decreto Legislativo que norma el arbitraje” pueden someterse a arbitraje las controversias de libre disposición, conforme a derecho.

De las norma citada tenemos que, el arbitraje sólo puede versar sobre materias de libre disposición, esto es derivadas de la ejecución contractual o posteriores a su resolución o invalidez. La potestad sancionatoria de la administración pública no es una materia de libre disposición y por lo tanto no puede dejarse en manos particulares.

El Tribunal Arbitral no tiene competencia para ejercer la potestad sancionadora atribuida al Tribunal de Contrataciones, ni para eximir de responsabilidad al contratista. La potestad sancionatoria sólo recae en la administración, por lo que queda claro que las competencias de ambos son distintas.

El Tribunal Arbitral tiene facultades para disponer la actuación de medios probatorios, y pronunciarse sobre la actuación, pertinencia y admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes para dilucidar la materia de su competencia, pero no es competente para realizar actividad probatoria para

determinar si el contratista es o no pasible de sanción administrativa.

Siendo ello así, las materias que se discuten en el procedimiento sancionador y en la vía arbitral son distintas y como consecuencia de ello, los fallos de cada órgano también abarcaran materias distintas.

Ello, es independiente de que lo laudado por el Tribunal Arbitral sirva de elemento al Tribunal de Contrataciones para decidir si corresponde o no la sanción administrativa.

El Tribunal de Contrataciones tiene la posibilidad de decidir que requiere del pronunciamiento arbitral para determinar si hay o no responsabilidad del contratista; sin embargo, ello no implica que su competencia se encuentre subordinada a la jurisdicción arbitral. Debe tenerse presente, que las materias de competencia del Tribunal Arbitral y el Tribunal de Contrataciones son sustancialmente distintas.

Marco Antonio Cabera Vásquez y Rosa Quinta Vivanco⁶¹, señalan que la jurisdicción es el género y la competencia es la clase. La competencia es la posibilidad que tiene un órgano de actuar; la Ley le asigna al órgano determinados asuntos que puede o no puede atender. Y la jurisdicción administrativa es la potestad específica que se le otorga al funcionario o autoridad para que ejerza la función asignada por la Constitución y las leyes. El Tribunal Arbitral es un órgano que ejercer jurisdicción, puede administrar justicia y resolver conflictos; sin embargo, no ejerce la potestad sancionatoria reservada a la administración pública.

Ahora bien, la competencia del Tribunal de Contrataciones se encuentra recogida en el artículo 235° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, según el cual la facultad de imponer sanción administrativa de suspensión temporal o definitiva a proveedores o contratistas reside exclusivamente en el Tribunal de Contrataciones. Por su parte, el artículo 51° de la Ley de Contrataciones del Estado, recoge los supuestos de infracción, por los que se impondrá sanción administrativa a los proveedores, postores o contratistas.

⁶¹ CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y Quintana Vivanco, Rosa. Teoría General del Procedimiento Administrativo. Editora y Distribidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición: 2013. p. 211-212

II. **La intervención del Poder Judicial de acuerdo a la normativa de contrataciones del Estado**

La intervención del Poder Judicial en la suspensión de un procedimiento administrativo sancionador puede darse de dos maneras: por existir un proceso judicial en trámite y por una medida cautelar que ordena suspender el procedimiento sancionador.

Actualmente, el Poder Judicial tiene a su cargo la solución de controversias de otra índole como por ejemplo, la presentación de documentación falsa por parte de los contratistas o la definición de la existencia de vicios ocultos, pero no la resolución contractual, materia que se resuelve vía arbitral.

Sin embargo, de los procedimientos suspendidos en el Tribunal de Contrataciones que datan del año 2014, sólo el 3% se encuentran suspendidos por la existencia de un proceso judicial en trámite, referentes a la existencia de documentación falsa o inexacta⁶², ello dado que el mecanismo más usado para suspender un procedimiento administrativo sancionador es el arbitraje ligado a la resolución del contrato.

Hay que tener en cuenta, que conforme al artículo 244° de la Ley de Contrataciones del Estado, la suspensión procede por la tramitación de “proceso judicial”, lo cual no incluye las investigaciones previas a nivel policial o fiscal, puesto que en estos casos en estricto no existe un proceso judicial.

De otro lado, hay supuestos en los que sí se ha activado la vía judicial, pero no puede decirse que ya exista un proceso judicial, como por ejemplo con la sola interposición de la demanda. La norma de contrataciones no establece desde cuándo se entiende que existe un proceso judicial, como sí lo hace para el tema arbitral (con la instalación del Tribunal Arbitral). Dada esta situación, se entendería que existe un proceso judicial ¿con la interposición de la demanda?, ¿con su admisión?, ¿con la contestación de la demanda?

⁶²Fuente: Anexo al Informe N° 05-2015-ARE del 22.06.2015 elaborado para la Secretaría del Tribunal de Contrataciones

Este aspecto intentaría ser precisado en el Reglamento de la Ley N° 30225, toda vez que el proyecto de Reglamento, requiere la existencia de una medida cautelar dictada por el Juez, para suspender el procedimiento sancionador. Sin embargo, este es un proyecto, por lo que aún cabe hacer las preguntas del párrafo anterior.

El supuesto frecuente en que el Tribunal de Contrataciones tendrá que suspender un procedimiento administrativo sancionador por la existencia de un proceso judicial en trámite es esencialmente por temas vinculados a la presentación de información falsa o inexacta.

La presentación de documentación falsa o información inexacta puede realizarse en cualquier momento del proceso de selección o de la ejecución contractual. La Entidad tiene la posibilidad, vía la fiscalización posterior de la documentación e información presentada, de corroborar la veracidad de lo presentado. En caso se observe alguna falsedad debe comunicarlo al Tribunal de Contrataciones del Estado.

1. El avocamiento del órgano administrativo a causa pendiente ante el Poder Judicial

Consideramos conveniente hacer referencia en este punto, al correlato de esta norma con la Constitución Política del Perú de 1993, cuyo artículo 139.2, en su parte pertinente, dispone que: “[...] Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones [...]”.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente **04952-2011-PA/TC**, señala que:

El referido avocamiento, en su significado constitucionalmente prohibido, “consiste en el desplazamiento del juzgamiento de un caso o controversia que es de competencia del Poder Judicial, hacia otra autoridad de carácter gubernamental, o incluso jurisdiccional, sobre asuntos que, además de ser de su competencia, se encuentran pendientes de ser resueltos ante aquel. La prohibición de un avocamiento semejante es una de las garantías que se derivan del principio de independencia judicial.

En primer término, el proceso judicial - y el arbitral- no comparten el mismo fundamento con el procedimiento administrativo sancionador y no versan sobre la misma materia, pues como ya dijimos en un órgano se revisan controversias relacionadas al contrato y en el otro se impone sanción administrativa.

De acuerdo a Juan Carlos Morón Urbina⁶³:

(...) el avocamiento no es más que la acción de desplazar la competencia de otra autoridad para conocer de un caso que originalmente estaba siendo conocido por aquel.”.

En el caso analizado, no existirá un desplazamiento de la competencia, pues la potestad sancionadora en vía administrativa seguirá siendo competencia del Tribunal de Contrataciones, esta potestad no se desplaza ni a la vía judicial ni a la vía arbitral.

En este sentido, en el caso que se crucen en el tiempo la imposición de una sanción y un proceso judicial en el que se discuten materias vinculadas o que se requieren esclarecer previamente a tomar la decisión sobre la sanción, la autoridad administrativa no estará obligada a eximirse del conocimiento del procedimiento sancionador, porque en estos casos no se trata de un supuesto de avocamiento así como, la decisión de suspensión corresponde a la autoridad administrativa.

Así por ejemplo, en la vía judicial puede discutirse la nulidad del contrato o la existencia de vicios ocultos, pero no se discutirá si le corresponde una sanción al contratista.

Siendo ello así, no estamos ante una “causa pendiente” ante el Poder Judicial, ni que la autoridad administrativa vaya a interferir en materias de competencia propias del Poder Judicial, sino más bien que la suspensión obedece a una necesidad de la autoridad administrativa de contar con un pronunciamiento previo que debe ser emitido por el órgano jurisdiccional competente, con la finalidad que su resolución sea concordante con lo resuelto en el Poder Judicial y se respete el debido procedimiento administrativo.

⁶³ Morón Urbina, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica: 2006. p. 286

De este modo, consideramos que la autoridad administrativa no infringiría la norma constitucional si continúa con el procedimiento administrativo sancionador, pero si carecerá de uno de los elementos indispensables para sustentar su pronunciamiento en caso no espere el fallo judicial y éste sea necesario para establecer la responsabilidad del contratista.

El sustento de ello, es además que la legislación no ha establecido cuándo el pronunciamiento de la autoridad judicial es “necesario” o no lo es; es decir, cómo podemos objetivamente determinar que el Tribunal de Contrataciones estuvo obligado a suspender el procedimiento y no lo hizo.

Por su parte, el artículo 64° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala lo siguiente:

Artículo 64.- Conflicto con la función jurisdiccional

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio.

La resolución inhibitoria es elevada en consulta al superior jerárquico, si lo hubiere, aun cuando no medie apelación. Si es confirmada la resolución inhibitoria es comunicada al Procurador Público correspondiente para que, de ser el caso y convenir a los intereses del Estado, se apersona al proceso.

El numeral 64.1 es similar a la norma establecida en el artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, pues se refiere a cuestiones litigiosas que “precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo”. Sería similar a la “necesidad” de contar con el pronunciamiento judicial o arbitral previamente, antes de determinar la responsabilidad del contratista.

Sin embargo, el numeral 64.2 de la Ley N° 27444, requiere que exista estricta identidad entre sujetos, hechos y fundamento, lo cual nos aleja de los casos

de suspensión regulados en la normativa de contrataciones, principalmente porque en el caso de un procedimiento sancionador y una causa pendiente en la vía arbitral o judicial, no existirá identidad de fundamento. Como ya dijimos anteriormente, las materias de competencia son totalmente distintas.

Creemos que este es el motivo, por el cual la normativa de contrataciones no habla de una obligación de “inhibirse” del Tribunal de Contrataciones, pues lo cierto es que la competencia que tiene el Tribunal de Contrataciones no la ostenta ningún otro órgano, ni arbitral ni judicial.

2. Facultades del Poder Judicial y su relación con el procedimiento administrativo sancionador

El artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, fue modificado por el Decreto Supremo N° 080-2014-EF. La modificación añadió, un supuesto para suspensión del procedimiento sancionador que es: “Por disposición del Poder Judicial a través de una medida cautelar que ordene la suspensión del procedimiento sancionador”.

Es preciso resaltar que esta suspensión del procedimiento sancionador – en trámite o antes de su inicio – es distinta y por tanto tiene sustento legal distinto a la suspensión de la sanción ya impuesta, que no es materia del presente trabajo.

Siendo ello así, tenemos que el procedimiento sancionador por intervención del Poder Judicial puede suspenderse de dos maneras, una directa y otra indirecta.

La directa es cuando el propio Poder Judicial notifica al Tribunal de Contrataciones una medida cautelar que ordena la suspensión del procedimiento sancionador, en este caso no cabe análisis alguno de la autoridad administrativa, la medida cautelar debe aplicarse inmediatamente.

El procedimiento administrativo sancionador se suspende por medida cautelar dictada por el Poder Judicial, ello a fin de asegurar el cumplimiento de la sentencia que algún día se dicte.

Al respecto, Pilar Teso Gamella⁶⁴, señala que:

Es la propia esencia y utilidad del proceso lo que está en juego, pues si las medidas cautelares pretenden asegurar el cumplimiento de la sentencia que algún día se dicte, si aquellas no fueron adoptadas o se adoptaron indebidamente la sentencia no podrá ejecutarse, lo que provoca una sensación de frustración y de impotencia de todos los que han intervenido en el proceso (...)

De este manera, en las controversias que se puedan discutir en la vía judicial, la parte interesada podrá solicitar se dicte una medida cautelar destinada a suspender el procedimiento administrativo sancionador y consecuentemente mantener su habilitación para contratar con el Estado.

Cancelada o levantada la medida cautelar el procedimiento administrativo seguirá su curso. Cabe precisar que, el Tribunal Arbitral no es competente para dictar medidas cautelares que suspendan un procedimiento sancionador. La medida cautelar para que se oponible y de aplicación por el Tribunal de Contrataciones debe ser emitida por el Poder Judicial.

