

# ARBITRAJE Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Ricardo Rodríguez Ardiles

Abogado – Arbitro - Consultor

## Introducción

La normativa de contratación estatal ha establecido como atribución del Tribunal de Contrataciones del Estado, además de la facultad de resolver las controversias que se suscitan durante el proceso de selección, la de aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda, tal como explícitamente regula el artículo 63<sup>1</sup> de la Ley de Contrataciones del Estado.

En el presente artículo nos ocuparemos únicamente de parte de dicha facultad, específicamente la referida a las sanciones que potencialmente puede aplicar este Tribunal a quienes adquieren la condición de contratistas del Estado, como consecuencia de alguno de los supuestos establecidos como infracción en el artículo 51<sup>2</sup> de la Ley

---

<sup>1</sup> Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017

### **Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado**

El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE. Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

Tiene las siguientes funciones:

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el proceso de selección;
- b) Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso; y,
- c) Las demás funciones que le otorga la normativa.

Su conformación y el número de Salas se establecerán por Decreto Supremo, refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas.

<sup>2</sup> Ley de Contrataciones del Estado – Decreto Legislativo N° 1017

### **Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

#### 51.1 Infracciones

Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

- a) 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;
- b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte;
- c) Hayan entregado el bien, prestado el servicio o ejecutado la obra con existencia de vicios ocultos, previa sentencia judicial firme o laudo arbitral;
- d) Contraten con el Estado estando impedidos para ello, de acuerdo a la presente norma;
- e) Participen en procesos de selección o suscriban un contrato sin contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Proveedores (RNP);
- f) 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;
- g) Realicen subcontrataciones sin autorización de la Entidad o por un porcentaje mayor al permitido en el Reglamento;
- h) Participen en prácticas restrictivas de la libre competencia, previa declaración del organismo nacional competente; así como cuando incurran en los supuestos de socios comunes no permitidos según lo que establece el Reglamento;
- i) 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;

anteriormente citada, y la vinculación que esa facultad posee con el arbitraje administrativo cuando dentro del mismo, lo que constituye la materia o tema decidendi es, precisamente, la existencia de responsabilidad del contratista.

### **La responsabilidad requisito de indispensable de sanción**

Una revisión de las infracciones tipificadas en el aludido artículo 51, permite apreciar que en todos los casos, se requiere acreditar de manera suficiente que la acción del contratista y que constituye la esencia de la infracción, es atribuible a aquel, esto es, es de su responsabilidad, y que como consecuencia de ello, la decisión subsiguiente que asume la entidad contratante (de calificarla como infracción), resulta argumentalmente válida y por ende, en su momento, la sanción que se le imponga a través del Tribunal de Contrataciones del Estado ajustada a derecho.

Es dentro de esta lógica legislativa, en donde resulta indispensable que la responsabilidad sea certera, que el Reglamento de la Ley establece la suspensión del plazo de prescripción de las infracciones, entendido éste como el periodo en que la administración puede sancionar las infracciones, “por la tramitación de proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de las responsabilidades del...contratista, en el respectivo proceso sancionador” (numeral 2 del artículo 244). Es decir, que en tanto se dilucide respecto de la responsabilidad del contratista en una vía distinta a la administrativa, sea judicial o arbitral, ha de suspenderse el plazo de prescripción.

Así las cosas por tanto, no cabe duda alguna que un procedimiento administrativo sancionador será suspendido ante la existencia y tramitación de un arbitraje en que, como se ha aseverado precedentemente, se defina la existencia de la responsabilidad del contratista como factor determinante de la configuración de la infracción.

Todo ello en concordancia con el Principio de Causalidad integrante de la potestad sancionadora administrativa, a través del cual “La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”<sup>3</sup>.

Sobre este extremo citamos a Juan Carlos Morón Urbina, quien expresa que

- 
- j) Interpongan recursos impugnativos contra los actos inimpugnables establecidos en el Reglamento;
  - k) Se constate después de otorgada la conformidad que incumplieron injustificadamente las obligaciones del contrato hasta los plazos de responsabilidad establecidos en las Bases; y,
  - l) Otras infracciones que se establezcan en el Reglamento.

<sup>3</sup> Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley 27444, artículo 230 numeral 8°

“Hacer responsable y sancionar a una administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional.

