

Capítulo 2 del Módulo 5

Sanciones a proveedores y árbitros

**Capacitadores: Marco Antonio Martinez Zamora
Roberto Reynoso Peñaherrera**

Índice

- I. Definición de sanción administrativa.
- II. Tipos de sanciones desde el aspecto subjetivo u objetivo.
- III. El régimen de sanciones en el específico régimen de contratación pública de proveedores, participantes, postores y contratistas.
- IV. El debido procedimiento administrativo sancionador.
- V. Prescripción de la sanción administrativa, suspensión y reconsideración.
- A. Régimen de sanciones a árbitros y expertos independientes.
 - A. Sanciones a árbitros.
 - B. Sanciones a expertos independientes.

Introducción

El objeto del régimen de sanciones en el sistema de contratación pública es la protección de los principios y disposiciones que rigen dicha materia, a fin de desincentivar su incumplimiento por parte de sus actores: de un lado, las Entidades públicas; del otro, los proveedores del Estado.

En el caso particular de los proveedores, participantes, postores y contratistas, el objetivo es no contar con aquellos que han defraudado las expectativas de las Entidades y han afectado el adecuado uso de los recursos públicos. Ellos perderán toda posibilidad temporal o definitiva, según sea el caso, para contratar con el Estado.

En este capítulo se revisa los diferentes tipos de sanciones desde el punto de vista objetivo y subjetivo, así como su graduación. Se desarrolla el procedimiento administrativo sancionador, que responde a la necesidad de un procedimiento previo y del derecho de defensa del administrado en todo trámite de sanción iniciado por la autoridad administrativa. De otro lado, se examina el tema de la prescripción de la sanción administrativa, la suspensión y la reconsideración de ésta.

Finalmente, se estudia una de las innovaciones legislativas del nuevo régimen de contratación pública, que consiste en el establecimiento de sanciones administrativas para los árbitros, que realizan funciones análogas a la actividad jurisdiccional; y para los expertos que han integrado un Comité Especial determinado, en función a su experiencia o dominio de una materia relacionada con el objeto de la convocatoria o con el proceso de selección en si mismo.

I. Definición de sanción administrativa

No existe una única definición de la sanción administrativa. Tradicionalmente se ha discutido si esta corresponde a una facultad originaria de la Administración Pública o si, por el contrario, no es más que una facultad delegada del Poder Judicial. Esta segunda posición abogaba por un régimen más garantista en favor del administrado, de modo tal que las garantías de la administración de justicia propias del proceso judicial resultaban plenamente aplicables al procedimiento administrativo.

Por el contrario, la primera opción citada, abogaba por una mayor libertad de la Administración para imponer sanciones, sin estar sujeta a los cánones aplicables al Poder Judicial y se reflejaba con mayor simplicidad en las infracciones denominadas como *“De policía”*, tales como las que corresponden a los deberes de urbanidad y tranquilidad pública, pesos y medidas, entre otros. Así, por ejemplo, no era extraño anteriormente que se pueda detener a una persona vía decisión administrativa por ocasionar ruidos molestos o imponerle severas multas por infracción a las obligaciones distintas a delitos, que pudieran ser consideradas como *“De policía”*.

Hoy en día dicha dicotomía ha perdido su relevancia práctica. Si bien se habla de un Derecho Sancionador General, que alimenta tanto al sistema de sanciones judicial (delitos), laboral (faltas) y administrativo (sanción administrativa), no se discute igualmente que el deber de respetar el debido proceso o procedimiento administrativo se mantiene para cada caso.

De este modo, cualquiera que sea la posición que se adopte respecto del origen de la potestad de la Administración para sancionar, hoy en día, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional www.tc.gob.pe, esta debe estar sujeta a reglamentos mínimos y esenciales que garanticen un debido procedimiento administrativo. Ello ha sido reconocido en el artículo 242º del Reglamento, en cuanto establece las reglas mínimas (de modo enunciativo más no limitativo) a las que debe estar sujeto el procedimiento sancionador administrativo.

