

2016

# El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones públicas.pdf

Christian Cárdenas Manrique

# El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones públicas

## Ficha Técnica

**Autor** : Dr. Christian Cárdenas Manrique\*

**Título** : El procedimiento administrativo sancionador en las contrataciones públicas

**Fuente** : Actualidad Gubernamental, N° 94 - Agosto 2016

## Sumario

1. Introducción
2. Análisis
3. Opinión
4. Conclusiones
5. Bibliografía

## 1. Introducción

En la Resolución N.° 2009-2015-TCE-S1, emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, se indicó “que el procedimiento administrativo sancionador no constituye la vía para analizar y emitir pronunciamientos, respecto de las controversias que surjan entre la Entidad y el Contratista durante la ejecución de los contratos derivados de procesos de selección, siendo el proceso arbitral o conciliatorio las vías idóneas para dichos efectos”. Ello como resultado de un procedimiento administrativo sancionador, que tiene los siguientes antecedentes:

- i. El 15 de julio del 2013, el Gobierno Regional de Junín (sede central) —en adelante, la Entidad— convocó a un procedimiento de adjudicación de menor cuantía —en adelante, el proceso de selección—.
- ii. Conforme a la información obrante en el Seace, el 1 de agosto del 2013, se otorgó la buena pro del proceso

de selección al señor Edgar Alfred Huamán Gamarra, por el monto de su oferta económica ascendente a S/ 31,562.33 (treinta y un mil quinientos sesenta y dos con 33/100 nuevos soles), cuyo contrato fue suscrito posteriormente.

- iii. Mediante el “Formulario de aplicación de sanción-Entidad” presentado el 27 de febrero del 2015 en la Oficina Desconcentrada del OSCE ubicada en la ciudad de Huancayo, y recibido el 2 de marzo del mismo año por la Mesa de Partes del Tribunal de Contrataciones del OSCE —en adelante, el Tribunal—, la entidad comunicó la supuesta responsabilidad en la que habría incurrido el contratista, al haber dado lugar a la resolución de contrato, por causal atribuible a su parte.
- iv. Posteriormente, el 10 de marzo del 2015, se dispuso admitir a trámite la solicitud de aplicación de sanción formulada por la entidad, e iniciar procedimiento administrativo sancionador al contratista por su supuesta responsabilidad al haber dado lugar a la resolución del contrato N.° 1417-2013-GRJ/ORAF derivado del proceso de selección, por causal atribuible a su parte. El motivo fue que, según lo previsto en el contrato, el plazo para la entrega del Informe N.° 01 era de 3 días contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, 20 días para el Informe N.° 02 y 40 días para la presentación del Informe N.° 03, lo que fue incumplido por el contratista.
- v. El contratista, al ser notificado, presentó su escrito de descargos, señalando, entre otros, que “mediante la carta N.° 011-2013-EAHG del 2 de setiembre, advirtió el vicio cometido en el conteo de los plazos

por la Entidad, y que consideraron la fecha de suscripción del contrato que rige desde el 20 de agosto del 2013 (fecha de redacción), lo que es responsabilidad del área usuaria, incumpliendo lo dispuesto en el artículo 138 del Reglamento, pese a haber entregado los requisitos exigidos y haber asistido reiteradas veces para suscribir el contrato oportunamente”.

Luego de expuestos los antecedentes del caso, consideramos necesario revisar algunas instituciones que han causado confusión en el procedimiento, tales como la distinción entre la finalidad del procedimiento administrativo sancionador así como la vía idónea para solucionar controversias que surjan entre la entidad y el contratista durante la ejecución de los contratos.

## 2. Análisis

### 2.1. Procedimiento administrativo sancionador

Como señala Tamayo (2009: 443), “para ingresar al tema del procedimiento administrativo sancionador, resulta necesario recordar que el procedimiento administrativo es el conjunto de formas jurídicamente reguladas, cumplidas por y ante los órganos que tienen atribuido el ejercicio de la función administrativa, con el fin de preparar la emisión de actos que satisfacen directa e inmediatamente el bien común”.