De igual modo, dado que la medida cautelar sigue la suerte del proceso principal, resuelto el principal la medida cautelar también será cancelada.

Las medidas cautelares son de cumplimiento obligatorio e inmediato, no son relevantes para que el Tribunal de Contrataciones pueda determinar la responsabilidad del contratista, sólo debe suspender el procedimiento. Como bien lo afirma Carlos Navas Rondón⁶⁵, la medida cautelar conseguida en un proceso no contencioso administrativo es siempre una opción que permite al presunto infractor seguir contratando con el Estado mientras ésta dure y no sea revocada.

Sin embargo, la indirecta deja un margen de análisis al Tribunal de Contrataciones del Estado. En este supuesto, el contratista (generalmente) o la Entidad, comunican al Tribunal de Contrataciones que existe un proceso judicial en curso. El Tribunal de Contrataciones se verá ante la misma disyuntiva que afronta cuando se le comunica la instalación de un Tribunal

⁶⁴TESO GAMELLA, Pilar. Medidas cautelares y derecho sancionador. En: Actualidad Administrativa Vol. 2, 2000. p. 61

⁶⁵ NAVAS RONDÓN, Carlos. Op. Cit. p. 90.

Arbitral: determinar si el proceso judicial es “necesario” para determinar la responsabilidad en el procedimiento sancionador.

En este punto debe tenerse presente que el Reglamento de la Ley de Contrataciones no indica cuándo se entiende que ya existe un proceso judicial, no indica las materias sobre las que puede versar éste y tampoco señala un plazo para la suspensión del procedimiento administrativo.

El tema del plazo es importante sobre todo cuando hablamos de procesos que se ventilan ante el Poder Judicial, los cuales pueden durar años y pueden ejercitarse procesos judiciales sucesivos con sus respectivas instancias.

Por ejemplo, podemos discutir en la vía judicial la nulidad del contrato, una vez la resolución tenga la calidad de cosa juzgada, puede discutirse, en un nuevo procedimiento judicial la indemnización por daños y perjuicios, esto ¿ocasionará que el procedimiento permanezca suspendido? La normativa de contrataciones no dice nada al respecto, no establece que el Tribunal de Contrataciones puede reevaluar la causal de suspensión o si el Poder Judicial debe emitir alguna decisión para mantener la suspensión.

Algunos podrían considerar que la vía arbitral es una vía más idónea para obtener la celeridad de la decisión sobre todo si esto es lo que se necesita cuando se cruzan en el tiempo con un procedimiento administrativo sancionador; sin embargo, ello depende de cada procedimiento en particular, no existiendo un tiempo más favorable de manera general, por lo que no podemos aseverar que una vía sería más conveniente que la otra.

En cuanto a las facultades probatorias de los jueces, tenemos que en principio no se discute en la vía judicial la misma materia que en la vía administrativa, por lo que los medios probatorios del proceso judicial deberían de estar destinados a probar las pretensiones que son parte de la competencia judicial. Decimos que en principio, porque si bien no se trata de las mismas materias, la autoridad administrativa no puede desconocer lo resuelto por el Poder Judicial, por lo que en caso los asuntos se encuentren vinculados deberá dar por cierto lo ya evaluado en la vía judicial.

III. ¿Conflicto de competencias o subordinación? La Ley N° 27444

Teniendo en cuenta lo revisado hasta ahora, estamos en condiciones de abordar si existe o no un conflicto de competencias entre el Tribunal Arbitral y el Poder Judicial y el Tribunal de Contrataciones.

De acuerdo a lo expresado por Juan Carlos Morón Urbina⁶⁶, al referirse a la relación entre la actividad administrativa y la actividad judicial, la prelación de órdenes comprende cuando la decisión de una opera como condición habilitante para el pronunciamiento de la otra y la exclusión de competencias cuando alguna de ellas absorbe íntegramente la competencia.

Ahora bien, en los procedimientos administrativos sancionadores, la decisión de la autoridad judicial o arbitral puede resultar necesaria para la determinación de la responsabilidad del contratista, pero esto no la convierte en requisito habilitante para que el Tribunal de Contrataciones pueda ejercer su facultad sancionatoria.

En efecto, debemos tener en cuenta que de acuerdo a la normativa de Contrataciones con el Estado, el Tribunal de Contrataciones no se encuentra obligado a suspender el procedimiento sancionador sino que debe evaluar la necesidad de contar con el pronunciamiento judicial o arbitral. En este caso, si el Tribunal decide no suspender el procedimiento, igual podrá emitir una resolución que culmine el procedimiento administrativo.

El Tribunal Arbitral, el Poder Judicial y el Tribunal de Contrataciones tienen competencias distintas, cuyos momentos de resolución de los conflictos materia de sus competencias, pueden coincidir en un mismo período.

Ello, en vista que por el derecho de acción alguna de las partes, requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. La acción es el medio por el cual un particular hace valer sus derechos, mientras que el Tribunal de Contrataciones ejerce la potestad sancionatoria con base de derecho público.

⁶⁶MORÓN URBINA, Juan Carlos: Op. cit. p. 285

En palabras de Jorge Carrión Lugo⁶⁷:

(...), dentro de este tipo de organización, se reconoce a los ciudadanos la atribución de requerir su intervención cuando sus derechos se hallen lesionados, desconocidos, incumplidos, o cuando se presente una incertidumbre jurídica. Esta facultad de las personas constituye la acción.

La normativa de contrataciones otorga la posibilidad de que vía el derecho de acción, pueda esperarse la tutela de algún derecho o la satisfacción de una pretensión a través de la vía arbitral o judicial. El problema no es el derecho de acción o la posibilidad que el contratista recurra a la vía judicial o arbitral, pues es totalmente previsible la existencia de algún derecho afectado o controversia que deba ser dilucidada, surgida durante la ejecución contractual.

El inconveniente no radica en que se establezca la posibilidad de recurrir a la vía arbitral o judicial para dirimir controversias derivadas de la relación contractual. El problema se presenta cuando la activación de estas vías es usada para entorpecer el procedimiento administrativo sancionador.

Por su parte, las materias de competencia del Tribunal Arbitral se encuentran expresamente señaladas en la normativa de contrataciones, así como, se establece también las materias que son susceptibles de ser sometidas a arbitraje. La determinación de la responsabilidad y sanción al contratista no es una materia arbitrable.

Considerando esto, podemos concluir que no se trata de un conflicto de competencias ni de la existencia de un orden de prelación, sino que lo que se estaría buscando con la suspensión del procedimiento administrativo sancionador es no tener pronunciamientos contradictorios; es decir, por ejemplo, que se someta a un arbitraje la resolución de contrato por incumplimiento del contratista y que antes que se expida el Laudo, el Tribunal resuelva sancionando al contratista, mientras que posteriormente se expida el Laudo y se declare la nulidad de la resolución del contrato. Evidentemente en este caso, la determinación de la responsabilidad del contratista por haberse resuelto el contrato por causas imputables a él, requería contar previamente con el Laudo.

⁶⁷ CARRIÓN LUGO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editora Jurídica Grijley. 2007. p. 67

En este sentido, no podemos hablar de un conflicto de competencias o de que el Tribunal Arbitral esté obligado a esperar un pronunciamiento arbitral o judicial si considera que no es pertinente para lo que se discute en la vía administrativa, pues no hay ninguna norma que lo obligue a ello.

De otro lado, nos queda claro que tampoco estamos ante una subordinación jerárquica. El Tribunal de Contrataciones no se encuentra subordinado al Tribunal Arbitral ni viceversa, las materias de su competencia son distintas, por lo que en principio pueden emitir sus pronunciamientos con total autonomía.

Por su parte, el artículo 64° de la Ley N° 27444, norma de aplicación supletoria señala lo siguiente:

64.1 Cuando, durante la tramitación de un procedimiento, la autoridad administrativa adquiere conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa entre dos administrados sobre determinadas relaciones de derecho privado que precisen ser esclarecidas previamente al pronunciamiento administrativo, solicitará al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas.

64.2 Recibida la comunicación, y sólo si estima que existe estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, la autoridad competente para la resolución del procedimiento podrá determinar su inhibición hasta que el órgano jurisdiccional resuelva el litigio. (...)

La norma citada, no sería de aplicación a la contratación estatal puesto que en este caso existe norma especial que regula la suspensión. Sin embargo, en la Ley N° 27444 encontramos virtudes que no se contemplan en la normativa de contrataciones del Estado. Así por ejemplo, de acuerdo a la Ley N° 27444, la autoridad administrativa “solicita” al órgano jurisdiccional comunicación sobre las actuaciones realizadas. Esta comunicación entre la autoridad judicial y administrativa no se prevé en el caso de la contratación estatal.

Asimismo, en el caso del procedimiento administrativo general debe existir una “estricta” identidad de sujetos, hechos y fundamento, para que la autoridad administrativa determine su inhibición.

Sobre este último punto, es preciso acotar que no existirá entre el procedimiento judicial o arbitral y el procedimiento administrativo sancionador identidad de fundamento, toda vez que lo que se discute en el procedimiento sancionador es en estricto es la sanción ante la comisión de una infracción más no si el contrato se encuentra o no bien resuelto, si existe o no vicios ocultos, etc.

En este sentido, si bien es cierto que la sanción administrativa una vez quede firme en esta vía, podrá ser revisada en la vía judicial, no quiere decir que las materias de origen y que coexisten en el tiempo en ambas vías sean las mismas.

Siendo ello así, es más importante aún, el ser precavido en decidir en qué casos cabe o no la suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

Entonces de ¿dónde sale la necesidad de suspender el procedimiento? Creemos que la necesidad surge precisamente para no tener pronunciamientos inconsistentes o que se interpongan uno con el otro.

Ello, tampoco constituye al pronunciamiento judicial o arbitral en una vía previa para el procedimiento sancionador, dado que en algunos casos el supuesto infractor o Entidad ejercerá su derecho a impugnar en la vía judicial o arbitral una materia relacionada al procedimiento sancionador y en otros casos no lo hará, teniendo el Tribunal de Contrataciones que resolver con lo que cuente en el expediente administrativo.

Planteado así este tema, en principio no existiría ningún inconveniente en que exista la disposición del artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la misma estaría justificada. Sin embargo, el problema es la aplicación de dicha norma y lo que causa.

Como vimos en el primer capítulo, la finalidad del procedimiento sancionador es que los contratos se cumplan y que se cumplan debidamente, de manera tal que se satisfaga este interés público que se encuentra detrás de la contratación que realiza el Estado.

Con un uso inadecuado, el artículo 244° del Reglamento de la Ley de

Contrataciones se convierte en una herramienta otorgada al supuesto infractor para suspender el procedimiento sancionador. El procedimiento arbitral o proceso judicial en algunos casos, no se inicia para lograr la satisfacción de una pretensión derivada de la relación contractual sino para lograr simplemente que se suspenda el procedimiento administrativo sancionador. Cuando esto sucede es que estamos ante un problema que nos indica que algo no funciona y debe replantearse.

En este sentido, al no establecerse parámetros para el uso de esta posibilidad de suspensión ni lineamientos claros y objetivos para que el Tribunal de Contrataciones pueda suspender el procedimiento, tenemos como consecuencia procedimientos suspendidos por largos años y procedimientos suspendidos sin que la materia que se discuta en la vía arbitral o judicial realmente sea necesaria para determinar la responsabilidad administrativa.

Terminado este capítulo, la pregunta a contestar en el siguiente capítulo es si realmente la sanción es el mecanismo único o más idóneo para disuadir al contratista de incumplimiento y de otro lado, si puede establecerse un diseño normativo que cumpla la finalidad de hacer que los contratos se cumplan debidamente de manera más eficiente.

Conclusiones Parciales

1. La causa de que los procedimientos administrativos sancionadores tengan vinculación con el proceso arbitral, es por ser el arbitraje el método de resolución de controversias en la contratación estatal.
2. La causa más frecuente de suspensión de procedimientos sancionadores en el Tribunal de Contrataciones del Estado, es por existir un Tribunal Arbitral instalado que resolverá sobre controversias vinculadas a la resolución del contrato por incumplimiento del contratista, los cuales ascienden aproximadamente al 70% del número total de expedientes sancionadores que se encuentran suspendidos en el Tribunal de Contrataciones.