Siendo así, podemos definir a la sanción administrativa como *“Cualquier mal infringido por la Administración Pública a un administrado como consecuencia de una conducta*

ilegal a resultas de un procedimiento administrativo y con una finalidad puramente represora”.

Las sanciones administrativas como tal forman parte y son producto ineludible de un determinado procedimiento administrativo sancionador. Este deberá estar revestido de las garantías del debido procedimiento administrativo y principios, preferentemente los que inspiran el procedimiento administrativo sancionador, descritos en el artículo 230º de la [Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General](#).

Existe sanción administrativa cuando las administraciones públicas imponen acto(s) gravamen(es) a determinado administrado, por el incumplimiento o contravención de éste a normativas de derecho público. El efecto inmediato es el siguiente: la esfera jurídica de este administrado, compuesta por derechos y beneficios derivados de éstos se va ver mermada o disminuida.

En efecto, si determinado administrado consiguió una licencia de funcionamiento de local comercial, que le permite vender abarrotes y licor hasta las 22:00 horas, y éste además de vender productos ajenos al giro de la licencia otorgada lo hace fuera del horario dispuesto, traerá como consecuencia que la autoridad local lo sancione con el retiro de esta licencia. Es claro que los derechos y beneficios de los cuales gozaba este administrado serán afectados o disminuidos.

El procedimiento administrativo sancionador está compuesto de cuatro elementos: (i) Administración Pública, (ii) Administrado, (iii) Deberes y obligaciones incumplidas o vulneradas por parte del administrado, y (iv) Facultad o atribución sancionadora a cargo de la Administración Pública.

II. Tipos de sanciones desde el aspecto subjetivo y objetivo

Las sanciones administrativas en el ámbito del régimen de contratación estatal y de conformidad con el artículo 51º de la Ley, se diferencian entre sanciones inhabilitantes (temporales y definitivas) y económicas. Las primeras se aplican a los expertos independientes y proveedores, participantes, postores y contratistas; mientras que las

segundas son propias de las Entidades, por infracción de la legislación de la materia, y a los árbitros, por no remisión oportuna de laudo.

Una novedad en este tema, es que el citado artículo 51º otorga rango de ley a la tipificación de las doce conductas que ameritan sanción, como se detallará más adelante. Anteriormente estas conductas solo tenían un tratamiento a nivel de norma reglamentaria.

Mención aparte merece la referencia que realiza el referido artículo 51º respecto de la ejecución de garantías que sustenten un recurso de apelación como sanciones económicas. Cabe precisar que en estricto no se trata de una sanción, sino únicamente de una medida de contención de los recursos de apelación a fin de velar por la seriedad de su interposición; pues todo recurso impugnativo implica un retardo en la satisfacción de los intereses públicos involucrados en un proceso de selección específico.

III. El régimen de sanciones en el específico régimen de contratación pública de proveedores, participantes, postores y contratistas.

En el caso específico del régimen de contratación pública, el objeto del régimen sancionador viene a ser la protección de los principios y disposiciones que rigen su materia, a fin de desincentivar su incumplimiento. En cuanto a las obligaciones de las Entidades, estas no han sido cabalmente desarrolladas en la normativa especial; sino que son las que corresponden a la responsabilidad administrativa en general. Por el contrario, es respecto de la contraparte de la Entidad que este régimen ha sido mejor desarrollado.

En cuanto a los proveedores, participantes, postores y contratistas el objetivo es claro: no contar en el sistema con aquellos que han defraudado las expectativas de la Entidad y han afectado el adecuado uso de los recursos públicos. Ellos perderán toda posibilidad temporal o definitiva, según sea el caso, para contratar con el Estado.