Así, el procedimiento administrativo sancionador tiene por finalidad “hacer posible que la administración haga efectivas sanciones contra los administrados ante la comisión de infracciones calificadas como tales por la Ley. Dichas sanciones se definen como situaciones gravosas o desventajosas impuestas al administrado como consecuencia de

\* Abogado por la USMP. Magíster en Derecho Constitucional y Doctor en Derecho por la UNFV. Árbitro registrado en el Centro de Arbitraje de la PUCP. Con experiencia docente en escuelas de Derecho, a nivel pregrado (USMP) y posgrado (UNS y UDH).

la comisión de la infracción” (Guzmán 2013: 648).

Cabe precisar que para el ejercicio de esta facultad sancionadora, se tienen que respetar ciertos principios, que Tamayo (2009: 444) fundamenta de la siguiente manera:

- i) por un lado constituye el mecanismo para la correcta determinación de los hechos que serán materia de sanción, con miras a alcanzar la verdadera finalidad del derecho administrativo sancionador, esto es, castigar al infractor (fin punitivo) y a su vez, prevenir o desalentar la realización de conductas similares por parte de los administrados (fin preventivo); [...]
- ii) por otro lado, asegura al ciudadano inculpado las garantías de defensa, pues este podría verse perjudicado por la imposición de sanciones que puedan lesionar su persona y patrimonio.

En cuanto a los principios que rigen la potestad sancionadora, estos se encuentran regulados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N.º 27444), y son los siguientes:

Principios del procedimiento administrativo sancionador	
<b>Legalidad</b>	Solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
<b>Debido procedimiento</b>	Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
<b>Razonabilidad</b>	Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.
<b>Tipicidad</b>	Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o

Principios del procedimiento administrativo sancionador	
	graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.
<b>Irretroactividad</b>	Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.
<b>Concurso de infracciones</b>	Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio de que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.
<b>Causalidad</b>	La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.
<b>Continuación de infracciones</b>	Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.
<b>Presunción de licitud</b>	Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.
<b>Non bis in idem</b>	No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento. Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación.

Finalmente, respecto al trámite del procedimiento administrativo sancionador,

como indica Guzmán (2013: 685), “tiene una regulación especial, derivada de su condición de mecanismo generador de actos de gravamen desfavorables para el administrado”.

## 2.2. Potestad sancionadora del OSCE

En el caso de las contrataciones públicas, el artículo 50 de la Ley N.º 30225 establece los supuestos en que el Tribunal de Contrataciones del Estado puede sancionar a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas. Por ejemplo: a) desistirse o retirar injustificadamente su propuesta; b) incumplir injustificadamente con su obligación de perfeccionar el contrato o de formalizar acuerdos marco; c) contratar con el Estado estando en cualquiera de los supuestos de impedimento previstos en el artículo 11 de esta ley, entre otros.

Como se desprende del citado artículo 50, el órgano competente para sancionar es el Tribunal de Contrataciones del Estado, el cual tiene que realizar un respectivo procedimiento administrativo sancionador, que se encuentra regulado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, que se desarrolla de la siguiente manera:

- i. *Interpuesta la denuncia o petición motivada o una vez abierto el expediente sancionador, el Tribunal tiene un plazo de diez (10) días hábiles para realizar la evaluación correspondiente.*  
*De encontrar indicios suficientes de la comisión de la infracción, la Presidencia del Tribunal emite el decreto de inicio de procedimiento administrativo sancionador.*
- ii. *Las Entidades están obligadas a remitir la información adicional que se indica en el numeral precedente en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles de notificada, bajo responsabilidad y apercibimiento de comunicarse el incumplimiento a los órganos del Sistema Nacional de Control.*
- iii. *Vencido el plazo otorgado, con contestación o sin ella y siempre que se determine que existen indicios suficientes de la comisión de infracción, la Presidencia del Tribunal dispone el inicio del procedimiento administrativo sancionador dentro de los diez (10) días hábiles siguientes.*
- iv. *Cuando la Presidencia del Tribunal advierta que no existen indicios suficientes para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, o la denuncia esté dirigida contra una persona natural o jurídica con inhabilitación definitiva, dispone el archivo del expediente, sin perjuicio de comunicar al Ministerio Público y/o a los órganos del Sistema Nacional de Control, cuando corresponda.*
- v. *Iniciado el procedimiento sancionador, el Tribunal notifica al proveedor, para que ejerza su derecho de defensa dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de la notificación, bajo apercibimiento de resolverse con la documentación contenida en el ex-*