3. La posibilidad del árbitro de decidir qué pruebas considera pertinentes y de actuar pruebas de oficio en búsqueda de la verdad material, es como una manifestación de la flexibilidad del arbitraje que redundando directamente en los plazos de duración del mismo.
4. Las infracciones más comunes objeto de sanción en el Tribunal de Contrataciones del Estado, en este orden, son: i) Presentación de documentación falsa o inexacta, ii) No mantener la oferta y no suscripción injustificada del contrato y, iii) Resolución del contrato por causa atribuible al contratista. Esta tendencia se ha mantenido durante los meses de enero a agosto de 2015, según la información elaborada por la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.
5. No siempre existe la misma convicción sobre que se requiera el pronunciamiento arbitral o judicial para definir el fondo del procedimiento sancionador, o por lo menos no hay norma que obligue a la Sala del Tribunal de Contrataciones a actuar de una manera u otra.
6. Si no se ha acreditado la responsabilidad del contratista en la resolución del contrato, éste no será pasible de sanción. El esperar el laudo arbitral en casos en los que se está discutiendo la resolución contractual constituye parte de estas diligencias necesarias que debe realizar el Tribunal de Contrataciones para tener convicción de que se ha configurado la infracción.
7. El Tribunal Arbitral no tiene competencia para ejercer la potestad sancionadora atribuida al Tribunal de Contrataciones, ni para eximir de responsabilidad al contratista.
8. El Tribunal de Contrataciones tiene la posibilidad de decidir que requiere del pronunciamiento arbitral para determinar si hay o no responsabilidad del contratista; sin embargo, ello no implica que su competencia se encuentre subordinada a la jurisdicción arbitral. Las materias de competencia del Tribunal Arbitral y el Tribunal de Contrataciones son sustancialmente distintas.

9. No se trata de un conflicto de competencias ni de la existencia de un orden de prelación, sino que lo que se estaría buscando con la suspensión del procedimiento administrativo sancionador es no tener pronunciamientos contradictorios.
10. El pronunciamiento judicial o arbitral tampoco constituye una vía previa para el procedimiento sancionador, dado que en algunos casos el supuesto infractor o Entidad ejercerá su derecho a impugnar en la vía judicial o arbitral una materia relacionada al procedimiento sancionador y en otros casos no lo hará, teniendo el Tribunal de Contrataciones que resolver con lo que cuente en el expediente administrativo.
11. De los procedimientos suspendidos en el Tribunal de Contrataciones que datan del año 2014, sólo el 3% se encuentran suspendidos por la existencia de un proceso judicial en trámite, referentes a la existencia de documentación falsa o inexacta.
12. La suspensión obedece a una necesidad de la autoridad administrativa de contar con un pronunciamiento previo que debe ser emitido por el órgano jurisdiccional competente, con la finalidad que su resolución sea concordante con lo resuelto en el Poder Judicial y se respete el debido procedimiento administrativo.
13. El numeral 64.2 de la Ley N° 27444, requiere que exista estricta identidad entre sujetos, hechos y fundamento, lo cual nos aleja de los casos de suspensión regulados en la normativa de contrataciones, principalmente porque en el caso de un procedimiento sancionador y una causa pendiente en la vía arbitral o judicial, no existirá identidad de fundamento.
14. Las medidas cautelares son de cumplimiento obligatorio e inmediato, no son relevantes para que el Tribunal de Contrataciones pueda determinar la responsabilidad del contratista, sólo debe suspender el procedimiento. Es siempre una opción que permite al presunto infractor seguir contratando con el Estado mientras ésta dure y no sea revocada.

CAPÍTULO III

“El diseño actual del procedimiento administrativo sancionador en la Ley de Contrataciones y su Reglamento, sus consecuencias y alternativas”

El presente capítulo contiene las consecuencias del diseño actual de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones estatales y las alternativas que se plantean para salvar sus deficiencias, todo ello con vistas a lograr que este procedimiento cumpla con su finalidad (desarrollada en el capítulo 1) y en concordancia con el papel que juega el arbitraje y la solución de controversias en la vía judicial (que se ha desarrollado en el capítulo 2), dentro de las contrataciones con el Estado.

En este capítulo se utiliza pronunciamientos emitidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, que permitirán observar y sustentar el problema existente y que ha ocasionado el interés en el presente trabajo. Asimismo, se plantea lo que hemos considerado rescatable de las legislaciones de otros países en cuanto al procedimiento de sanciones en las compras estatales y la regulación de la suspensión del procedimiento sancionador en otros organismos estatales. Todo ello permitirá plantear alternativas al diseño actual que cubran o eviten algunos de los problemas presentados actualmente.

I. Consecuencias del diseño actual de la suspensión de los procedimientos administrativos sancionadores en las contrataciones estatales

La actual normativa de contrataciones públicas (Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y normas modificatorias) no establece mayores requisitos para la suspensión de un procedimiento administrativo sancionador que: i) la instalación de un Tribunal Arbitral y ii) la existencia de una causa pendiente ante el Poder Judicial, siendo que en ambos casos el Tribunal de Contrataciones del Estado debe considerar necesario el pronunciamiento arbitral o judicial para establecer la responsabilidad del contratista en el procedimiento administrativo sancionador.

El proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado – aún no vigente – propone una modificatoria a los supuestos de suspensión del procedimiento administrativo sancionador:

Artículo 225- Suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

El Tribunal puede suspender el procedimiento administrativo sancionador:

1. Cuando exista medida cautelar dictada por autoridad judicial que lo disponga.
2. A solicitud de parte, en caso presente el acta de instalación del árbitro único o Tribunal Arbitral, siempre que la materia controvertida se refiera a: i) resolución o nulidad de contrato efectuada por la Entidad, ii) vicios ocultos, iii) en el caso de la infracción establecida en el literal g) del artículo 50 de la Ley, cuando se considere necesario conocer la decisión arbitral para resolver. La Entidad, bajo responsabilidad, debe comunicar al Tribunal la conclusión del arbitraje, remitiendo el documento correspondiente en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso.

En tal sentido, en cuanto a procesos pendientes en el Poder Judicial, el proyecto de Reglamento modificaría la norma actual, señalando que sólo una medida cautelar dictada por el Juez suspendería el procedimiento administrativo sancionador. Tal y como se encuentra redactada la norma actualmente vigente, bastaría la existencia de un proceso judicial acreditado por alguna de las partes y no es necesario que exista una medida cautelar dictada por el Juez.

Consideramos que este cambio será positivo pues hay que tener en cuenta como hemos visto en el Capítulo II, que no se trata de un problema de avocamiento de la autoridad administrativa a causas pendientes ante el Poder Judicial que sí ocasionarían que la autoridad administrativa deba abstenerse de continuar con el procedimiento, sino que se trata de materias distintas que podrían ser vistas en un mismo momento por dos autoridades también distintas.

En este sentido, consideramos legalmente correcto que sólo una medida cautelar dictada por el Juez tenga fuerza vinculante para que la autoridad administrativa suspenda el procedimiento sancionador; así como, ello coadyuvaría a disminuir la posibilidad de discrecionalidad de la Sala del Tribunal de Contrataciones para determinar en qué casos requiere o no el pronunciamiento del Poder Judicial.

En cuanto a procesos arbitrales, el proyecto de Reglamento mantiene la necesidad de presentar el acta de instalación del árbitro único o Tribunal Arbitral, pero precisa las causales de infracción en las cuales procedería la suspensión del procedimiento sancionador por existir un proceso arbitral en trámite: i) resolución o nulidad de contrato efectuada por la Entidad, ii) vicios ocultos (controversia que en el Decreto Legislativo N° 1017 correspondía ser dilucidada en la vía judicial y

actualmente se otorga competencia a la vía arbitral)⁶⁸ y iii) el literal g) del artículo 50 de la Ley N° 30225 referido a negarse el proveedor injustificadamente a cumplir las obligaciones derivadas del contrato cuando éstas deban verificarse con posterioridad al pago o cuando el pago ya se hubiera efectuado, en el caso que el Tribunal de Contrataciones considere necesario conocer la decisión arbitral para resolver.

Es decir, en el caso de los procesos arbitrales, de aprobarse en estos términos el nuevo Reglamento, se precisará los supuestos de infracción en los que podrá suspenderse el procedimiento administrativo sancionador. Asimismo, se mantendría la posibilidad de suspender el procedimiento sancionador en los casos de resolución o nulidad del contrato efectuada por la Entidad, que son los supuestos más frecuentes de suspensión, tal y como se vio en el Capítulo II.

Sin embargo, no se observa en el proyecto de Reglamento modificaciones que incidan y/o aminoren el uso indebido del arbitraje para suspender un procedimiento sancionador y evitar la sanción, por lo que las observaciones que han justificado esta tesis se mantendrían aún de aprobarse el Reglamento de la Ley N° 30225.

Ahora bien, como hemos visto en los capítulos anteriores, detrás de todo contrato que celebra la administración pública con particulares para la satisfacción de una necesidad, hay un interés público que subyace y que sólo se ve satisfecho con la ejecución debida del contrato.

El procedimiento administrativo sancionador, no es una medida directa para proteger el cumplimiento del contrato, sino que es posterior a la verificación del incumplimiento contractual y a la resolución del contrato. Ello, obviamente sin perjuicio de encontrarse en la sanción, aunque de manera indirecta, una función preventiva; es decir, que su posibilidad de imposición haga que los contratistas cumplan con lo pactado y que en lo sucesivo un contratista sancionado ya no vuelva a infringir la Ley.

Es entonces en esta función preventiva de la sanción, en que consideramos debe

⁶⁸ El literal f) del artículo 50° de la Ley N° 30225, establece como causal de infracción no proceder al saneamiento de los vicios ocultos en la prestación a su cargo, según lo requerido por la Entidad, cuya existencia haya sido reconocida por el contratista o declarada en la vía arbitral.

incidirse, si se quiere que la sanción aporte a la ejecución debida del contrato y a la satisfacción del interés público.

Así, como bien lo señala Juan Carlos Cassagne⁶⁹, las normas que regulan la contratación pública, dentro de las que se encuentran también las que regulan el procedimiento administrativo sancionador en esta materia, tendrán como marco general asegurar y preservar que la necesidad pública se vea atendida:

Esa actividad – el servicio público⁷⁰ - cuando es prestada por un particular, se encuentra regida por un régimen que es el común de la función administrativa, instituido para asegurar la continuidad, igualdad, regularidad y obligatoriedad de las prestaciones, que satisfacen primordiales necesidades públicas.

En este sentido, las normas que componen el derecho administrativo sancionador, si bien no se encuentran directamente relacionadas al cumplimiento contractual, deben cuadrar dentro de este objetivo del ordenamiento, que es que se cumpla la satisfacción del interés público, operando como un mecanismo de coacción para el cumplimiento de las normas y para castigar su incumplimiento.

Partiendo del presupuesto, que las normas deben dirigirse a asegurar que la necesidad pública se vea atendida, las normas que regulan el procedimiento administrativo sancionador deberían cumplir su finalidad aún en el caso de que exista la necesidad de suspender el procedimiento sancionador. En el peor de los casos, debería de minimizarse las posibilidades de mal uso de la posibilidad de suspensión y que sólo se usada en casos estrictamente necesarios.

En el caso de los procedimientos suspendidos, al postergarse la emisión de la resolución de sanción, el presunto infractor podrá seguir operando en el mercado, presentando propuestas en procesos de selección del Estado, ganar la buena pro y suscribir contratos con el Estado.

1. Los procedimientos administrativos sancionadores una vez que se levanta la suspensión

⁶⁹CASAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo II. Palestra Editores. Lima: 2010. p. 401

⁷⁰Este autor hace una distinción entre servicio público (puentes, carreteras por ejemplo) y actividades de interés público (como la enseñanza), ambas son actividades del Estado cuya contratación con particulares se encontrará regida por la normativa de contrataciones, pero no es objeto del presente trabajo entrar a analizar dicha diferencia.

La suspensión surte efectos a partir del acuerdo del Tribunal de Contrataciones que así lo determine y en tanto dicho órgano no sea comunicado de la sentencia judicial o laudo que dé término al proceso.

Debe tenerse en cuenta que el Reglamento vigente ni la propuesta de Reglamento establecen un plazo máximo ni mínimo por el cual deba mantenerse la suspensión del procedimiento administrativo. La suspensión se da por un hecho fáctico: la existencia de un proceso arbitral o judicial y en consecuencia sólo se levantará una vez que se cuente con el laudo o con la sentencia judicial, para lo cual no existe un tiempo determinado, lo cual dependerá del destino del proceso arbitral o judicial.