Es necesario que la conducta humana sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión, y no tratarse simplemente de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o de la propia conducta del perjudicado...”<sup>4</sup>

### **Inicio de arbitraje, tramitación de arbitraje y suspensión de procedimiento administrativo sancionador**

Tal como establece el artículo 218 del Reglamento<sup>5</sup>, tratándose de un arbitraje ad hoc, el mismo “se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito” cumpliendo los requisitos ahí mencionados; y en lo que a arbitrajes administrados por instituciones arbitrales, el referido inicio se produce con sujeción a lo que sus propios Reglamentos Arbitrales establecen, con sujeción estos últimos al criterio que la Ley de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071, regula en el artículo 33, al precisar que “Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una determinada controversia a arbitraje”.

Cabe resaltar, sin embargo, que no basta el inicio del arbitraje en los términos expuestos para que se suspenda el procedimiento administrativo sancionador, sino que se demanda que el mismo se encuentre en trámite.

El propio numeral 2 del artículo 244 citado, detalla que se entiende como un arbitraje en trámite “a partir de la instalación del árbitro o tribunal arbitral”, con lo cual se explicita que no basta el inicio del arbitraje y la comunicación al Tribunal de Contrataciones del Estado de dicho inicio para producir el efecto de suspensión deseado, sino que se requiere acreditar que aquel se encuentre en trámite, esto es, instalado.

Es evidente que el legislador ha tratado de evitar con esta disposición, que el mero cumplimiento de un trámite formal impida que quien es responsable eluda las consecuencias de su quehacer.

---

<sup>4</sup> Juan Carlos Morón Urbina, Comentarios, Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General, pág. 519

<sup>5</sup> Debe tenerse en cuenta que dada la especialidad de la norma, y lo dispuesto en el artículo 5° del Decreto Legislativo N° 1017, las disposiciones que éste contiene al igual que su Reglamento, priman sobre las otras disposiciones contenidas en otras normas generales.

Mas sin embargo, hay algunas circunstancias que requieren ser también consideradas, a efectos de evitar que por aspectos administrativos la posibilidad de que el arbitraje se desarrolle antes que una decisión administrativa de sanción quede consumada.

Para ello debe tenerse en cuenta que mientras que la entidad debe comunicar de manera inmediata al Tribunal de Contrataciones del Estado la existencia de hechos que pueden dar lugar a la aplicación de sanción, tal como reza el artículo 244 del Reglamento, y aquél disponer el inicio del procedimiento sancionador en plazos relativamente cortos y perentorios; la materialización de un arbitraje demanda tiempo, el cual no puede ser distraído o pretender ser dilatado por el interesado, a riesgo de que sea sancionado antes de que el arbitraje que ha promovido se tramite.

En ese sentido, tanto la solicitud de arbitraje, y de ser el caso, la designación por OSCE o por la institución arbitral del árbitro en caso de que no lo hiciera la entidad en el plazo respectivo, según el caso; la oportuna designación del Presidente del Tribunal Arbitral por los árbitros designados o si vencido el plazo por OSCE o la institución arbitral, según corresponda; y finalmente, la realización inmediata del trámite de instalación, lo que implica en cada caso y según el TUPA del OSCE o las normas de la institución arbitral al que las partes se sometieron, son extremos que demandan diligencia, ya que cualquier dilación podría significar que dentro de un adecuado y ágil actuar del Tribunal de Contrataciones del Estado, éste emita resolución de sanción antes que se haya producido la tramitación del arbitraje.

Pero si, a pesar de esa diligencia, por razones administrativas ajenas al contratista, el inicio del trámite del arbitraje se dilatara mas allá de lo razonable, generándose el riesgo inminente de que se produzca el pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del Estado antes de la instalación, corresponde al contratista como parte de su diligencia, documentar el hecho ante esa instancia administrativa a fin de que se inhiba transitoriamente de emitir pronunciamiento, puesto que estará acreditado que la demora no es imputable a él sino a la Administración – que es a la postre el propio Estado - y por ende, si se emitiera pronunciamiento, se generaría un agravio a la legalidad del pronunciamiento.

De otra parte, cabe señalar igualmente que en sentido contrario a lo precedentemente detallado, bien podría también estar debidamente reglado que en los casos que el trámite de un arbitraje se suspenda inicialmente y posteriormente se archive, corresponda como obligación de la entidad en controversia o la del Tribunal Arbitral al resolver por el archivo, la de comunicar esa circunstancia al Tribunal de Contrataciones del Estado a fin de que el procedimiento administrativo sancionador se reinicie.

