

LA REVISIÓN DE LA NULIDAD DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS BAJO EL RÉGIMEN DE LAS COMPRAS ESTATALES: PROTESTAS Y PROPUESTAS¹

CÉSAR R. RUBIO SALCEDO²

I. PRESENTACIÓN

El presente trabajo de investigación tiene por objeto evaluar la revisión de la nulidad de los contratos administrativos a través de la jurisdicción arbitral; fórmula empleada por la normativa de contratación vigente; especialmente.

En ese sentido, plasmaremos resumidamente el régimen de nulidad de los contratos administrativos en la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, LCE); pasando por algunas categorías necesarias para la comprensión del tema, tales como: proceso de selección, otorgamiento de la buena pro, trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad así como el tratamiento de la declaración de nulidad de los contratos por la normativa anterior y la vigente.

Posteriormente, pasaremos a explicar cómo, en este tema concreto, la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado confluye con la vía arbitral; para luego proceder a señalar los inconvenientes de la jurisdicción arbitral para conocer este tipo de controversias.

Finalmente, y luego de haber realizado una evaluación entre ambos sistemas –en el cual se emplean criterios jurídicos, funcionales y un ensayo de los costos en uno y otro caso– ; presentaremos nuestra propuesta como una mejora sobre todo el escenario descrito.

II. EL RÉGIMEN DE LA NULIDAD DE OFICIO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN LA LCE

1. Apuntes sobre las compras estatales en el ordenamiento jurídico peruano.

1.1. Los procesos de selección y el otorgamiento de la buena pro

Los **procesos de selección** constituyen la vía común a través de la cual el Estado adquiere bienes y servicios o ejecuta obras para el cumplimiento de sus objetivos. A través estos mecanismos, se examinan las propuestas de los participantes a partir de criterios objetivos y congruentes legalmente establecidos; siendo que la que obtenga el mejor puntaje sea beneficiada con la *buena pro*, un derecho expectatio para contratar con el Estado.

¹ Este trabajo de investigación ha sido publicado en Estudios sobre la Nulidad Procesal. Lima: Editora Gaceta Jurídica. Enero 2010. 533 páginas. Ver especialmente las páginas 361 a 389. El tema que inspira este documento también ha sido expuesto en el IV Congreso Nacional de Derecho Administrativo, realizado los días 22, 23 y 24 de abril de 2010 en la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima. También viene siendo presentado como tesina para la Maestría de Gestión Pública ante el Instituto Universitario Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid.

² Abogado Titulado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Contratación Estatal y Derecho Administrativo.

La doctrina nacional ha definido al proceso de selección como un procedimiento administrativo de carácter especial; al que le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a su normativa específica de contratación pública³. Por su parte, la actual normativa ha definido al proceso de selección como “*un procedimiento especial conformado por un conjunto de actos administrativos, de administración o hechos administrativos, que tiene por objeto la selección de la persona natural o jurídica con la cual las Entidades del Estado van a celebrar un contrato para la contratación de bienes, servicios o la ejecución de una obra*”⁴.

En esa perspectiva, de lo anterior podemos deducir que el **otorgamiento de la buena pro** puede ser definido como el acto concreto de elección que hace la Administración Pública respecto a una persona natural o jurídica cuya propuesta ha obtenido el mejor puntaje en un determinado proceso de selección; constituyéndose a su favor un derecho expectatio mediante el cual podrá contratar con el Estado en un momento posterior. En otras palabras, el otorgamiento de la buena pro es la expectativa real y legítima para contratar con el Estado que obtiene una persona luego de haber pasado por determinadas evaluaciones.

Podemos decir también que el otorgamiento de la buena pro, además de ser un derecho expectatio, constituye un deber: el ganador de la buena pro tiene la obligación de cumplir con la presentación de determinados requisitos adicionales a fin de poder suscribir el respectivo contrato con la Entidad. Es decir que, con el otorgamiento de la buena pro, el ganador de la buena pro espera suscribir el contrato con la Entidad del Estado, siempre y cuando cumpla con otros requisitos previstos en la normativa vigente⁵. En otras palabras, este derecho expectatio se colige con la

³ El autor nacional LINARES JARA ha indicado que: “*El término licitación, entendido de forma genérica, alude a todos los procedimientos de selección de contratistas. Se debe afirmar, al igual que la doctrina, que se trata de procedimientos administrativos de carácter especial y no de procesos de contratación o de selección.*”