Siendo ello así, el levantamiento de la suspensión podría darse transcurrido un tiempo bastante largo, en el cual puede haberse modificado la situación jurídica de las empresas infractoras, las cuales en algunos casos pueden haber dejado de operar en el mercado, fusionadas, dadas de baja en SUNAT, etc.

En ese sentido, no es lo mismo sancionar a una empresa a los 6 meses de iniciado el procedimiento sancionador, que es el tiempo legal promedio que durará un procedimiento administrativo sancionador no suspendido, que sancionar una empresa a los 5 años o 10 años de iniciado el procedimiento, cuando ésta ya ha sido dada de baja por la SUNAT o cuando no pueda ser ubicado su domicilio legal, por no tener RNP vigente o haber sido dada de baja por la SUNAT.

En este aspecto, la notificación de la sanción cobra especial importancia pues al no ser posible notificar la sanción al presunto infractor, la sanción no será eficaz.

Respecto a la eficacia del acto administrativo, Juan Carlos Morón Urbina⁷¹ señala:

Un acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado a su destinatario o publicado (...). El objetivo, el fin, la integración del acto administrativo, se concreta desde el momento en que el interesado a quien va dirigido, toma

⁷¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. cit. pp. 170-171.

conocimiento de su existencia. Es entonces, cuando la actuación adquiere eficacia, no antes ni después.

En el caso de la resolución que sanciona a un proveedor, el efecto de la sanción es inhabilitarlo para contratar con el Estado. En los procedimientos suspendidos este efecto no se cumplirá si es que la sanción no llega a notificarse al infractor.

1.1 La importancia de la notificación de la sanción

De acuerdo al numeral 3 del apartado VI Disposiciones Generales de la Directiva N° 008-2012-OSCE/CD "*Disposiciones que regulan Decretos y Resoluciones y/o Acuerdos del Tribunal de Contrataciones del Estado y su notificación, así como la programación de audiencias y lecturas de expedientes*", aprobada por Resolución N° 283-2012-OSCE/PRE del 18 de setiembre de 2012, en el caso del procedimiento sancionador los decretos se notifican a través del *Toma Razón Electrónico* de la página web del OSCE, al cual la Entidad y el contratista acceden con la clave de acceso que se les notificará de manera personal. Asimismo, la Directiva precisa que la notificación de la clave se realizará con la notificación del inicio del procedimiento sancionador y en los procedimientos ya iniciados con el decreto de impulso del procedimiento.

En el caso que el Tribunal de Contrataciones no cuente con domicilio cierto para efectuar la notificación del inicio de procedimiento sancionador al presunto infractor, hasta antes del Decreto Supremo N° 080-2014-EF, no existía una norma que estableciera la presunción de un domicilio legal en defecto de un domicilio declarado por el presunto infractor, con el consecuente problema de tener certeza sobre la validez de las notificaciones que se realizaban.

Ello, ha sido subsanado en el artículo 247° del Decreto Supremo N° 080-2014-EF que modificó el Reglamento de la Ley de Contrataciones, según el cual la notificación del inicio del procedimiento sancionador se efectúa de forma personal al proveedor o proveedores emplazados, en el domicilio que se haya consignado ante el RNP, siempre que éste sea el último domicilio consignado ante el OSCE y cuando la inscripción haya caducado, el emplazamiento a personas naturales se realiza en el

domicilio que se consigna en el Documento Nacional de Identidad y en el caso de personas jurídicas, en el último domicilio consignado en el Registro Único de Contribuyentes de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria.

El establecer un orden de prelación para los medios de notificación, otorga certeza no sólo al administrado sino a la administración, la que ante la ausencia de un domicilio proporcionado por el presunto infractor, podrá establecer un domicilio cierto en el cual las notificaciones serán eficaces.

Al respecto, Juan Carlos Morón Urbina⁷² señala que;

(...) la notificación de los actos administrativos específicos o particularizados que crean, extinguen o modifican un derecho particular y concreto, es la forma por excelencia cómo se materializa la protección del administrado por el poder público, toda vez que por su intermedio se permite al administrado estar en situación de conocer la decisión administrativa que lo vincula, sus fundamentos y antecedentes, para consentirla o impugnarla según sus intereses.

El procedimiento de la notificación forma parte de las garantías que debe tener todo procedimiento administrativo, ya que el administrado sólo podrá defenderse y cuestionar la decisión administrativa si ha tomado debido conocimiento de lo actuado en forma oportuna. Una decisión que se emita pero no sea notificada no tendrá ningún efecto jurídico hacia terceros.

1.2 El problema en las notificaciones reflejado en los pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones

Tratándose de expedientes sancionadores suspendidos, en muchos casos el infractor no contará con registro vigente ante el Registro Nacional de Proveedores. Estando con la inscripción caduca en el Registro Nacional de Proveedores, corresponderá en el caso de personas jurídicas usar como domicilio legal el consignado en el Registro

⁷²MORÓN URBINA, Juan Carlos. Op. Cit. p. 179

Único de Contribuyentes de SUNAT.

Sin embargo, en algunos casos, por el paso del tiempo se trata de empresas no habidas (no ubicadas por SUNAT en el domicilio declarado) o de empresas que han sido dadas de baja, esto último, significa que como tales ya no operan en el mercado.

Siendo ello así, la demora en la sanción puede implicar la imposibilidad de notificar la misma y en los casos más extremos que el sancionado ya no exista jurídicamente, por lo que no la sanción no podrá hacer efectiva. En estos casos, el procedimiento sancionador no cumplirá ninguna finalidad.

A continuación vemos algunos casos de procedimientos suspendidos en los que la imposición de sanción demoró varios años y se presenta el inconveniente descrito⁷³:

- **Expediente N° 506-2002.TC**

Sancionado: SHANOG S.A. con RUC N° 20155924277

Condición de la empresa en el RUC: BAJA DE OFICIO – NO HABIDO

Fecha de Baja: 31.07.2014

<i>Suspensión</i>	<i>Levanta suspensión y sanciona</i>	<i>Tiempo transcurrido</i>	Motivo
Acuerdo N° 103/ 2003 .TC-S1	Resolución N° 3381-2014.TC-S2 del 17.12. 2014	11 años	Se suspendió sólo con el dicho del presunto infractor sobre existencia de arbitraje ⁷⁴ .

Con Resolución N° 3381-2014.TC-S2, la Segunda Sala del Tribunal de Contrataciones sancionó a la empresa luego de 11 años de mantener suspendido el procedimiento sancionador. Este caso es especial, puesto

⁷³ Obtenido a partir de las resoluciones de imposición de sanción publicadas en <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/resoluciones-emitidas-por-el-tribunal>

⁷⁴ Fuente: Página institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

que la suspensión no se levanta finalmente por la notificación del Laudo Arbitral sino por la constatación que nunca se entabló un arbitraje. Al respecto, la Resolución N° 3381-2014.TC-S2 señala lo siguiente:

(...) se concluye que la Entidad, ante el incumplimiento de las obligaciones por parte del Contratista, cumplió formalmente con el procedimiento de resolución contractual establecido en la normativa aplicable, y que las partes no entablaron procedimiento arbitral en relación a la controversia surgida entre ellas.

La anterior normativa de contrataciones, no establecía cuándo se entendía que existía un proceso arbitral para suspender un procedimiento administrativo sancionar. Ello fue precisado en el numeral 2 del artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, que señala: “En caso de procesos arbitrales, se entiende iniciada la tramitación a partir de la instalación del árbitro o del tribunal arbitral”.

- **Expediente 1458-2006.TC**

Sancionado: 1) Mygsa S.A.C. con RUC N°20154696092

2) Shungo Ingenieros S.A.C. con RUC N°20505320205

Condición: 1) Baja de oficio – No habido

2) Activo No habido

<i>Suspensión</i>	<i>Se levanta suspensión y sanciona</i>	<i>Tiempo transcurrido</i>	<i>Motivo</i>
Acuerdo N° 164/2007.TC-S2	Resolución N° 053-2015-TC-S2	8 años	El 26 de agosto de 2014 la Entidad remitió copia de la Resolución N° 36 del 20 de agosto de 2009, recaída en el proceso arbitral, mediante la cual el Tribunal arbitral resolvió archivar definitivamente el proceso arbitral sin pronunciamiento sobre el fondo.

En el caso del Expediente N° 1458-2006.TC, el procedimiento sancionador se mantuvo suspendido por cerca de 8 años. El Laudo Arbitral fue emitido en el 2009 pero remitido al Tribunal de Contrataciones en el 2014, esto es 5 años después de emitido. Es más en el 2009, el proceso arbitral se archivó sin pronunciamiento sobre el fondo, por lo que en estricto la suspensión no aportó nada al procedimiento. Ello, trae a colación que la normativa actual no establece ningún plazo para remitir el laudo o sentencia judicial al Tribunal de Contrataciones ni tampoco una consecuencia para la Entidad o contratista que no cumpla con poner el laudo o sentencia en conocimiento oportuno del Tribunal.

En el presente caso, a la fecha de la sanción, uno de los sancionados se encontraba con baja de oficio y el otro con condición de no habido.

- **Expediente N° 2122/2007.TC**

Sancionado: Servicios Generales Mantenimiento Cuvema S.R.L.con R.U.C. N° 20431026482.

Condición: Baja de Oficio – No habido desde el 2013

<i>Suspensión</i>	<i>Se levanta suspensión y sanciona</i>	<i>Tiempo transcurrido</i>	<i>Motivo</i>
Acuerdo N° 428/2010.TC-S1	Resolución N° 2414-2014-TC-S4	4 años	El 9 de junio de 2014, se informó al Tribunal que el proceso arbitral se encuentra archivado por falta de pago.

En el Expediente N° 2122/2007 el proceso arbitral se archivó por falta de pago, sin pronunciamiento sobre el fondo. Como se vio en el Capítulo 2, el arbitraje puede frustrarse por falta de pago del contratista y falta de interés de la Entidad para continuar con el procedimiento arbitral. Sin embargo, ello sucede después de la instalación del Tribunal Arbitral, que es condición suficiente para suspender el procedimiento administrativo sancionador.

- **Expediente N° 4787-2008.TC**

Sancionado: Integrantes del CONSORCIO ULCUMAYO-SAN ROMAN

Uno de los integrantes del Consorcio, DOBLE L CONSTRUCCIONES SRL- se encuentra No habido y con Baja de Oficio desde el 31.12.2014

Suspensión	Se mantiene la suspensión a la fecha	Tiempo transcurrido	Motivo
Acuerdo N° 430/2010.TC-S4		5 años	Falta Laudo Arbitral

El procedimiento sancionador signado con el Expediente N° 4787-2008.TC se encuentra suspendido a la fecha, sin embargo, la presunta empresa infractora se encuentra con baja de oficio desde el 31.12.2014.

- **Expediente N° 5054-2008.TC**

Sancionados: Bahua Constructores S.R.L.con R.U.C. N° 20527852197, Constructora Minka S.R.L. y Constructora Aro Contratistas Generales S.R.L.

Condición de Bahua Constructores S.R.L.:Baja de Oficio desde el 30.06.2010

Suspensión	Se levanta la suspensión y sanciona	Tiempo transcurrido	Motivo
Acuerdo N° 488/2011.TC-S4		4 años	Falta Laudo Arbitral

En el caso del expediente N° 5054-2008.TC, lo especial es que al momento del acuerdo de suspensión expedido en el 2011, uno de los integrantes del Consorcio, ya se encontraba con baja de oficio, condición que no es verificada por el Tribunal de Contrataciones durante el curso del procedimiento. Sin embargo, en el caso de empresas con baja de oficio, la sanción no cumplirá su finalidad.

Obviamente, hay casos en los que pese al tiempo transcurrido de suspensión, el presunto infractor es ubicable y se encuentra operando en el mercado, como por ejemplo en los casos siguientes:

- **Expediente N° 265-2005.TC**

Sancionado: **LUIS ALBERTO TELLO HIDALGO**, con RUC N° 10085137307

Condición: Activo

Suspensión	Levanta suspensión y sanciona	Tiempo transcurrido	Motivo
Acuerdo N° 262/2005.TC-SU	Resolución N° 255-2005.TC-S4 05.02.2015	10 años	Se considera que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral es necesario

- **Expediente 101-2005.TC**

Presunto infractor: Gamonal León Buenaventura

Condición: Activo

Suspensión	Se mantiene la suspensión	Tiempo transcurrido	Motivo
Acuerdo N° 382/2005.TC-SU Acuerdo N° 618/2012.TC-S3 Acuerdo N° 276/2015.TCE-S1		10 años	Se considera que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral es necesario

1.3 Contrataciones realizadas por el presunto infractor durante el período de suspensión

Con la suspensión del procedimiento sancionador se posterga la imposición de la sanción y el presunto infractor puede continuar participando en procesos de selección y contratando con el Estado. Entonces ¿qué sucede durante el lapso de tiempo que se mantiene suspendido el procedimiento administrativo sancionador?

Durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador no existe un registro o alerta de proveedores a los que se les está siguiendo un procedimiento, como tampoco tendría justificación implementarlo, ya que mientras no sea sancionado no tendría por qué privársele del derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado.

En el caso de proveedores con procedimientos sancionadores suspendidos, los contratos vigentes o futuros que suscriban con el Estado, se seguirán ejecutando sin ninguna limitación.

Sin embargo, el hecho que el presunto infractor pueda seguir operando en el mercado, aun teniendo responsabilidad, ocasiona que por el paso del tiempo el procedimiento sancionador no cumpla ninguna finalidad.

Según Gaspar Ariño Ortiz,⁷⁵ por encima del interés particular de las partes, se constituye el interés general que constituye el fin primario del contrato, que sólo se verá satisfecho por la ejecución debida del contrato. De este modo, más allá del interés particular de evitar una sanción, se encuentra la necesidad de que los contratos se cumplan, parte de lo cual es que los proveedores y contratistas se sujeten a la normativa de contratación pública.

En este sentido, la posibilidad de suspender un procedimiento sancionador con la instalación de un Tribunal Arbitral o con la existencia de un proceso judicial, aunque no sea la intención de la norma, deja en la voluntad del presunto infractor la decisión de continuar o no operando en el mercado.

Del mismo modo que el presunto infractor puede seguir operando en el mercado, también puede optar por reorganizarse societariamente o disolverse, con lo cual la persona jurídica que comete la infracción no existirá al momento de imponerse la sanción.

II. La regulación de la sanción en otros ordenamientos

Consideramos conveniente referirnos a manera de ilustración a la regulación de las infracciones y sanciones en los países de México y Brasil, dado que en estas legislaciones hemos encontrado aportes que no se encuentran en la legislación peruana, a partir de lo cual se podrá obtener algunas alternativas a desarrollar en el presente trabajo.

1. México

El artículo 166° del Decreto del Ejecutivo del Estado por el que se expide el Reglamento de la Ley de Contratación Pública del Estado de México y Municipios señala lo siguiente:

⁷⁵ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El contenido de la relación contractual: Sus principios informadores. p. 45.

Artículo 166.- Una vez impuesta la sanción a la persona, ésta deberá en un término de quince días hábiles contados a partir del día siguiente al en que surta efectos la notificación, acudir a la caja general o su equivalente, a cubrir el pago por la sanción impuesta. Transcurrido el término otorgado para el pago de la sanción, en caso de que la persona no acuda ante la autoridad emisora de la sanción a acreditarlo, ésta deberá informar a la Contraloría en el reporte mensual correspondiente.

Una vez que la persona sancionada realice el pago correspondiente, deberá acudir ante la autoridad emisora de la sanción, a exhibir el recibo de pago correspondiente con lo que se dará por concluido el trámite.

En el caso de México, la sanción que se impone a los proveedores que incurran en algunas de las causales de infracción es de multa. Una vez efectuado el pago de la multa el sancionado podrá seguir contratando con el estado.

En la legislación mexicana se encuentra una norma particular, que no se encuentra en la legislación peruana y la que consideramos merece hacer referencia, para el propósito de este trabajo. El artículo 86 del Reglamento de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público publicado en el Diario Oficial de la Federación el 28 de julio de 2010, señala lo siguiente sobre el monto de la garantía de fiel cumplimiento:

Artículo 86.-Las dependencias y entidades podrán reducir el porcentaje de la garantía de cumplimiento cuando el proveedor cuente con antecedentes de cumplimiento favorables en los términos previstos en el segundo párrafo del artículo 48 de la Ley y en los lineamientos que al efecto emita la Secretaría de la Función Pública con base en la información actualizada que se encuentre en el registro único de proveedores, tales como no estar sancionado por la Secretaría de la Función Pública, en los últimos cinco años y que no se le haya rescindido contrato alguno en el mismo periodo.

En los casos señalados en el párrafo anterior, el monto máximo para la aplicación de penas convencionales se calculará considerando el monto de la garantía de cumplimiento establecido en el contrato, sin tomar en cuenta el porcentaje de reducción que se hubiere aplicado a dicha garantía. (...) (subrayado agregado)

De existir una norma similar al artículo 86° de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público mexicana, permitiría que de tener un récord óptimo de cumplimientos de contratos con el Estado y de no haber sido sancionado por el Tribunal de Contrataciones, se le reduzca

el porcentaje de garantía de fiel cumplimiento a un contratista que cumpla con la normativa de contrataciones. Ello sería como un premio a su buen comportamiento y un incentivo para mantenerlo.

De otro lado, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, en su artículo 59° y 60° regula la posibilidad de imponer ante el incumplimiento: i) multa y ii) inhabilitación para participar en procedimientos de contratación.

La legislación mexicana establece la concurrencia de ambas medidas ante el incumplimiento: multa e inhabilitación. La nueva Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Ley N° 30225, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de julio de 2014, aún no vigente por falta de reglamentación, introduce la sanción económica de multa para proveedores que incurran en alguna de las infracciones previstas por dicha norma. La multa y la inhabilitación no serían medidas a aplicar simultáneamente, ya que de acuerdo al literal a) del artículo 50.2, la resolución que impone la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier proceso de selección, en tanto no sea pagada por el infractor en un plazo no mayor de dieciocho meses.

2. Brasil

La Ley de Licitaciones (Lei de Licitações - Lei 8666/93) de Brasil establece la posibilidad de aplicar una multa ante la inejecución de obligaciones o de suspender temporalmente la participación del proveedor en licitaciones y contrataciones:

Artículo 87 Ante la inejecución total o parcial del contrato la administración podrá, garantizada previamente la defensa, aplicarle al contratista las siguientes sanciones:

I - advertencia;

II - multa, conforme a lo dispuesto en el instrumento convocatorio o en el contrato;

III - Suspensión temporal de la participación en licitaciones y contrataciones con la Administración, por un período no superior a dos (2) años;

IV – Declaración de no idoneidad para licitar o contratar con la Administración Pública, siempre y cuando perduren los motivos determinantes de la penalidad aplicada hasta que la rehabilitación sea promovida ante la misma autoridad de imposición de la sanción, y será concedido cuando el contratista demuestre haber indemnizado la administración por los daños

producidos durante el tiempo de imposición de la pena impuesta en virtud del artículo precedente.

Al respecto, Carlos Javier Morales Castro a referirse a las sanciones pecuniarias aplicadas en la contratación estatal brasilera, señala lo siguiente:

En los contratos celebrados por la administración Brasileira, es muy común que se establezca en los mismos determinada cuantía que deberá ser pagada a título de resarcimiento, en caso que ocurra un incumplimiento total o parcial de la obligación pactada. La cláusula que fija ese valor resarcitorio, también llamada pena convencional, se denomina comúnmente como “cláusula penal”. Así mismo, dichas penalidades admitidas en los contratos administrativos pueden tener dos modalidades; por una parte existe la penalidad de carácter moratorio y por el otro la de carácter compensatorio.⁷⁶.

La aplicación de penalidades así descrita es una de las potestades de la administración, por lo que quien contrata con el Estado debe aceptarlas si desea contratar con la administración. La aplicación de penalidades en el caso brasilero, es una respuesta ante el incumplimiento del contratista.

En este caso, como se ha tratado en el Capítulo I, la aplicación de penalidades constituiría un mecanismo adicional para que los contratos se cumplan debidamente, pero no sule al procedimiento administrativo sancionador.

III. **El procedimiento administrativo sancionador en otras entidades de la Administración Pública**

1. **La suspensión del procedimiento en el Tribunal Fiscal**

Mediante Acta de reunión de la Sala Plena N° 2003-20 del Tribunal Fiscal del 23 de Setiembre del 2003, se estableció el siguiente criterio:

“Cuando se verifique la existencia de un proceso por delito de defraudación tributaria contra el recurrente, el Tribunal tiene la obligación de emitir pronunciamiento si cuenta con los elementos necesarios para hacerlo, salvo que para ello requiera el fallo del citado proceso penal.”

⁷⁶MORALES CASTRO, Carlos Javier. TESIS: Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Mayo 2012. Pág. 66

La disposición citada tiene un contenido bastante similar al recogido en el artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones. La relación entre la potestad sancionadora administrativa y la penal, no es de subordinación o de inhibición, sino que lo que se pretende es no tener pronunciamientos contradictorios. Si la administración necesita del pronunciamiento judicial debe suspender el procedimiento administrativo.

2. La suspensión del procedimiento sancionador en OSINERGMIN

El artículo 25.3 del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, aprobado por RESOLUCION DEL CONSEJO DIRECTIVO N° 272-2012-OS-CD, señala lo siguiente:

25.3 El plazo a que se hace referencia en el numeral primero del presente artículo se suspenderá durante el tiempo en que deban realizarse actuaciones o emitir pronunciamientos a cargo de terceros o entidades ajenas a OSINERGMIN. Asimismo, se suspende por decisión judicial expresa o en los casos establecidos por Ley. La suspensión del procedimiento será comunicada al administrado.(subrayado agregado)

En el caso de OSINERGMIN debe ponerse énfasis en la necesidad de una decisión judicial expresa para suspender el procedimiento administrativo. La redacción de esta norma dejaría fuera la posibilidad discrecional de la administración de decidir en qué casos necesita o no el pronunciamiento judicial.

Por su parte, el artículo 32° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, al referirse a la prescripción de la potestad sancionadora de dicha entidad, establece lo siguiente:

Artículo 32.- Prescripción. La potestad sancionadora de OSINERGMIN para determinar la existencia de infracciones administrativas y la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años de cometida la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada. Dicho plazo corresponde al ámbito propio del ejercicio de la potestad sancionadora, la cual finaliza con la resolución sancionadora y la consiguiente notificación.

(...) También se suspenderá el cómputo del plazo en aquellos casos que, por mandato judicial expreso o supuestos establecidos en la Ley que generen la suspensión, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora.

La norma sobre prescripción sigue la misma línea de ideas que el artículo 25.3, se requiere de decisión judicial expresa para suspender el procedimiento.

3. Suspensión de procedimiento administrativo en OSITRAN

El artículo 81° del Reglamento General de OSITRAN, aprobado por Decreto Supremo N° 044-2006-PCM señala lo siguiente:

Artículo 81°.- Ejecutabilidad de las Resoluciones y Decisiones del OSITRAN y Suspensión de Procedimientos:

(...)

Los ÓRGANOS DEL OSITRAN suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso de que, con anterioridad al inicio del procedimiento administrativo, se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que, a criterio del ÓRGANO DEL OSITRAN correspondiente, precise de pronunciamiento previo del Poder Judicial.

Si bien la norma acotada, al igual que la normativa de contrataciones del Estado deja a discrecionalidad de la administración decidir si la materia controvertida en vía administrativa precisa el pronunciamiento del Poder Judicial, añade un límite a tener en cuenta que es que el procedimiento judicial que verse sobre la misma materia, se haya iniciado con anterioridad al procedimiento administrativo.

Una disposición similar no existe para el caso de las contrataciones estatales, la normativa no especifica que el procedimiento judicial deba ser iniciado antes de iniciado el procedimiento administrativo sancionador. Insertar una disposición similar podría dar una dosis de objetividad y predictibilidad a la suspensión del procedimiento administrativo. De otro lado, la norma establece la facultad discrecional de OSITRAN de determinar que necesita del pronunciamiento previo del Poder Judicial, facultad similar a la contenida en el artículo 244° del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Incorporar una norma similar en las contrataciones con el Estado, podría prevenir la existencia de procesos judiciales o arbitrales iniciados con el único objeto de obstaculizar el procedimiento administrativo una vez se verifique su existencia.

Por otra parte, en el caso de OSINERGMIN, el artículo 34° del Reglamento del Procedimiento Administrativo Sancionador de OSINERGMIN, publicado en el

Diario Oficial El Peruano el 11 de diciembre de 2009, se suspende el cómputo del plazo de prescripción de la potestad sancionadora, en aquellos casos en que por mandato judicial, la Entidad se encuentre impedida de ejercer su función sancionadora. Consideramos que este es un caso límite, puesto que aún cuando no existe un mandato judicial para suspender, es claro que por norma constitucional la autoridad administrativa no puede avocarse al conocimiento de una causa pendiente ante el Poder Judicial.