pediente. En este acto, el emplazado puede solicitar el uso de la palabra en audiencia pública.

- vi. Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin este, el expediente se remite a la Sala correspondiente del Tribunal, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles. La Sala puede realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información que sea relevante para, de ser el caso, determinar la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.
- vii. La Sala correspondiente del Tribunal debe emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de recibido el expediente.
- viii. De no emitirse la resolución dentro del plazo establecido en el numeral precedente, la Sala mantiene la obligación de pronunciarse, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.

Finalmente, los tipos de sanciones que puede establecer el Tribunal de Contrataciones del Estado son los siguientes:

- a. **Multa:** es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la propuesta económica o del contrato, según corresponda, en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d) y j).
- b. **Inhabilitación temporal:** consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado.
- c. **Inhabilitación definitiva:** consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o mantener catálogos electrónicos de acuerdo marco y de contratar con el Estado.

Sobre las infracciones, Morante (2015: 685) recalca que “la ley incluye a la multa como un tipo de sanción [...] en el contexto actual hay que tomar en cuenta que el Estado también tiene interés en contratar, por lo que no es concordante con dicho interés que en todos los casos sanciones con inhabilitación al adjudicatario. Además, con acierto, la ley prevé que la sanción de inhabilitación se aplica en los casos de infracciones graves”.

### 2.3. El arbitraje en las contrataciones con el Estado

El arbitraje en el Perú fue introducido como medio obligatorio de resolución de controversias en contrataciones públicas, mediante el artículo 41 de la Ley de contrataciones y adquisiciones (Ley N.º 26580) de 1998.

Como señala Castillo Freyre (2011: 141), luego de la citada Ley N.º 26859, “las posteriores leyes y reglamentos (Decreto Supremo N.º 12-2001-PCM, Decreto Supremo N.º 13-2001-PCM, Decreto Supremo N.º 83-2004-PCM, Decreto Supremo N.º 84-2004-PCM, Decreto Legislativo N.º 1017 y Decreto Supremo N.º 184-2008-EF) han mantenido la regla de incluir la cláusula obligatoria de solución de controversias”.

Posteriormente se emitió el Decreto Legislativo N.º 1017, vigente desde el 1 de febrero del 2009, que estableció expresamente en su artículo 52 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”.

La norma actual de contrataciones con el Estado, Ley N.º 30225, vigente desde el 9 de enero de este año, señala que “las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes; señalando que las referidas específicamente al incumplimiento del pago final solo se resuelven por conciliación y/o arbitraje.

Ello debido a que las juntas de resolución de disputas tienen por finalidad la solución de controversias en la ejecución de la obra para evitar su paralización; sin embargo, si lo que se discute es el pago final, se entiende que la obra ya fue culminada”.

Como se ha visto, desde 1998 el arbitraje es obligatorio en las controversias surgidas en las contrataciones públicas. Al respecto, Morante (2015: 609) señala que “en materia de contratación pública, el arbitraje es obligatorio, pues por mandato de la ley, las partes se deben someter a la autoridad de un árbitro para resolver las controversias surgidas en la ejecución del contrato, siempre y cuando, de forma previa no se hubiese accionado la vía conciliatoria o llegado a un acuerdo total, sin la posibilidad de acudir directamente a la vía judicial”.