En resumen, a los procedimientos administrativos especiales de selección de contratistas, le son aplicables las normas del procedimiento administrativo general en lo que no se oponga a la normativa especial de contratación pública. Es un error por ello referirnos a los procedimientos de selección como procesos. Los procesos aluden al ámbito judicial o a todos los actos que hacen la contratación, abarcando en consecuencia un iter más amplio que el procedimiento de selección y que comprende entre otros, la definición de necesidades, el planeamiento respectivo, la evaluación de existencia de recursos con los cuales asumir los contratos requeridos, la designación del órgano evaluador y adjudicador del contrato, la elaboración de las especificaciones técnicas, precios de referencia, pliego de condiciones o bases, factores o criterios de exclusión, de selección y adjudicación del contrato y la convocatoria. Luego de lo indicado y con la convocatoria, comienza el procedimiento administrativo de selección de contratistas.” LINARES JARA, Mario. *Contratación Pública. Derecho local, internacional y de la integración*. Grijley: Lima. 2008: 298 páginas. Ver especialmente las páginas 89 y 90.

⁴ Ver definición 42 del Anexo Único – Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

⁵ El artículo 141 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece determinados requisitos para la suscripción de contrato:

“Artículo 141.- Requisitos para suscribir el Contrato

Para suscribir el contrato, el postor ganador de la Buena Pro deberá presentar, además de los documentos previstos en las Bases, los siguientes:

1. Constancia vigente de no estar inhabilitado para contratar con el Estado, salvo en los contratos derivados de procesos de Adjudicación de Menor Cuantía y de procesos de selección según relación de ítems, en los que el monto del valor referencial del ítem o sumatoria de los valores referenciales de los ítems adjudicados a un mismo postor no superen lo establecido en la normativa vigente para convocar a una Adjudicación de Menor Cuantía, en los que la Entidad deberá efectuar la verificación correspondiente en el portal del RNP.

2. Garantías, salvo casos de excepción.

3. Contrato de consorcio con firmas legalizadas de los consorciados, de ser el caso.

Estos requisitos no serán exigibles cuando el contratista sea otra Entidad, cualquiera sea el proceso de selección, con excepción de las Empresas del Estado que deberán cumplirlos.

obligación de contratar que asumen legalmente tanto la Entidad como el o los postores ganadores de la buena pro⁶.

Lo mencionado hasta esta parte es relevante en tanto que para participar en los procesos de selección los participantes y postores deben presentar propuestas técnico-económicas de naturaleza documental. Dichas propuestas gozan del Principio de Presunción de Veracidad y están sometidas a controles posteriores, como pasaremos a desarrollar.

1.2. El principio de presunción de veracidad en el régimen de contratación estatal

En el ordenamiento legal peruano, la presunción de veracidad no ha sido desarrollada por la normativa concerniente a las Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Sin embargo, la presunción de veracidad es considerada un principio, previsto en el numeral 1.7 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y su modificatoria (en adelante, "la LPAG"). En dicho texto se advierte que, en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrativos en la forma prescrita en la Ley, responden a la verdad de los hechos que se afirman⁷.

Así también, el artículo 42 de dicha norma desarrolla la presunción de veracidad: todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados, así como la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos; salvo prueba en contrario⁸.

Luego de la suscripción del contrato y, en el mismo acto, la Entidad entregará un ejemplar del mismo al contratista."

⁶ El artículo 137 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, impone la obligación de respecto de quien haya consentido el otorgamiento de la buena pro a su favor:

"Artículo 137.- Obligación de contratar

Una vez que la Buena Pro ha quedado consentida o administrativamente firme, tanto la Entidad como el o los postores ganadores, están obligados a suscribir el o los contratos respectivos.

La Entidad no puede negarse a suscribir el contrato, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del proceso de selección, por norma expresa o porque desaparezca la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad, en el responsable de Administración o de Logística o el que haga sus veces, según corresponda.

En caso que el o los postores ganadores de la Buena Pro se nieguen a suscribir el contrato, serán pasibles de sanción, salvo imposibilidad física o jurídica sobrevenida al otorgamiento de la Buena Pro que no le es atribuible, declarada por el Tribunal."

⁷ **"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...) 1.7. Principio de Presunción de Veracidad: en la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrativos en la forma prescrita en esta Ley, responden a la verdad de los hechos que se afirman. Esta presunción admite prueba en contrario..."

