

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 confluir 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

⁸¹ CASSAGNE, 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.

⁸⁵ NAVAS 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