Las principales características del arbitraje en las contrataciones públicas, según Navas (2015:67), son las siguientes:

- i. Es el medio ideal de solución de controversias que permite resolver un conflicto suscitado solo y durante la fase de ejecución contractual, por lo general una vez de que se ha resuelto o cancelado el contrato suscrito, y está a cargo de uno o más árbitros designados por las propias partes involucradas.
- ii. Es una institución con equivalencia jurisdiccional, siendo un mecanismo privado previsto expresamente en la normativa de contrataciones del Estado para los casos en que se pueden presentar controversias sobre puntos determinados o determinables, según el acuerdo de las partes, debiendo ser solicitado antes de la culminación del contrato.
- iii. La solución de controversias en las compras públicas procede generalmente mediante el arbitraje, cuando no ha existido acuerdo total en la conciliación o se recurre directamente a él, considerando que resulta más frecuente y conveniente esta segunda modalidad, por la ineficacia de la primera y la existencia de mayores posibilidades de solución.
- iv. El arbitraje es una alternativa heterocompositiva, por medio del cual una tercera persona objetiva e imparcial designada por las partes o por una institución arbitral, a través de un convenio obligatorio, permite resolver un conflicto de intereses jurídicos de libre disposición con la misma eficacia de la cosa juzgada.

### 2.4. Modificaciones realizadas con la nueva ley de contrataciones

El actual Reglamento de la Ley de Contrataciones precisa que las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes; por lo tanto señala que las referidas específicamente al incumplimiento del pago final solo se resuelven por conciliación y/o arbitraje. Mientras que la junta de resolución de disputas tiene por finalidad la solución de controversias en la ejecución de la obra para evitar su paralización<sup>1</sup>.

Así, la nueva ley de contrataciones incluye como un nuevo medio de resolución de conflictos a la junta de resolución de disputas. Al respecto, Morante (2015: 595) señala:

[...] la norma incluye este nuevo mecanismo para la solución de controversias entre las partes, con la finalidad de lograr la pronta y óptima solución de las mismas, lo cual posibilitará alcanzar, en las mejores condiciones de oportunidad y costo, el objeto de la contratación.

La Junta de Resolución de Disputas es una herramienta útil en la prevención y manejo de conflictos dentro de la ejecución de obras que se integran a la administración de un proyecto, evitando así la paralización de su ejecución y la evolución de un conflicto, por cuanto previene que los desacuerdos se conviertan en disputas y también para soluciones las disputas o controversias si estas se producen.

<sup>1</sup> Exposición de motivos del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

Entonces, en la ley actual de contrataciones se pueden distinguir las siguientes formas de resolución de controversias:

Formas de resolución de controversias durante la ejecución contractual		
Conciliación	Arbitraje	Junta de resolución de disputas
En el caso de optar por la conciliación, la entidad debe evaluar la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio, en función de criterios de costo-beneficio, equidad e interés social, y ponderando los costos y riesgos de no adoptar un acuerdo conciliatorio. La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.	Se aplica para controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, también para controversias referidas al incumplimiento del pago final. El arbitraje institucional se realiza en una institución arbitral acreditada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo dispuesto en la directiva que se apruebe para tal efecto.	Busca agregar valor a la gestión contractual del conflicto y del proyecto, ello se logra a través de la presencia permanente de la junta de resolución de disputas desde el inicio de la ejecución de la obra, con lo cual está activamente involucrada en todo el proceso de construcción y ejecución contractual.

### 3. Opinión

En el caso propuesto, se le inició un procedimiento administrativo sancionador al contratista por haber dado lugar a la resolución del contrato que había suscrito con la entidad, por haber incumplido injustificadamente sus obligaciones contractuales. En caso de establecerse la

infracción de su parte, se le impondría la sanción correspondiente.