⁸ **"Artículo 42.- Presunción de veracidad**

42.1. *Todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos se presumen verificados por quien hace uso de ellos, así como de contenido veraz para fines administrativos salvo prueba en contrario.*

42.2. *En caso de las traducciones de parte, así como los informes y constancias profesionales o técnicas presentadas como sucedáneos de documentación oficial, dicha responsabilidad alcanza solidariamente a quien los presenta y a los que los hayan expedido."*

En referencia a la contratación estatal, la presunción de veracidad es aquella prerrogativa que se aplicaría a todos y cada uno de los documentos presentados por los postores en el desarrollo de un proceso de selección; especialmente en la presentación de propuestas técnico-económicas que dichos postores hagan en dichos procedimientos administrativos. Dicha presunción también alcanzaría a los documentos que han sido presentados oportunamente antes de la suscripción del contrato.

Este principio tiene como contraparte la facultad de la Administración de realizar la fiscalización posterior de los documentos presentados; el mismo que ha sido previsto en el ordenamiento como el **Principio de Controles Posteriores**, como se describe en el numeral 1.16 del Artículo IV del Título Preliminar⁹ de la LPAG; y con más detalle en el artículo 32 de dicho cuerpo legal¹⁰.

Para el caso de las compras estatales el régimen peruano ha determinado que, ante la trasgresión de la presunción de veracidad, el Titular podrá declarar de oficio la nulidad del contrato administrativo celebrado.

2. La nulidad de los contratos en la anterior normativa de compras estatales.

La nulidad del contrato fue incluida como facultad administrativa en el régimen de contratación estatal a través de la Ley N° 28911, publicada el 03 de diciembre del 2006; que modificaba la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley 26850:

"Artículo 57.- Nulidad

El Tribunal en los casos que conozca, declarará nulos los actos administrativos expedidos por las Entidades cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un

⁹ **"Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:*

(...) 1.16. **Principio de privilegio de controles posteriores.-** *La tramitación de los procedimientos administrativos se sustentará en la aplicación de la fiscalización posterior; reservándose la autoridad administrativa, el derecho de comprobar la veracidad de la información presentada, el cumplimiento de la normatividad sustantiva y aplicar las sanciones pertinentes en caso que la información presentada no sea veraz."*

¹⁰ **"Artículo 32.- Fiscalización posterior**

32.1. *Por la fiscalización posterior, la entidad ante la que es realizado un procedimiento de aprobación automática o evaluación previa queda obligada a verificar de oficio mediante el sistema de muestreo, la autenticidad de las declaraciones, de los documentos, de las informaciones y de las traducciones proporcionadas por el administrado.*

32.2. *La fiscalización comprende no menos del diez por ciento de todos los expedientes sujetos a la modalidad de aprobación automática, con un máximo de 50 expedientes por semestre, pudiendo incrementarse teniendo en cuenta el impacto que en el interés general, en la economía, en la seguridad o en la salud ciudadana pueda conllevar la ocurrencia de fraude o falsedad en la información, documentación o declaración presentadas. Dicha fiscalización deberá efectuarse semestralmente de acuerdo a los lineamientos que para tal efecto dictará la Presidencia del Consejo de Ministros.*

32.3. *En caso de comprobar fraude o falsedad en la declaración, información o en la documentación presentada por el administrado, la entidad considerará no satisfecha la exigencia respectiva para todos sus efectos, procediendo a comunicar el hecho a la autoridad jerárquicamente superior, si lo hubiere, para que se declare la nulidad del acto administrativo sustentado en dicha declaración, información o documento; imponga a quien haya empleado esa declaración, información o documento una multa a favor de la entidad entre dos y cinco Unidades Impositivas Tributarias vigentes a la fecha de pago; y, además, si la conducta se adecua a los supuestos previstos en el Título XIX Delitos contra la Fe Pública del Código Penal, ésta deberá ser comunicada al Ministerio Público para que interponga la acción penal correspondiente."*

imposible jurídico, o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normatividad aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida la etapa a la que se retrotraerá el proceso.

El Titular de la Entidad podrá declarar de oficio la nulidad del proceso de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, sólo hasta antes de la celebración del contrato, sin perjuicio de que pueda ser declarada por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en la resolución recaída sobre los recursos impugnativos que conozca.