Como quedó claro, estos supuestos no pueden ser abiertos ni arbitrarios, sino que deben estar debida y previamente determinados. Conforme al artículo 51º de la Ley

concordado con el artículo 237 del Reglamento son aquellos proveedores, participantes, postores y contratistas que:

- ✓ No mantengan su oferta hasta el consentimiento de la Buena Pro o, de resultar ganadores, hasta la suscripción del contrato, no suscriban injustificadamente el contrato, o no reciban injustificadamente la orden de compra o de servicio emitida a su favor.
- ✓ Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte.
- ✓ Hayan entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral.
- ✓ Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma.
- ✓ Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).
- ✓ Suscriban un contrato, en el caso de ejecución o consultoría de obras, por montos mayores a su capacidad libre de contratación, o en especialidades distintas, según sea el caso.
- ✓ Realicen subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento.
- ✓ Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; o incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento.
- ✓ Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

- ✓ Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento.
- ✓ Si se constata, después de otorgada la conformidad, que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases.

La autoridad competente para imponer la sanción,, conforme lo dispuesto en el artículo 63º inciso b) de la Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado, dependencia integrante del OSCE, es la autoridad competente para aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores y contratistas, cuando éstos incurran en alguna de las causales previstas en el artículo 51º del citado cuerpo normativo.

Los tipos de sanciones son la inhabilitación temporal y la definitiva. La primera consiste en la privación, por un período determinado, de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Esta inhabilitación en ningún caso podrá ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.

La segunda es la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado.

En cuanto a la graduación de la sanción, el Tribunal de Contrataciones del Estado podrá aplicar, al momento de evaluar la sanción a imponerse, los criterios de gradualidad señalados en el artículo 230º inciso 4) de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en el orden de prelación siguiente:

- 1º La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
- 2º El perjuicio económico causado.
- 3º La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.
- 4º Las circunstancias de la comisión de la infracción.
- 5º El beneficio ilegalmente obtenido.

6º La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

IV. El debido procedimiento administrativo sancionador

El Derecho Sancionador Administrativo como parte del Derecho Sancionador General está sujeto a reglas específicas y predeterminadas que protegen al administrado de un accionar arbitrario, de modo tal que solo se sancionen las conductas realmente lesivas para el ordenamiento público. Las reglas y parámetros del procedimiento sancionador regulados en Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, son de aplicación supletoria a otros procedimientos administrativos sancionadores regulados en normas especiales.

Sobre el particular, la Tercera Disposición Complementaria y Final de dicho cuerpo legal prescribe que ésta es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes, en cuanto no la contradigan o se opongan. Es decir, se aplicará principalmente a otras legislaciones que regulen procedimientos administrativos sancionadores especiales, siempre que estas últimas contengan vacíos o lagunas sobre determinados ámbitos donde la Ley N° 27444 sí los desarrolle. En todo caso, establece los mínimos a los cuales todo régimen sancionador deberá ajustarse, estableciendo por tanto el núcleo de los que podemos llamar con toda propiedad como *Debido Procedimiento Administrativo Sancionador*.

Sobre este tema, la Ley N° 27444 establece la necesidad de tipicidad de la infracción, la prohibición de imponer dos sanciones de la misma naturaleza o simultáneamente penal y administrativa por los mismos hechos, el principio de legalidad, entre otros. Asimismo, contempla la necesidad de un procedimiento previo y del derecho de defensa del administrado en todo trámite de sanción iniciado por la autoridad administrativa.

Adicionalmente, el Reglamento establece reglas específicas relativas al debido procedimiento en su artículo 242º, que en realidad determinan la duración, características, etapas, plazos y supuestos y efectos de la suspensión de su trámite:

“Artículo 242º.- Debido Procedimiento

El Tribunal tramita los procedimientos sancionadores bajo las siguientes reglas:

1. *Luego de iniciado el correspondiente procedimiento sancionador, y antes de imponer una sanción, el Tribunal notificará al respectivo proveedor, postor, contratista, experto independiente o árbitro 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 obrante en autos.*
2. *Vencido el indicado plazo, y con el respectivo descargo o sin él, el expediente será remitido a la Sala correspondiente del Tribunal, la cual podrá realizar de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando la información y datos necesarios y relevantes para determinar, de ser el caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.*
3. *La Sala deberá emitir su resolución, determinando la existencia o no de responsabilidad administrativa, dentro de los tres (3) meses de remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal.*
4. *En caso se deba emitir acuerdo respecto del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, la Sala debe hacerlo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente del Tribunal.*
5. *En cualquier caso, la Sala emitirá resolución, determinando la existencia o inexistencia de responsabilidad administrativa, en un plazo no mayor a los cuatro (4) meses de remitido el expediente a Sala; y, tratándose del inicio de un procedimiento administrativo sancionador en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles de haber sido remitido el expediente a la Sala correspondiente.*
6. *De no emitirse la resolución o acuerdo correspondiente dentro de los plazos establecidos en los incisos 3), 4) y 5), respectivamente, la Sala correspondiente mantiene la obligación de emitir el respectivo pronunciamiento, sin perjuicio de las responsabilidades que le corresponda, de ser el caso.*

7. *En caso el procedimiento deba suspenderse por la tramitación de un proceso judicial o arbitral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 245°, el plazo indicado en el inciso 3) del presente artículo quedará suspendido. La suspensión de dicho plazo surtirá efecto a partir del acuerdo de la Sala correspondiente, y en tanto no sea comunicado con la sentencia judicial o laudo arbitral que dé término al proceso.”*

El Tribunal Constitucional ha reiterado en este tema la pertinencia y aplicabilidad de las reglas del debido proceso sustantivo y adjetivo, al régimen sancionador administrativo.

V. Prescripción de la sanción administrativa, suspensión y reconsideración

La prescripción es una institución procesal por la cual el legislador establece un límite máximo para que una materia determinada pueda ser objeto de una decisión judicial o administrativa, de modo tal que transcurrido el período de tiempo preestablecido, el sujeto tendrá la facultad de evitar la decisión de quien resuelve, mediante la invocación de dicha figura.

Desde el punto de vista específico del Derecho Administrativo y más específicamente del Derecho Administrativo Sancionador, el artículo 233° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prescribe que la facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas, prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales. Asimismo precisa que en caso ello no hubiera sido determinado en la normativa especial, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (04) años.

Esta misma norma agrega que el cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, acotando que dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

En ese orden, el artículo 233º inciso 3) de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece que:

“Los administrados plantean la prescripción por vía de defensa y la autoridad debe resolverla sin más trámite que la constatación de los plazos, debiendo en caso de estimarla fundada, disponer el inicio de las acciones de responsabilidad para dilucidar las causas de la inacción administrativa.”

Es pertinente advertir -que tal como se encuentra regulada la prescripción en el artículo 233º inciso 3) de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, ésta no opera de oficio, con el solo transcurrir del tiempo, sino adicionalmente se requiere que esta especie de “excepción” sea interpuesta formalmente por el administrado dentro del procedimiento administrativo del cual es parte.

De otra parte, el artículo 233º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prescribe que el cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, acotando que dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

En ese contexto, es claro que en los casos de los procedimientos administrativos sancionadores se debe tener cuidado que en éstos se produzca una paralización por más de veinticinco (25) días hábiles, ya que ello implicará la reanudación del plazo prescriptorio. Por lo que es pertinente que éstos siempre se mantengan en giro, con actos o actuaciones *–a nivel interno como a nivel externo, con notificaciones efectivas al administrado o terceros vinculados al procedimiento administrativo sancionador–* que impidan su paralización por un período mayor a los veinticinco (25) días hábiles.

Al respecto, existe responsabilidad administrativa del funcionario o servidor a cargo del expediente, vinculado al procedimiento administrativo sancionador, que por su omisión o negligencia se configure la prescripción administrativa. El artículo 239º de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, prescribe lo siguiente:

“Artículo 239.- Faltas administrativas

Las autoridades y personal al servicio de las Entidades, independientemente de su régimen laboral o contractual, incurren en falta administrativa en el trámite de los procedimientos administrativos a su cargo y, por ende, son susceptibles de ser sancionados administrativamente con amonestación, suspensión, cese o destitución atendiendo a la gravedad de la falta, la reincidencia, el daño causado y la intencionalidad con que hayan actuado, en caso de:

...3. Demorar injustificadamente la remisión de datos, actuados o expedientes solicitados para resolver un procedimiento o la producción de un acto procesal sujeto a plazo determinado dentro del procedimiento administrativo...”