IV. Propuesta de un nuevo diseño de suspensión del procedimiento administrativo

De lo visto en el presente trabajo, estamos en condiciones de proponer alternativas o ajustes a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador que redundara en lograr que éste cumpla su finalidad y de modo indirecto a que los contratos administrativos suscritos entre el Estado y los particulares se cumplan de la manera debida.

Al respecto, en palabras de Roberto O. Bustillo Bolado⁷⁷, los intereses de la administración y de los particulares no serán los mismos en uno de estos contratos como tampoco lo serán las atribuciones que concurren en cada uno de ellos; sin embargo, debe primar en las alternativas que se propongan y en la visión de este trabajo, la satisfacción del interés público, como razón de ser tanto del contrato y del procedimiento sancionador. Así este autor, señala que:

Los particulares, pues, tienen la posibilidad de contratar para satisfacer sus intereses y necesidades y la Administración dispone de la potestad de contratar para satisfacer el interés público. Se trata no sólo de una facultad discrecional, sino una de las potestades administrativas donde la discrecionalidad es más acusada (...). Pero esto como hemos visto no debe llevarnos a la errónea conclusión de convertir lo meramente cuantitativo en sustantivo y ver autonomía privada en un terreno donde lo que hay no es sino el ejercicio de las potestades discrecionales tasadas en la Ley.

En los contratos administrativos, la administración tiene prerrogativas por encima de los particulares, precisamente cuyo propósito es lograr que los contratos se cumplan en las mejores condiciones, y porque detrás se encuentra

⁷⁷ BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Thomson Aranzadi: Segunda Edición. Navarra: 2004. Pág. 90

la satisfacción del interés público y no particular como en los contratos privados.

En esta misma línea, Juan Carlos Cassagne⁷⁸ señala lo siguiente:

(...) una serie de consecuencias en punto a las obligaciones que nacen del acuerdo de voluntades que difieren del régimen establecido en la ley civil, donde las prestaciones son, en principio equivalentes y deben interpretarse con arreglo a criterios comunes y uniformes para ambas partes. En cambio, en el contrato administrativo al incorporarse la causa o finalidad al contrato se introduce el interés público relevante e inmediato como elemento esencial durante las diferentes etapas de la ejecución contractual.

Las propuestas de precisión o alternativas al procedimiento sancionador, se plantean en base a lo desarrollado en el presente trabajo, la mayoría de ellas requerirán una decisión legislativa pero algunas podrían adoptarse a nivel de las decisiones que emite el Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual a través de los Acuerdos de Sala Plena puede interpretar la normativa de contrataciones públicas.

1. Regulación de la temporalidad de la medida de suspensión

La suspensión del procedimiento administrativo sancionador depende de que se resuelva el procedimiento arbitral o judicial, por lo que los procedimientos sancionadores pueden estar suspendidos indefinidamente, ya que tampoco existe una norma legal que establezca un período mínimo o máximo para la suspensión.

Asimismo, no se ha regulado un mecanismo que obligue a la Entidad y/o al contratista o al árbitro, para comunicar al Tribunal de Contrataciones el resultado del proceso arbitral o judicial, a fin de continuar con el procedimiento sancionador.

El artículo 225° del proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, propone una norma por la cual la Entidad, sólo para el caso de procedimientos suspendidos por la instalación de un Tribunal Arbitral, bajo responsabilidad, debe comunicar

⁷⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. p. 34

al Tribunal la conclusión del arbitraje, remitiendo el documento correspondiente en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso. Sin embargo, no se indica una consecuencia específica para la falta de comunicación oportuna por parte de la Entidad. Cabe señalar que, esta obligación se introduciría sólo para la Entidad y no para el contratista.

Realizadas estas observaciones, consideramos que podría incorporarse las siguientes medidas para lograr una efectiva comunicación del resultado del procedimiento arbitral y judicial y, en todo caso, para que esta comunicación sea oportuna:

- Establecer una revisión periódica de la vigencia de la causal de suspensión, en caso no medie comunicación de la entidad o del contratista sobre la situación del proceso arbitral, lo cual debería encontrarse a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado. Los pronunciamientos del Tribunal de Contrataciones que suspenden un procedimiento administrativo sancionador, podrían incorporar la disposición que la Secretaría del Tribunal verifique el estado de la suspensión cada cierto período de tiempo, fijado de acuerdo a las necesidades de cada caso particular. Esto permitiría requerir necesariamente información sobre el estado del proceso arbitral a la Entidad, contratista, denunciante, árbitro o cualquiera que pudiera contar con la información.
- La entidad pública involucrada en el procedimiento sancionador debe estar interesada en que el procedimiento continúe y no dejarlo en manos del Tribunal de Contrataciones, con ello se lograría el impulso del procedimiento judicial y del procedimiento arbitral. Sin embargo, en los hechos es frecuente ver la falta de interés tanto de la Entidad como del contratista de remitir información sobre el estado del proceso arbitral o judicial.

El proyecto de Reglamento, de ser aprobado en esos términos, introducirá la responsabilidad de la Entidad de comunicar al Tribunal el resultado del proceso arbitral. Sin embargo, consideramos que de verificarse una demora en la remisión, la Resolución del Tribunal de

Contrataciones deberá incluir la obligación de realizar el deslinde de responsabilidades correspondiente con comunicación al Órgano de Control Institucional de la Entidad.

En cuanto al contratista, es conveniente que también se incluya la obligación de comunicar el laudo arbitral, de modo tal que la conducta de no comunicar o comunicar tardíamente el Laudo, debería configurar un criterio para graduar la sanción a imponerse por el Tribunal de Contrataciones.

2. Precisión de los presupuestos para la suspensión

La normativa de contrataciones vigente deja a discrecionalidad del Tribunal de Contrataciones establecer en qué supuestos le es necesario contar con el pronunciamiento judicial o arbitral, para que suspenda el procedimiento sancionador.

El proyecto de Reglamento, precisa tres supuestos de materia controvertida en la vía arbitral, en los que puede suspenderse un procedimiento arbitral por encontrarse instalado un Tribunal Arbitral. Si bien se precisarían los supuestos, se mantiene la condición “puede”; es decir, el Tribunal de Contrataciones estaría en la posibilidad de decidir si necesita del esclarecimiento de la materia controvertida para decidir sobre la responsabilidad del contratista en el procedimiento sancionador.

Ahora bien, consideramos que es posible establecer las condiciones que deben observarse para decidir sobre la procedencia o no de la suspensión. La determinación de si corresponde o no la suspensión, requiere un previo análisis de lo que se discute en el procedimiento sancionador versus lo que se discute en la vía arbitral o judicial; situación similar a la que sucede al evaluar la posibilidad de acumulación de expedientes y de evaluar la aplicación del principio de *ne bis in idem*, detallados en la Ley N° 27444.

3. Precisión de la oportunidad de inicio del proceso judicial o arbitral

La normativa de contrataciones no establece que el procedimiento arbitral debe

haber sido iniciado antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Consideramos que sería conveniente establecer una norma que regule esta condición. Ello en la medida que se evitaría procedimientos, sobre todo arbitrales, que se inician con la única motivación de suspender el procedimiento sancionador.

Sin embargo, considerando que los plazos para el inicio del procedimiento sancionador son más cortos que los que toma la instalación de un Tribunal Arbitral o un proceso judicial, opinamos que a fin de no afectar a aquellos que realmente tengan motivos para iniciar un proceso judicial o arbitral, podría establecerse que se acredite no la instalación del Tribunal Arbitral sino por ejemplo que se ha interpuesto la solicitud o demanda arbitral previamente a la solicitud de la entidad de inicio del procedimiento sancionador.

En el caso de procesos judiciales, podría verificarse que el procedimiento sancionador se inició antes que la interposición de la demanda judicial.

4. Relevancia y aplicación del principio de conducta procedimental

La conducta del presunto infractor es un factor indiscutible que debe formar parte de la valoración del Tribunal de Contrataciones, de la motivación de la resolución sancionatoria y de la graduación de la sanción.

En el caso de procedimientos administrativos suspendidos se observa una casi nula intención del contratista de comunicar al Tribunal los resultados del proceso arbitral o de impulsar la emisión del laudo. Escenario distinto del caso de contratistas que efectivamente tienen convicción de su derecho y sí impulsan el proceso arbitral.

Al respecto, Carlos Navas Rondón⁷⁹ refiere lo siguiente:

Existen casos en que postores y/o contratistas por diferentes circunstancias perturban la actividad probatoria tratando de impedir la sanción que le corresponde por existir prueba suficiente que los involucra, configurándose el peligro de obstaculización o entorpecimiento del proceso que debe ser

⁷⁹ NAVAS RONDÓN, Carlos. Op. Cit. 110

tomado en cuenta para la graduación de la inhabilitación a que hubiere lugar, por las actitudes o conductas que realizan dentro del proceso.

La obstaculización del presunto infractor al procedimiento sancionador, puede darse de muchas formas: no presentar la documentación solicitada, solicitar el uso de la palabra y no presentarse a la audiencia, no cumplir con presentar información sobre el resultado del proceso arbitral o judicial e iniciar un proceso arbitral o judicial sin tener el derecho de su parte y con la única finalidad de postergar la sanción administrativa.

En este sentido, consideramos que muchos procedimientos sancionadores podrían continuar su marcha o por lo menos ser resueltos mucho antes de contar con la colaboración del presunto infractor; sin embargo, obviamente si la demora lo beneficia no tendrá ningún interés de colaborar con la administración.

Siendo ello así, lo que sugerimos es que la colaboración del presunto infractor sea usada no sólo como un elemento para graduar la pena hacia una inhabilitación de mayor duración sino también como un elemento para aminorar los meses de sanción en caso se evidencia la colaboración del contratista.

5. Posibilidad que el Tribunal de Contrataciones del Estado aplique medidas cautelares

En líneas generales, en un procedimiento, la medida cautelar está destinada a proteger el resultado final. Para ello, el juzgador, o en este caso el que va a otorgarla, debe tener sólo convicción que el derecho es verosímil y no la certeza.

En palabras de Juan F. Monroy Galvez⁸⁰:

Si para la decisión definitiva (sentencia) es menester lograr que el juez tenga certeza de la pretensión, para la medida cautelar solo es necesario persuadirlo que el derecho (pretensión principal) respecto del cual se pide cautela, es verosímil. Precisamente durante la tramitación del proceso principal, este derecho aparente que permitió la obtención de una medida cautelar se va perfilar progresivamente."

⁸⁰MONROY GALVEZ, Juan F. Temas de Derecho Procesal Civil. Librería Studium, Lima. Perú. 1987. p. 26

La posibilidad de otorgar medidas cautelares es una atribución de los jueces y de los tribunales arbitrales. La parte que interpone la demanda puede solicitar una medida cautelar tendiente a garantizar el resultado final del proceso. En el caso de un procedimiento administrativo sancionador no existe esta contraparte que podría verse perjudicada por la postergación del resultado final del procedimiento, por lo que tampoco existiría una parte que pudiera solicitar la medida cautelar.

Sin embargo, al ser comunicado de una causal de suspensión, el Tribunal de Contrataciones sí podría tener la verosimilitud de la responsabilidad del contratista. Así, por ejemplo, supongamos que la Entidad ha resuelto el contrato con el contratista por el incumplimiento de la entrega de sillas y mesas para una escuela la cual es de conocimiento público que no ha podido recibir a los alumnos al inicio del año escolar, pero el contratista cuestiona vía arbitraje la resolución contractual. Para el Tribunal de Contrataciones puede que sea verosímil el incumplimiento y que tenga la convicción que el contratista debe ser sancionado pero no puedo hacerlo hasta que el órgano jurisdiccional se pronuncie.

El objetivo del procedimiento sancionador es que el proveedor que ha incumplido ya no siga contratando con el Estado y que el Estado contrate con proveedores que puedan cumplir el contrato de forma tal que se proteja el interés público. En el caso expuesto, la sanción no se emitirá en el plazo legal por lo que el contratista podrá seguir contratando con el Estado y quizás cuando logre emitirse la sanción ya este contratista no exista jurídicamente. En este caso, el presunto infractor, aun cuando sea responsable se beneficiará de la demora en imponer la sanción.