Después de celebrados los contratos sólo es posible declarar la nulidad de oficio para efectos del artículo 9 de la presente Ley y cuando se verifique la transgresión del Principio de Presunción de Veracidad. Esta facultad es indelegable. (el resaltado es nuestro)

De la misma manera, se modificó el artículo 202º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 084-2004-PCM; donde se mencionó adicionalmente que la Entidad debía notificar dicho acto administrativo notarialmente. Además, este dispositivo legal dispuso un procedimiento mediante el cual el contratista que no estuviera de acuerdo podría someter la controversia a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes:

“Artículo 202.- Nulidad del contrato

Son causales de nulidad del contrato las previstas por el Artículo 9 de la Ley así como cuando, una vez efectuada la fiscalización posterior, se determine la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad. La Entidad declarará la nulidad de oficio; para lo cual se cursará Carta Notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato; dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.”

En caso de que el contratista hubiera optado por someter la nulidad de oficio a conciliación o arbitraje, debía continuar con el procedimiento establecido en los artículos 272, 273 y siguientes de dicho Reglamento^{11 12}.

¹¹ ***“Artículo 272.- Conciliación***

Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, en armonía con lo revisto en los artículos 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento, pudiendo optar por:

- 1) Recurrir a un centro de conciliación, caso en el que la conciliación se desarrollará bajo los alcances de la legislación de la materia.*
- 2) Recurrir al CONSUCODE, el mismo que organizará y administrará el procedimiento de conciliación, de acuerdo con el Reglamento que apruebe para tal efecto.”*

¹² ***“Artículo 273.- Arbitraje***

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad previsto en el Artículo 53 de la Ley, en armonía con lo previsto en los 202, 227, 232, 257, 259, 265, 267, 268 y 269 de este Reglamento. Para iniciar el arbitraje, las partes deben recurrir a una institución arbitral, en el caso de arbitraje institucional, o remitir la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento, en el caso de arbitraje ad hoc.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto a la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.”

3. La nulidad de oficio de los contratos administrativos en el actual régimen. Supuestos de la nulidad de oficio de los contratos administrativos.

Respecto a la nulidad de los contratos, se aprecia que la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, "la LCE") ha incluido tres causales adicionales a las establecidas en la norma anterior; a saber: **i)** cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o, **ii)** cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente; o, **iii)** en caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera:

"Artículo 56.- Nulidad de los actos derivados de los procesos de selección

(...) Después de celebrados los contratos, la Entidad podrá declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 10 de la presente norma;*
- b) Cuando se verifique la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;*
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,*
- d) Cuando no se haya utilizado el proceso de selección correspondiente.*

En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo proceso de selección que correspondiera, se incurrirá en causal de nulidad del proceso y del contrato, asumiendo responsabilidades los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

*Cuando corresponda **al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato**, se considerarán en primer lugar las causales previstas en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento, y luego las causales de nulidad reconocidas en el derecho público aplicable." (el resaltado es nuestro).*

3.1. Supuestos de la nulidad de oficio de los contratos administrativos: en especial, la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad.

Hemos indicado ya que la nueva normativa de contratación estatal ha mantenido la causal de trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad, como causal de la nulidad de oficio del contrato administrativo. Pero, qué debemos entender como trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad?

Hemos señalado ya que por el Principio de Presunción de Veracidad, se presume que todas las declaraciones juradas y documentos presentados por los administrados se tienen por ciertos y gozan de contenido veraz. Sin embargo, esta presunción puede ser desvirtuada si las Entidades de la Administración, en ejercicio de controles posteriores, detectan o encuentran indicios que alguno de los documentos o declaraciones juradas presentadas no se condicen con la realidad.

En materia de contratación estatal, podemos decir que se configura la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad cuando, realizado un proceso de selección, la Entidad convocante detecta o encuentra indicios respecto a la presentación de documentos falsas o declaraciones juradas con contenido inexacto por los postores participantes. Dicha trasgresión puede ser verificada en el curso del proceso de selección, o posterior a su realización.

Así lo resume el texto legal cuando dispone que, si advertida la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad tanto en el proceso de selección o la suscripción del contrato, El Titular de la Entidad tiene la potestad indelegable de declarar la nulidad del contrato.