En cuanto al régimen de contratación estatal, el artículo 243 establece la regla específica a esta materia, tal como sigue:

“Artículo 243°.- Prescripción

Las infracciones establecidas en el presente Reglamento para efectos de las sanciones a las que se refiere el presente Título, prescriben a los tres (3) años de cometidas. Para el caso de las infracciones previstas en los literales c) y k) del artículo 51° de la Ley, el plazo de prescripción se computa, en el primer caso, a partir de la notificación de la sentencia judicial firme o laudo arbitral, y en el segundo caso, a partir de que el Titular de la Entidad toma conocimiento del incumplimiento.

La prescripción se declarará a solicitud de parte.”

Como puede apreciarse, para estos casos existe un plazo específico menor al plazo de la Ley General, plazo que guarda relación con los períodos máximos a los que puede extenderse una sanción. Un tema importante y que igualmente constituye una innovación del actual Reglamento, es que el órgano administrativo que resuelve, aún cuando sea evidente y la conste que se ha producido un supuesto de prescripción no se encuentra facultado a aplicarla de oficio, puesto que siempre debe mediar una solicitud en ese sentido, por el denunciado.

VI. Régimen de sanciones a árbitros y expertos independientes

A. Sanciones a árbitros

Una de las innovaciones del actual régimen de contratación estatal es el establecimiento de la posibilidad de interponer sanciones administrativas a los árbitros, los mismos que, desde su propio ámbito y competencias realizan funciones análogas a la actividad jurisdiccional. Bajo dicho aspecto, tal competencia está circunscrita a la interposición de sanciones económicas, en este caso multas. Así, el artículo 238º del Reglamento señala que el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá sanción económica no menor de una ni mayor a cuatro (04) Unidades Impositivas Tributarias cuando estos no remitan el laudo arbitral al OSCE dentro de los cinco días siguientes a su notificación. Para la determinación de la sanción se aplicarán los criterios de graduación contemplados para el régimen de sanciones a proveedores, participantes, postores y contratistas.

Cabe precisar que esta obligación está circunscrita a los procesos arbitrales regidos por el Reglamento de Arbitraje del OSCE o los arbitrajes ad hoc.

B. Sanciones a expertos independientes

Los expertos independientes son los terceros que han integrado un Comité Especial determinado, en función a su experiencia o dominio de una materia relacionada con el objeto de la convocatoria o con el proceso de selección en sí mismo. Si bien dicha participación es importante para el buen desempeño de las actividades requeridas por la Entidad con el respectivo proceso de selección, su labor no puede quedar exenta de responsabilidad, tal como la que corresponde al resto de los integrantes del Comité Especial que por ser funcionarios tienen responsabilidad administrativa.

Así, el artículo 236º del Reglamento establece que:

“Artículo 236º.- Causal de imposición de sanción a los expertos independientes
Cuando la Entidad considere que existe responsabilidad por parte de los expertos independientes que formaron parte de un Comité Especial, remitirá al Tribunal todos los actuados, incluyendo un informe en el cual se indique la supuesta responsabilidad en que habrían incurrido los expertos independientes,

adjuntando la evidencia correspondiente, en un plazo que no excederá de diez (10) días hábiles contados a partir de la detección del hecho correspondiente.

El Tribunal evaluará los actuados y, de concluir que asiste responsabilidad, impondrá una sanción administrativa de inhabilitación temporal a los expertos independientes, sean estas personas naturales o jurídicas, por las irregularidades cometidas como miembros de un Comité Especial, que le sean imputables por dolo, negligencia y/o culpa inexcusable. Esta inhabilitación para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado podrá ser por un periodo no menor de seis (6) meses ni mayor a doce (12) meses.”

Lo expuesto no implica obviamente, el deber del Tribunal de Contrataciones del Estado de evaluar la pertinencia de lo señalado por la Entidad y de determinar si su denuncia contiene o no un hecho imputable a dicho experto independiente.