Como hemos visto anteriormente, la demora en la imposición de la sanción puede ser tan excesiva, que hasta puede ser que la persona jurídica ya no exista al momento de imponerla y en estos casos, la sanción no cumplirá ninguna finalidad, pues la demora lo vuelve equivalente a como si nunca se hubiera iniciado un procedimiento sancionador.

En este sentido, consideramos que en los procedimientos sancionadores pueden confluír el peligro en que la demora haga que la resolución final no tenga ya ningún efecto sobre el supuesto infractor pese a existir verosimilitud de

la infracción.

Sin embargo, la duda que surge es si lo equiparamos a las medidas cautelares que se otorgan en los procesos judiciales o arbitrales, por ejemplo, tendría que disponerse que el contratista no siga contratando con el Estado, pero ello, en caso la decisión final no sea de sanción, ocasionaría un daño irreparable al contratista, lo cual podría salvaguardarse con una contra cautela que cubra este daño, pero cuyo costo tendría que asumir el Estado, con lo oneroso que ello podría llegar a ser.

De este modo, consideramos que lo más factible sería incorporar una figura que tome como base la medida cautelar pero que se adapte a las condiciones específicas del procedimiento sancionador y que cuya imposición sea atribución del Tribunal de Contrataciones, quien debería verificar que existe la verosimilitud de la infracción y el peligro en la demora. Dentro de esta línea de ideas, la medida no sería una que incida sobre la operación en el mercado del contratista sino por ejemplo, el establecimiento de una garantía a favor del Tribunal de Contrataciones, por un porcentaje de los contratos que suscriba mientras el procedimiento sancionador se encuentre suspendido, la cual será ejecutada de resultar efectivamente sancionado.

Los casos en los que ameritaría la imposición de una medida de estas características, si bien debería ser evaluados en cada caso particular, deberían tener como eje la certeza de la comisión de la infracción, la conducta procedimental del presunto infractor, las sanciones anteriores que se haya impuesto al contratista, el petitorio y la oportunidad en la que se inicia el proceso arbitral y judicial y la intención del contratista de seguir participando en procesos de selección y contratando con el Estado.

6. Medidas contractuales

Los contratos suscritos con la administración, incorporan ciertas cláusulas, que conjuntamente con las sanciones que puede imponer ésta en ejercicio de su potestad sancionatoria, posibilitan o protegen la ejecución debida del contrato. Como lo hemos afirmado a lo largo de este trabajo, las cláusulas previstas en los contratos ante el incumplimiento de lo pactado, preservan la ejecución del contrato mientras que la sanción sería más bien un mecanismo

para disuadir de una reincidencia en el incumplimiento y para mostrar que el ordenamiento previsto debe cumplirse si el proveedor o contratista quiere permanecer operando en él.

Sin embargo, si bien la sanción es externa al contrato y no depende de la voluntad de las partes, al final sólo tiene sentido si se la mira como un mecanismo que coadyuvará a su cumplimiento, pues todo se encuentra previsto y diseñado para lograr que los contratos suscritos por el Estado en los cuales subyace un interés público, se cumplan.

Así, en palabras de Juan Carlos Cassagne⁸¹:

(...) el contratista se encuentra sometido (dentro de los límites constitucionales) a un estado de sujeción que implica el eventual sometimiento a la configuración de un poder sancionatorio que la Administración ejercer tanto *ad intra* como desde afuera del contrato aunque, (...) ciertos poderes que parecen externos al contrato terminan, en definitiva, integrándose con él, en cuanto en ese ámbito es donde encuentran la razón de su existencia y sentido.

Al respecto, Yohan Manuel Buitrago Vargas señala que:

Tanto la *cláusula penal* como las *multas* que se apliquen deben tener siempre por “fuente” al contrato o los pliegos de condiciones. Si se pretendiera sancionar un incumplimiento contractual con una penalidad no integrante del contrato, implicaría apartarse del contrato, lo que sería una actividad *evidentemente ilícita o contraria a derecho: en la especie faltaría la causa jurídica*⁸².

Entonces, ¿es posible utilizar el contrato para disuadir al contratista de cometer una infracción? o mejor dicho ¿es posible que las cláusulas previstas en el mismo contrato logren que este se cumpla sin necesidad de llegar a su resolución y por tanto evitar recurrir a la potestad sancionatoria de la administración?

Consideramos que la respuesta es afirmativa. Las cláusulas del contrato pueden ser un mecanismo para lograr que el contrato se cumpla y para

⁸¹CASSAGNE, Juan Carlos. El Contrato Administrativo. Buenos Aires. Abeledo - Perrot. 1999. pp. 85-86

⁸² BUITRAGO VARGAS, Johan Manuel. TESIS: Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Trabajo de Grado presentado como requisito para obtener el grado de magíster. Universidad de Colombia. Bogotá: 2014. p. 26

disminuir las resoluciones del contrato; sin embargo, no consideramos que puedan suplir o anular la potestad sancionatoria de la administración.

Ello, por la sencilla razón que el propio establecimiento de las normas de contratación pública requieren como correlato la posibilidad de que la administración haga que las normas se cumplan; así como, si bien las cláusulas de los contratos pueden disminuir los incumplimientos y evitar resoluciones de contrato, su eficacia no será total, puesto que su éxito no depende de la cláusula en sí sino del comportamiento y decisión del contratista.

En este sentido, sin perjuicio de mantener la potestad sancionatoria de la administración pública en las contrataciones públicas, sí creemos que puede usarse estas cláusulas para disminuir los casos que llegarán a un procedimiento administrativo sancionador.

6.1 Las penalidades

Como hemos visto en el Capítulo I, las penalidades deben estar previstas en el contrato y se aplican ante el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, hasta una penalidad máxima. Al llegar al porcentaje máximo de penalidad, la Entidad podrá optar por la resolución del contrato. En este último caso, se configurará una resolución contractual por causa atribuible al contratista, supuesto de infracción establecido en el artículo 51.1 de la Ley de Contrataciones vigente y que hace al contratista pasible de sanción administrativa.

Existe la posibilidad que las Bases del proceso incorporen penalidades adicionales a la penalidad por incumplimiento. De considerarse esta posibilidad, la penalidad podría usarse como un mecanismo de disuasión para el incumplimiento y para el cumplimiento tardío. Cabe señalar que, el porcentaje de penalidad a aplicarse sobre el monto contractual debería ser de un monto tal que sea más gravoso realizar la conducta infractora que cumplir debidamente el contrato.

Así por ejemplo, a un contratista que contrate con el Estado estando impedido para ello, que sabe que de hacerlo sólo se le pagará el 50% del monto del contrato, no le será atractivo cumplir una prestación infringiendo la norma y trabajar a pérdida. Lo mismo sucederá con un contratista que entrega la prestación tardíamente o con defectos.

Establecer un mecanismo como el descrito, podría disminuir la cantidad de infracciones, pues la pérdida que experimentará el contratista será inmediata y en contratos actuales.

Sin embargo, a esta opción podría observarse que el contratista debe recibir el pago por la prestación realizada, que la administración no puede restarle una cantidad mayor a la ya prevista, pues se beneficiaría económicamente en perjuicio del contratista.

Si bien el porcentaje a establecer podría ser objeto de revisión y análisis, creemos que debe tenerse en cuenta que las penalidad se encuentran previstas en el contrato, el contratista las asume y las acepta, por lo que sólo el contratista que esté dispuesto a cumplir debidamente el contrato debería de vincularse contractualmente.

6.2 Garantías

Jesús Córdova Schaefer⁸³ al referirse a las garantías en la contratación estatal, señala lo siguiente:

El uso de las garantías por parte de la Administración le permite asegurar o incentivar a los postores al cumplimiento de sus prestaciones en la etapa de ejecución contractual e incluso antes de la celebración del contrato (...)

Nos interesa referirnos a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, la cual debe presentarse antes de la firma del contrato y tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista.

El porcentaje de esta garantía se encuentra establecido en 10% del monto del contrato. Si bien su porcentaje podría aumentarse, ya que servirá tanto para disuadir del incumplimiento como para reparar económicamente el daño causado por el incumplimiento, en este momento queremos referirnos como una opción el usar la reducción del porcentaje de la garantía de fiel cumplimiento como un incentivo para mantenerse libre de sanciones y penalidades por incumplimiento, tal y como se expuso al hacer referencia a la legislación mexicana.

Si bien los postores que se encuentran con un procedimiento sancionador suspendido no pueden encontrarse en ningún listado, sí podría crearse un

⁸³CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. Las garantías en las contrataciones públicas. En: Gestión Pública y Desarrollo. Octubre 2012. p. E1.

récord de “buena conducta” de las empresas que contraten con el Estado, de modo tal que a las empresas que demuestren un debido cumplimiento de sus contratos se les reduzca en lo sucesivo el monto de la garantía de fiel cumplimiento a presentar en los siguientes contratos.

De igual modo, las garantías podrían ser usadas a la inversa para establecer porcentajes de garantía de fiel cumplimiento superiores para aquellas empresas que muestren un récord de sanciones positivo.

7. Protección ante el peligro de las contrataciones durante el período de suspensión

En el Perú no existe un registro de empresas con procedimientos sancionadores en curso. Si bien es cierto sólo la sanción inhabilitará al contratista para seguir contratando, consideramos que a los contratistas con procedimientos sancionadores ya iniciados pero suspendidos, podría exigírseles la presentación de una garantía por el período que dure la suspensión, en caso contrate con el estado durante dicho período y ejecutable solamente en caso que efectivamente resulte posteriormente sancionado.

Consideramos que esta opción podría ser utilizada en procedimientos sancionadores ya iniciados pero suspendidos, en la medida que el inicio del procedimiento sancionador implica que el Tribunal de Contrataciones ha contado con elementos suficientes que vinculan al supuesto infractor con la infracción cometida. Así, lo dispone el numeral 3 del artículo 242 del Reglamento de la Ley de Contrataciones⁸⁴.

Al respecto, Carlos Navas Rondón⁸⁵ afirma que:

Antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador, la autoridad con competencia para investigar los presuntos actos indebidos está facultada para la apertura de una actuación previa a la incoación formal del procedimiento. Esta instrucción preventiva está orientada a conseguir la evidencia necesaria para precisar los hechos que motivan el procedimiento, la identificación plena de los presuntos involucrados (...)

⁸⁴El Tribunal dispondrá el inicio del procedimiento sancionador sólo si cuenta con elementos suficientes para tal efecto.

⁸⁵NAVAS RONDÓN, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador. p. 244.

Siendo ello así, considerando que el Tribunal de Contrataciones ha realizado una tarea de investigación y recopilación de información y ha determinado que hay elementos que justifican el inicio de un procedimiento sancionador, es posible que la suspensión del procedimiento se realice siempre y cuando el presunto infractor presente una garantía si es que desea continuar contratando con el Estado.

Conclusiones Parciales

1. El proyecto de Reglamento de la Ley N° 30225, no incide sobre el inadecuado uso del arbitraje para suspender el procedimiento sancionador o evitar la sanción, por lo que las observaciones que han justificado la presente investigación se mantienen aún en el caso de aprobarse el Reglamento.
2. La posibilidad de suspender un procedimiento sancionador con la instalación de un Tribunal Arbitral o con la existencia de un proceso judicial, aunque no sea la intención de la norma, deja a la voluntad del presunto infractor la decisión de continuar o no operando en el mercado.
3. La demora en la imposición de la sanción puede implicar la imposibilidad de notificar la misma y en los casos más extremos que el sancionado ya no exista jurídicamente. En estos casos, el procedimiento sancionador no cumplirá ninguna finalidad.
4. La legislación de otros países tales como México y Brasil conjuntamente con la regulación de la suspensión en organismos como OSITRAN, OSINERGMIN y el Tribunal Fiscal servirá de base para proponer alternativas a la suspensión del procedimiento sancionador.
5. Es conveniente establecer una revisión periódica de la vigencia de la causal de suspensión, en caso no medie comunicación de la entidad o del contratista sobre la situación del proceso arbitral, lo cual debería encontrarse a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.
6. La entidad pública involucrada en el procedimiento sancionador debe estar interesada en que el procedimiento continúe y no dejarlo en manos del Tribunal de Contrataciones, con ello se lograría el impulso del procedimiento judicial y del procedimiento arbitral.