Como veremos a continuación, esta decisión administrativa de declarar la nulidad del contrato podrá ser sometida a mecanismos alternativos de solución de conflictos; principalmente a la jurisdicción arbitral.

4. La revisión de la nulidad de oficio de los contratos administrativos en la vía arbitral.

La nulidad de oficio del contrato administrativo puede ser sometida a conciliación y/o arbitraje por los postores o contratistas que se consideren afectados o perjudicados; según lo estipulado en el artículo 52 de la LCE:

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad...” (el resaltado es nuestro).

Por su parte, el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-PCM (en adelante, “el Reglamento LCE”) ha imitado el mecanismo de revisión de la nulidad del Reglamento anterior; a saber, la opción de recurrir a la conciliación o al arbitraje en los siguientes quince (15) días hábiles de haber sido comunicado notarialmente el acto administrativo que declara la nulidad:

“Artículo 144°.- Nulidad del Contrato

Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56° de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes el contratista que no esté de acuerdo con esta decisión, podrá someter la controversia a conciliación y/o arbitraje.”

Como en la norma anterior, el Reglamento LCE también ha establecido procedimientos a seguir si el o los afectados por la nulidad de oficio del contrato en caso opten por acudir a la conciliación o a la vía arbitral; como se aprecia en los artículos 214, 215 y siguientes del Reglamento LCE^{13 14}.

III. LA TRASGRESIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE VERACIDAD COMO CONDUCTA PASIBLE DE LA POTESTAD SANCIONADORA DEL TRIBUNAL

1. La potestad sancionadora del Tribunal. Una propuesta de definición.

Cuando los administrados transgreden o incumplen los dispositivos y normas vigentes en el ordenamiento jurídico, el Estado pone en funcionamiento mecanismos de coerción para asegurar el cumplimiento de dichos preceptos. Estos mecanismos de coerción se activan ante la comisión de ilícitos previamente establecidos en la ley: conductas u omisiones frente a las que se imponen sanciones de naturaleza administrativa y/o económica. Así se configura la **potestad sancionadora** del Estado.

El doctor Richard MARTIN TIRADO explica a la potestad sancionadora de la siguiente manera:

*“Las entidades de la Administración Pública tienen reconocida una potestad sancionadora específica, la misma que se funda en un imperativo general de coerción asignado a las entidades que forman parte integrante de la Administración Pública, a fin de cumplir los mandatos establecidos en las normas dirigidas a regular y/o determinar las conductas de los ciudadanos. Tal como lo afirma SANTAMARÍA PASTOR, la obligatoriedad de las disposiciones que integran el ordenamiento jurídico vigente respecto de los administrados, exigen la incorporación de mecanismos de reacción frente a conductas que se traduzcan en el incumplimiento o contravención de los mismos, toda vez que la eficacia de un sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas en la Administración para garantizar su cumplimiento...”*¹⁵

Este autor afirma que la potestad sancionadora es una manifestación del *ius puniendi* del Estado:

¹³ “**Artículo 214.- Conciliación**

Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 70, 75°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° o en el artículo 52° de la Ley, debiendo iniciarse este procedimiento ante un Centro de Conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia. Las actas de conciliación deberán ser remitidas al OSCE para su registro y publicación, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas.”

¹⁴ “**Artículo 215.- Arbitraje**

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad en los artículos 144°, 170, 175°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° o en su defecto, en el artículo 52° de la Ley...”

¹⁵ MARTIN TIRADO, Richard. *El ejercicio de la potestad sancionadora de CONSUCODE y los límites formales para la aplicación del recurso de reconsideración*. En: Revista Derecho y Sociedad. Año N° XV. N° 23. 2004. Páginas 16 – 23. Ver especialmente la página 16.

“... el Estado tiene reconocido a su favor el ius puniendi, o potestad punitiva, la misma que se subdivide en dos grandes ramas o “brazos represivos”. De un lado, el Estado dispone de la potestad penal, como un medio más intenso de la represión de las conductas ilícitas que afectan a los bienes jurídicos principales o de mayor incidencia en la vida de comunidad. Por el otro, el Estado dispone de la potestad administrativa sancionadora, como instrumento para reprimir aquellos ilícitos menores, o que afectan bienes jurídicos que no tienen una incidencia tan intensa como los tutelados por el derecho penal. La relación entre la potestad penal y la potestad sancionadora de la Administración, es pues de subsidiariedad, puesto que el derecho penal se rige por el principio de última ratio, según el cual, sólo es posible recurrir al derecho penal en los casos extremos, en las lesiones comprobadas a bienes jurídicos esenciales e importantes para la vida en sociedad (...) Al margen de las diferencias existentes en el régimen jurídico del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, es conveniente ubicar a la regulación de la potestad sancionadora administrativa como un elemento del ius puniendi estatal, por el cual se encarga a determinadas entidades públicas, a imposición de sanciones ante la comisión de infracciones determinadas como faltas o ilícitos de orden administrativo...”¹⁶