Cabe precisar que en el Acuerdo de Sala Plena (006-2012) se estableció el procedimiento de resolución contractual en las contrataciones con el Estado, que sería de la siguiente manera:

Procedimiento de resolución contractual en las contrataciones con el Estado			
Causales para la resolución de un contrato	Identificación de la causa atribuible y requerimiento	Vencimiento de plazo y continuación del incumplimiento	Opciones del contratista ante la resolución
i) No atribuibles a las partes, como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor. ii) Atribuibles a las partes, referidas al incumplimiento de obligaciones de una de las partes del contrato, sea entidad pública o contratista.	Una vez que la entidad identifique la causal atribuible al contratista, tiene la obligación de requerir previamente el cumplimiento de su obligación dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, pudiendo dar mayor plazo, dependiendo del monto contractual, la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el que no será mayor de quince (15) días calendario.	Si se vence el plazo otorgado y continúa el incumplimiento, la entidad resolverá el contrato, comunicando su decisión mediante carta notarial.	En el caso de que el contratista considere que dicho acto no se encuentra arreglado a ley, el artículo 52 de la ley en concordancia con los artículos 170 y 209 del reglamento establecen que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por el contratista a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de comunicada la decisión de resolver el contrato, vencido el plazo la resolución del contrato ha quedado consentida.

Entonces, mediante el gráfico, se observa que ante cualquier controversia relacionada a la resolución del contrato, cualquiera de las partes puede recurrir a los mecanismos de solución de conflictos (conciliación y/o arbitraje) en el plazo de quince (15) días hábiles siguientes de notificada dicha resolución.

De la resolución analizada, se advierte que luego de haberse resuelto el con-

trato, este no fue sometido a alguno de los mecanismos de solución de conflicto. No obstante, el contratista, en el presente procedimiento administrativo sancionador, alega que sí cumplió con sus prestaciones del contrato suscrito, y que la decisión de la entidad de resolver el contrato es arbitraria.

Como se aprecia de lo mencionado por el contratista como argumento de defensa,

ello no corresponde para ser analizado en el presente procedimiento sancionador, pues "las controversias que surjan entre la Entidad y el contratista durante la ejecución de los contratos derivados de procesos de selección, el proceso arbitral o conciliatorio son las vías idóneas para dichos efectos"<sup>2</sup>.

En consecuencia, en el procedimiento administrativo sancionador no es posible evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, siendo que en este tipo de procesos solo se establecerá si corresponde sancionar al contratista.

### 4. Conclusiones

- El arbitraje en el Perú fue introducido como medio obligatorio de resolución de controversias en contrataciones públicas, mediante el artículo 41 de la Ley de contrataciones y adquisiciones (Ley N.° 26580) de 1998.
- La norma actual de contrataciones con el Estado señala que "las controversias sobre ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje, según el acuerdo de las partes; señalando que las referidas específicamente al incumplimiento del pago final solo se resuelven por conciliación y/o arbitraje.
- Del caso analizado, consideramos adecuado que el Tribunal del OSCE solo se haya pronunciado respecto de la sanción y si correspondía sancionar la contratista, pues como se indicó, cualquier controversia que surja entre la entidad y el contratista durante la ejecución de los contratos derivados de procesos de selección, se tiene que dilucidar en la vía arbitral o conciliatoria.

### 5. Bibliografía

- Castillo Freyre, M. & Sabroso Minaya, R. (2011). *El Arbitraje del Estado Peruano. Ius et veritas*. 21 (43).
- Guzmán, C. (2013). *Manual del procedimiento administrativo general*. Lima: Instituto Pacífico.
- Morante Guerrero, L. (2015). *Manual de contrataciones del Estado*. Lima: Instituto Pacífico.
- Navas, C. (2015). *El arbitraje en las contrataciones del Estado*. Lima: Legales.
- Tamayo, L. (2009). *El procedimiento administrativo sancionador. Sobre la ley del procedimiento administrativo general*. Lima: UPC.

<sup>2</sup> Según Acuerdo de Sala Plena N.° 006/2012.