7. Debe incluirse la obligación de comunicar el laudo arbitral, de modo tal que la conducta de no comunicar o comunicar tardíamente el Laudo, debería configurar un criterio para graduar la sanción a imponerse por el Tribunal de Contrataciones.
8. La conducta del presunto infractor es un factor indiscutible que debe formar parte de la valoración del Tribunal de Contrataciones, de la motivación de la resolución sancionatoria y de la graduación de la sanción. La colaboración del presunto infractor debería ser usada no sólo como un elemento para graduar la pena hacia una inhabilitación de mayor duración sino también como un elemento para aminorar los meses de sanción en caso se evidencia la colaboración del contratista.
10. Es recomendable incorporar una figura que tome como base la medida cautelar pero que se adapte a las condiciones específicas del procedimiento sancionador y que cuya imposición sea atribución del Tribunal de Contrataciones, quien debería verificar que existe la verosimilitud de la infracción y el peligro en la demora.
11. La penalidad podría usarse como un mecanismo de disuasión para el incumplimiento y para el cumplimiento tardío. El porcentaje de penalidad a aplicarse sobre el monto contractual debería ser de un monto tal que sea más gravoso realizar la conducta infractora que cumplir debidamente el contrato
12. Podría crearse un récord de “buena conducta” de las empresas que contraten con el Estado, de modo tal que a las empresas que demuestren un debido cumplimiento de sus contratos se les reduzca en lo sucesivo el monto de la garantía de fiel cumplimiento a presentar en los siguientes contratos.

CONCLUSIONES FINALES

1. La necesidad de contar con el laudo arbitral o sentencia judicial para establecer la responsabilidad del contratista no se basa en lineamientos previamente establecidos u objetivos, sino que depende de la discrecionalidad del evaluador del Tribunal de Contrataciones.
2. Son observaciones al diseño actual de la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones estatales: **i)** No se establece las condiciones que debe tener el proceso arbitral o judicial para ocasionar que el procedimiento sancionador se suspenda, **ii)** no existe un límite máximo de tiempo por el cual el procedimiento sancionador puede quedar suspendido, **iii)** no existe una consecuencia para la falta de comunicación de la Entidad o del contratista del laudo o sentencia judicial.
4. La falta de parámetros o lineamientos para determinar la necesidad de la suspensión y de obligaciones concretas para el presunto infractor y la entidad del Estado, ocasiona que sólo dependa de la voluntad del contratista el uso de la vía arbitral o judicial, para detener el procedimiento administrativo sancionador de manera indefinida, aun cuando sea evidente su responsabilidad.
5. La suspensión del procedimiento administrativo sancionador se sitúa dentro de este afán de un debido procedimiento administrativo y de que la sanción corresponda a la infracción cometida, lo que permitirá alcanzar la certeza que requiere la administración para sancionar y no emitir un pronunciamiento contradictorio con lo dispuesto por el Poder Judicial o Tribunal Arbitral.
6. La sanción en las contrataciones públicas no está dirigida a asegurar la ejecución del contrato, pues la imposición de la sanción se trata de una medida *ex post* al incumplimiento contractual; es decir, opera cuando ya ha sucedido la resolución del contrato. El régimen de infracciones y la posibilidad de ser sancionado, coadyuvarán a disuadir al contratista de infringir la norma y proyectarlo a una debida ejecución de próximos contratos.
7. Las penalidades, al tener un origen contractual, no pueden ser consideradas como sanciones que derivan de la potestad punitiva del Estado. La penalidad es

un mecanismo para evitar el incumplimiento tardío. Al mantenerse la posibilidad de que el contrato se cumpla, la imposición de penalidades resultaría ser un mecanismo que apunta a favor de la satisfacción del interés público que subyace en el contrato.

8. La garantía que otorga el contratista tiene su razón de ser en la defensa de los intereses patrimoniales de la administración y de los recursos públicos que ésta maneja. La garantía debe también considerarse como un mecanismo destinado a lograr que el contrato se cumpla.
9. El Tribunal de Contrataciones tiene la posibilidad de decidir que requiere del pronunciamiento arbitral para determinar si hay o no responsabilidad del contratista; sin embargo, ello no implica que su competencia se encuentre subordinada a la jurisdicción arbitral. Debe tenerse presente, que las materias de competencia del Tribunal Arbitral y el Tribunal de Contrataciones son sustancialmente distintas.
10. No se trata de un conflicto de competencias ni de la existencia de un orden de prelación, sino que lo que se estaría buscando con la suspensión del procedimiento administrativo sancionador es no tener pronunciamientos contradictorios.
11. El pronunciamiento judicial o arbitral tampoco constituye una vía previa para el procedimiento sancionador, dado que en algunos casos el supuesto infractor o Entidad ejercerá su derecho a impugnar en la vía judicial o arbitral una materia relacionada al procedimiento sancionador y en otros casos no lo hará, teniendo el Tribunal de Contrataciones que resolver con lo que cuente en el expediente administrativo.
12. La posibilidad de suspender un procedimiento sancionador con la instalación de un Tribunal Arbitral o con la existencia de un proceso judicial, aunque no sea la intención de la norma, deja a la voluntad del presunto infractor la decisión de continuar o no operando en el mercado.
13. La demora en la imposición de la sanción puede implicar la imposibilidad de notificar la misma y en los casos más extremos que el sancionado ya no exista jurídicamente. En estos casos, el procedimiento sancionador no cumplirá ninguna finalidad

14. La legislación de otros países tales como México y Brasil conjuntamente con la regulación de la suspensión en organismos como OSITRAN, OSINERGMIN y el Tribunal Fiscal servirá de base para proponer alternativas a la suspensión del procedimiento sancionador.
15. Es conveniente establecer una revisión periódica de la vigencia de la causal de suspensión, en caso no medie comunicación de la entidad o del contratista sobre la situación del proceso arbitral, lo cual debería encontrarse a cargo del Tribunal de Contrataciones del Estado.
16. La entidad pública involucrada en el procedimiento sancionador debe estar interesada en que el procedimiento continúe y no dejarlo en manos del Tribunal de Contrataciones, con ello se lograría el impulso del procedimiento judicial y del procedimiento arbitral.
17. Debe incluirse la obligación de comunicar el laudo arbitral, de modo tal que la conducta de no comunicar o comunicar tardíamente el Laudo, debería configurar un criterio para graduar la sanción a imponerse por el Tribunal de Contrataciones.
18. La conducta del presunto infractor es un factor indiscutible que debe formar parte de la valoración del Tribunal de Contrataciones, de la motivación de la resolución sancionatoria y de la graduación de la sanción. La colaboración del presunto infractor debería ser usada no sólo como un elemento para graduar la pena hacia una inhabilitación de mayor duración sino también como un elemento para aminorar los meses de sanción en caso se evidencia la colaboración del contratista.
19. La penalidad podría usarse como un mecanismo de disuasión para el incumplimiento y para el cumplimiento tardío. El porcentaje de penalidad a aplicarse sobre el monto contractual debería ser de un monto tal que sea más gravoso realizar la conducta infractora que cumplir debidamente el contrato.
20. Podría crearse un récord de “buena conducta” de las empresas que contraten con el Estado, de modo tal que a las empresas que demuestren un debido cumplimiento de sus contratos se les reduzca en lo sucesivo el monto de la garantía de fiel cumplimiento a presentar en los siguientes contratos.

BIBLIOGRAFÍA

1. Libros

ARIÑO Y ASOCIADOS. Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. TOMO III. Granada: 2005

BACACORZO, Gustavo. La Contratación Administrativa. Gaceta Jurídica. Primera Edición. Setiembre 1999.

BUITRAGO VARGAS, Johan Manuel. TESIS: Las multas y la cláusula penal pecuniaria en la contratación estatal. Naturaleza jurídica, pacto, validez, imposición por vía administrativa y control judicial. Trabajo de Grado presentado como requisito para obtener el grado de magíster. Universidad de Colombia. Bogotá: 2014

BUSTILLO BOLADO, Roberto. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Thomson Aranzadi: Segunda Edición. Navarra: 2004

CABRERA VÁSQUEZ, Marco Antonio y Quintana Vivanco Rosa. Teoría General del Procedimiento Administrativo, Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición. Lima. 2013.

DE FUENTES BARDAJÍ, Joaquín: Manual de Derecho Administrativo Sancionador. Thomson Aranzadi: Navarra. 2005

CANELO RABANAL, Raúl. Medios Alternativos de Solución de Conflictos: Conceptos Previos. En: Derecho Arbitral. Editorial Adrus. Arequipa. Primera Edición: 2013

CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992

CASSAGNE, Juan Carlos. El contrato administrativo. Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1999

CASAGGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Tomo I y II. Palestra Editores. Lima: 2010

CARRIÓN LUGO, Jorge: Tratado de Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editora Jurídica Grijley. 2007

CORREA ÁNGEL, Diana Ximena. El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado. Universidad Externado de Colombia, 2002.

GARCÍA GÓMEZ DEL MERCADO. Francisco. Manuel de Contratación y responsabilidad de la Administración. Editorial Comares. Granada: 2004

DANÓS, Jorge y otros. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. ARA Editores. 2003

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Jurisdicción y Arbitraje. Pontificia Universidad Católica del Perú: 2014.

MONROY GALVEZ, Juan F. Temas de Derecho Procesal Civil. Librería Studium, Lima. Perú. 1987

MORALES CASTRO, Carlos Javier. TESIS: Sanciones pecuniarias en la contratación estatal. Maestría en Derecho Administrativo. Bogotá: Mayo 2012

MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica: 2006

NAVAS RONDÓN, Carlos. Responsabilidades y Sanciones en las contrataciones públicas. Gaceta Jurídica: 2011

NAVAS RONDÓN, Carlos. Derecho Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado. Gaceta Jurídica: 2013

NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos, Madrid: 2008

ROMERO GALVEZ, Leopoldo. El arbitraje en la contratación estatal. Trabajo de grado para optar el Título de Abogado. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá D.C. 2003

RUBIO SALCEDO, César R. Solución de Controversias y Régimen Sancionador en la Contratación Estatal. Gaceta Jurídica, Lima, 2013

SESÍN, Domingo. En: Tratado de Derecho Procesal Administrativo. Tomo I. Buenos Aires: La Ley, 2007.

2. Artículos

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. El enigma del contrato administrativo.

CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. Arbitraje Obligatorio y de Derecho en la Contratación Pública. En: Revista Oficial del Poder Judicial: Año 3, N° 5 /2009

CÓRDOVA SCHAEFER, Jesús. Las garantías en las contrataciones públicas. En: Gestión Pública y Desarrollo. Octubre 2012.

DÍAZ CABELLO, Jorge Luis. El Derecho Administrativo Sancionador y los principios que lo regulan. En: Revista Jurídica del Perú, N° 78, Ago. 2007

DORREGO DE CARLOS, Alberto. El arbitraje en los contratos públicos. En Revista Jurídica de Castilla y León, N° 29. Enero 2013.

GANDOLFO CORTÉS, Ricardo. No puedes mandar a la cárcel a quien no puede mandarte a ti a la cárcel. En: Arbitraje PUCP. Año III N° 3, setiembre 2013

PAULET MONTEAGUDO, Fabiola. El crecimiento del arbitraje en materia de contratación pública: datos, cifras y reflexiones. Revista arbitraje PUCP -- Año 3, no. 3 (Set. 2013)

PREDRESCHI GARCÉS, Willy. Notas sobre el ejercicio de la Potestad Sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado en el régimen actualmente vigente, En *Ius et Veritas* N° 41. Lima, 2010

ROJAS DELGADO, Magali. Principales modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado en materia de arbitraje: Algunos alcances de su motivación. En: Arbitraje PUCP. Año II N° 2, setiembre 2012

RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo. Arbitraje y Procedimiento Administrativo Sancionador. En: <http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/procsan.pdf>

SANTIESTEVEAN NORIEGA, Jorge. El Arbitraje con el Estado. En: http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp.

TESO GAMELLA, Pilar. Medidas cautelares y derecho sancionador. En: Actualidad Administrativa Vol. 2, 2000

3. Páginas web

www.osce.gob.pe

<http://www.osce.gob.pe/consumcode/userfiles/image/procsan.pdf>
http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/A/arbitraje_con_el_estado/arbitraje_con_el_estado.asp.

www.tc.gob.pe

4. Otros

Informe N° 05-2015-ARE elaborado para la Secretaría del Tribunal de Contrataciones.

A partir de la información contenida en los Memorandos N° 2057, 1759, 1547, 1303, 1003, 761, 331 y 636- 2015/ST de la Secretaría del Tribunal de Contrataciones