Sin embargo, consideramos que la potestad sancionadora es una manifestación de la potestad de policía o *ius imperium* del Estado antes que del *ius puniendi* relacionado directamente al ámbito jurisdiccional punitivo; tal como lo ha estipulado el profesor Alejandro NIETO:

“En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos (...) la tesis policial, conforme a la cual la potestad sancionadora es un corolario imprescindible de la potestad de policía de que dispone la Administración. (...) de tal manera que donde hay Policía aparecen las sanciones y hasta puede afirmarse que las sanciones son el pilar sobre el que se asienta la Policía, puesto que sin ellas no podría ser efectiva (...) quien tiene la potestad de ordenar, de mandar y prohibir, ha de tener también la potestad de sancionar, como potestad aneja e inseparable de la anterior, dado que sin la segunda parece que la primera ha de resultar inoperante (...) la potestad administrativa sancionadora forma parte ínsita de la competencia de gestión (...) Concebida la potestad sancionadora de la Administración como potestad aneja a la potestad de regular y de ejecutar la actuación pública en determinadas materias, adquiere mayor sustantividad y flexibilidad; aunque, eso sí, sin desvincularse de las reglas constitucionales y penales, de las que no podría separarse para no romper la coherencia de la acción pública, pero sin llegar, por ello, a ser una emanación o simple

¹⁶ *Idem*. Ver especialmente págs. 16 y 17.

manifestación del ius puniendi del Estado ni, mucho menos, de las potestades penales...”¹⁷

Considerando que, como todas las potestades y facultades gubernamentales, esta potestad administrativa puede afectar potencial y directamente los derechos de los administrados, su ejercicio por parte del Estado debe realizarse en cumplimiento de determinados principios¹⁸; las mismas que se resumen en:

- *Reserva de ley*: la potestad sancionadora debe estar prevista y atribuida o facultada en una ley o una norma con rango de ley.
- *Exclusividad de ejercicio*: la potestad sancionadora sólo será ejercida de manera exclusiva y excluyente por la Entidad, órgano o dependencia a la que se le haya otorgado expresamente dicha facultad. Difícilmente, esta facultad podrá ser delegada por quien la ejerce.
- *Preexistencia de los ilícitos y sanciones a aplicar*: para que el Estado pueda ejercer la potestad sancionadora, los supuestos de hecho considerados como ilícitos y las sanciones a aplicarse deben estar previamente establecidos en la norma. A esto también se le conoce como *principio de tipicidad*.
- *Debido procedimiento*: el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado debe estar enmarcado en el desarrollo de un procedimiento administrativo – *procedimiento sancionador* – previamente establecido.
- *Razonabilidad*: las sanciones deben ser aplicadas tomando en consideración criterios como intencionalidad de la comisión, el perjuicio causado, circunstancias de la comisión de la infracción, la repetición de la comisión de la infracción, entre otros.

En lo que respecta al régimen de contratación estatal, la potestad sancionadora está facultada expresamente al Tribunal de Contrataciones del Estado; la misma que ha sido atribuida a partir de los artículos 51 y 63 de la LCE:

“Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas

(...) 51.2 Sanciones

En los casos que la presente norma o su Reglamento lo señalen, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores y contratistas las sanciones siguientes:

- a) *Inhabilitación temporal: 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.*

¹⁷ NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.): Madrid. 2005. 591 páginas. Ver especialmente la página 27 y las páginas 94 al 97.

¹⁸ Tenemos conocimiento que, para el caso del ordenamiento administrativo peruano, los principios del procedimiento sancionador se encuentran desarrollados en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y su modificatoria. Estos principios también son limitaciones a la actividad estatal, a fin de preservar o no afectar los derechos fundamentales de los administrados.