## Suspensión de sanción por el Tribunal Arbitral

Ahora bien, si se hubiese emitido la resolución de sanción antes de encontrarse en trámite el arbitraje promovido, cabría preguntarse si el Tribunal Arbitral una vez instalado podría disponer la suspensión de la resolución de sanción impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Para ello revisemos que la decisión que asume el mencionado Tribunal de Contrataciones es una resolución administrativa, cuya vía una vez agotada, sólo puede ser dejada sin efecto mediante la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial, regulada por la Ley 27584 y modificatorias, en especial el Decreto Legislativo N° 1067; tal como se encuentra precisado en el artículo 250 del Reglamento<sup>6</sup>.

Adicionalmente, si se argumentara que lo que se pretende es sólo la suspensión de sus efectos, habrá que recordar que esa posibilidad se encuentra regulada en el artículo 248 del Reglamento<sup>7</sup>, en el que una vez más el legislador reafirma que este tipo de decisiones de sanción para ser dejadas en suspenso requieren de una medida cautelar dictada dentro de un proceso judicial, excluyendo de esa posibilidad a las medidas cautelares que emiten los árbitros.

Si pretendiéramos un análisis más profundo que la mera constatación de lo que expresa la legislación, apreciaríamos que válidamente puede argumentarse, en primer lugar, que las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del Estado no forman, ni pueden formar parte del ámbito de convenio arbitral alguno, en razón de su naturaleza y de su contenido, al tratarse del ejercicio de una de las atribuciones del Estado consistente en imponer una pena ante la comisión de un ilícito tipificado como infracción.

En adición a eso, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, si bien originalmente el actuar del Tribunal de Contrataciones del Estado puede derivar de la comunicación de una parte de la relación contractual, ya iniciado aquél, dicha parte se

---

<sup>6</sup> Reglamento Ley de Contrataciones del Estado

**Artículo 250.- Acción Contencioso Administrativo**

Procede la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la Ley de la materia, contra:

- a) La resolución que impone una sanción; o
- b) La resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria.

<sup>7</sup> Reglamento Ley de Contrataciones del Estado

**Artículo 248.- Suspensión de las sanciones.**

La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. Cancelada o extinta bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.

La vigencia de las sanciones también se suspende por la interposición del recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento, y mientras éste no sea resuelto por el Tribunal.

Lo indicado en los párrafos anteriores resulta aplicable a las sanciones económicas impuestas por el Tribunal, en cuanto sea aplicable.

torna en ajena al procedimiento mismo, pues éste se desarrolla entre el infractor y la autoridad. En consecuencia, esta relación procesal es externa a la contractual y, por ende, ajena también a los alcances comprendidos en el ámbito de la materia arbitrable establecida en el convenio arbitral.

Con el propósito de arribar a una conclusión distinta, cabría explorarse si un Tribunal Arbitral podría disponer, a través de una medida cautelar, a la Gerencia de Registros de OSCE, dejar en suspenso la sanción administrativa. Pese al matiz, tal pareciera que no se superan las objeciones previamente desarrolladas, pues el fondo del asunto sigue siendo el mismo, lo que se pretende es dejar sin efecto una resolución administrativa que la legislación ha establecido sólo puede ser revocada mediante disposición del Poder Judicial.

En función de lo expuesto, y atendiendo finalmente a que el ámbito del convenio arbitral está circunscrito, con mayor o menor amplitud, a las controversias que se deriven de la ejecución e interpretación del contrato, la posibilidad de extender sus efectos a la decisión que asume un tercero ajeno de esa relación contractual, el Tribunal de Contrataciones del Estado, conlleva a que sea considerada en alto grado como inaplicable.

#### **A MANERA DE CONCLUSION**

La posibilidad de suspender un procedimiento administrativo sancionador derivado de una conducta tipificada como infracción, reposa en la acreditación que se exponga ante el Tribunal de Contrataciones del Estado que se encuentra en trámite un arbitraje, en el que se definirá la responsabilidad del contratista respecto a su conducta como generadora de la infracción tipificada en la ley.

Corresponde a los contratistas que se encuentren inmersos en situaciones como las que se han tratado anteriormente, actuar con diligencia a efectos de evitar que la sanción administrativa se produzca y cause efecto antes de la tramitación del arbitraje.

Aplicada la sanción, se considera que el Tribunal Arbitral no podría dejarla sin efecto o suspenderla, puesto que los alcances del convenio arbitral no incluye las decisiones de terceros, mas aún cuando se trata del Tribunal de Contrataciones del Estado, ajenos a la relación contractual, sin perjuicio de los matices expuestos precedentemente sobre diligencia del contratista y retardo de la Administración para el inicio del trámite del arbitraje.