- b) *Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los proveedores, participantes, postores, contratistas y entidades de los derechos a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones cuyo tiempo sumado sea mayor a treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva al proveedor, participante, postor o contratista.*
- c) *Económicas: Son aquellas que resultan de la ejecución de las garantías otorgadas a la presentación de recursos de apelación que son declarados infundados o improcedentes por el Tribunal de Contrataciones del Estado. Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devolverá la garantía. En caso de desistimiento, se ejecutará el cien por ciento (100%) de la garantía.*

Las sanciones que se imponen no constituyen impedimento para que el contratista cumpla con las obligaciones derivadas de contratos anteriormente suscritos con Entidades; por lo tanto, deberá proseguir con la ejecución de los contratos que tuviera suscritos hasta la culminación de los mismos.”

“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:

- (...) b) *Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso...”*

Esta competencia también se desarrolla principalmente en el artículo 235 del Reglamento LCE, donde precisa que la misma es exclusiva del Tribunal de Contrataciones del Estado; que a la letra dice:

“Artículo 235.- Potestad sancionadora del Tribunal

La facultad de imponer sanción administrativa de inhabilitación, temporal o definitiva, o sanción económica, a que se contraen los artículos 51º y 52º de la Ley, a proveedores, participantes, postores, contratistas, expertos independientes y árbitros según corresponda, por infracción de las disposiciones contenidas en la Ley y el presente Reglamento, reside en exclusividad en el Tribunal.”

De lo anterior, podemos inferir que la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones se lleva a cabo a través en dos (2) etapas concretas:

- i. **Primera etapa – Determinación de las infracciones:** en un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio o por denuncia de terceros, el Tribunal de Contrataciones del Estado, determinará si efectivamente se ha configurado una o varias infracciones previstas en el artículo 51 de la Ley.

- ii. **Segunda etapa – Aplicación de sanciones:** en el marco del procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio o por denuncia de terceros, el Tribunal impondrá las sanciones que razonablemente sean aplicables; para el caso que se haya determinado la comisión de una o varias infracciones.

2. La trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad como infracción prevista en la LCE

Hemos indicado que la trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad se constituye cuando, habiéndose realizado los controles posteriores sobre los documentos presentados en un proceso, se advierte las propuestas contienen información que no concuerda con la realidad.

Creemos importante mencionar en este punto que el Tribunal de Contrataciones del Estado ha establecido los lineamientos que constituyen manifestaciones concretas al quebrantamiento de la presunción de veracidad; ya sea con la presentación de documentación falsa o inexacta al proceso:

*“... para la configuración de los supuestos de hecho que contiene la referida infracción se requiere previamente acreditar la falsedad del **documento cuestionado, bien que éste no haya sido expedido por el órgano emisor correspondiente, o bien que, siendo válidamente expedido, haya sido adulterado en su contenido.** Por otro lado, la infracción referida a información inexacta se configura con la presentación de manifestaciones no concordantes con la realidad; es decir, **cuando se produzca un falseamiento de la misma, a través del quebrantamiento de los principios de moralidad y presunción de veracidad que amparan a las referidas declaraciones de conformidad con lo establecido en el inciso 1) del artículo 3º del citado Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1.7 del Artículo IV del Título Preliminar y el numeral 42.1 del artículo 42º de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General...**”¹⁹ (el resaltado es nuestro)*

¹⁹ Resolución Nº 017/2007.TC-SU del 08 de enero del 200, que resuelve el Procedimiento administrativo sancionador seguido por el Tribunal Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado iniciado a la empresa OLC Ingenieros E.I.R.L. por supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o declaraciones juradas con información inexacta durante la Adjudicación Directa Selectiva Nº ADS-0020-2004-OFP/PETROPERU, convocada por Petróleos del Perú S.A. – PETROPERU S.A., para la adquisición de 02 UPS en paralelo – redundante de 50 KVA. Así también el Tribunal ha señalado que: “... *este Colegiado considera pertinente señalar que tanto la Ley del Procedimiento Administrativo General, como el Reglamento de la Ley de Contrataciones y adquisiciones del Estado han establecido que la responsabilidad por la presentación de documentos falsos o declaraciones juradas inexactas corresponde al administrado que lo presentó en el trámite el procedimiento administrativo. En el mismo sentido, el literal f) del artículo 205 del Reglamento considera autor de la infracción al postor que presenta una oferta que contenga documentos falsos o declaraciones inexactas dentro de un proceso de selección. Siendo que, las normas legales vinculadas con los procesos de selección no han establecido que deba mediar dolo o culpa en los infractores para que se configuren las infracciones. Tal conclusión surge del hecho que la intencionalidad del autor no ha sido establecida en el Reglamento como una condición para la configuración de la infracción sino como un criterio para la graduación de la sanción...*” Resolución Nº 054/2007-TC-SU del 12 de enero del 2007, que resuelve el Procedimiento administrativo sancionador seguido por el Tribunal Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado iniciado a la empresa Importadora Continental S.A.C. por supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o declaración jurada con información inexacta durante la Adjudicación Directa Selectiva Nº 0007-2004-UNFV, convocada por la Universidad Nacional Federico Villarreal, con el objeto de adquirir materiales químicos. La Resolución Nº 069/2007-TC.SU del 18 de enero del 2007, que resuelve el Recurso de Revisión

De la misma manera, el Tribunal ha señalado que:

*“... el supuesto de hecho contenido en la infracción imputada está referido a la sola presentación de documentos falsos o inexactos, de modo que para que la conducta infractora se configure, únicamente se requiere acreditar que el documento presentado por el Postor es efectivamente discordante con la realidad, independientemente de quién hay sido su autor o de las circunstancias que hayan conducido a su falsificación. (...) Así, en atención a los criterios utilizados por el Tribunal en anteriores oportunidades, **la falsedad de un documento puede plasmarse de dos maneras: la primera de ellas supone que el documento cuestionado no haya sido expedido por su emisor, mientras que la segunda implica que aún cuando el documento haya sido válidamente expedido, haya sido posteriormente adulterado en su contenido.** (...) Precisamente, en aplicación de dicho principio, la Administración Pública se encuentra en el deber de presumir como veraces los documentos presentados por el administrado, mientras no se pruebe lo contrario. **En consecuencia, debido a que en el presente caso se ha comprobado la falsedad del Certificado en cuestión, corresponde tener por quebrantado el Principio de Presunción de Veracidad que amparaba al Postor.** Asimismo, mediante el referido principio, recae en el Postor la obligación de verificar que toda la documentación e información a presentar se ajustara a la verdad, pues, conforme al artículo 42 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, todas las declaraciones juradas, los documentos sucedáneos presentados y la información incluida en los escritos y formularios que presenten los administrados para la realización de procedimientos administrativos, se presumen verificados por quien hace uso de ellos.”²⁰ (el subrayado es nuestro)*

En resumen, la trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad en el marco de las Compras Estatales según la perspectiva del Tribunal, se materializa a través de:

Presentación de documentos falsos

- La presentación de documentos emitidos por órgano incompetente.

presentado por el Consorcio J&J, integrado por las empresas CONSTRUCTORA LUCERITO S.R.L. y SIGMA S.A. CONTRATISTAS GENERALES contra la Resolución de Gerencia General N° 1665-06-GG-BM, que declaró la nulidad de oficio de la Licitación Pública Nacional N° 0006-2006-BM (Primera Convocatoria), efectuada por el Banco de Materiales S.A.C. (BANMAT) para la ejecución de la obra “Mejoramiento integral de barrios en el BUM: Asentamiento Humano Barrio Villón Bajo”; en su parte pertinente indica que: “... *la presunción de veracidad que por imperio de la Ley reviste las actuaciones de los administrados admite prueba en contrario, es decir, durante la sustanciación de un determinado procedimiento administrativo se advierten indicios de supuestos fraudes o contradicciones, la autoridad administrativa deberá disponer los mecanismos que le permitan formar convicción sobre la certeza y veracidad de los hechos cuestionados, para lo cual tendrá que realizar una apreciación integral de las pruebas aportadas...*”

²⁰ Resolución N° 187/2007.TC-SU del 20 de febrero del 2007, mediante la cual se resolvió el Procedimiento administrativo sancionador seguido por el Tribunal Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado iniciado a la empresa Burgos Servis S.A.C. por supuesta responsabilidad en la presentación de documentos falsos o inexactos al Instituto Nacional de Infraestructura y de Salud – INFES y al Consejo Superior de Contrataciones del Estado – CONSUCODE.

- La presentación de documentos emitidos por órgano competente, pero adulterados en su contenido.

Presentación de información inexacta

- Documentos con información no concordante con la realidad.

Como se observa en el literal i) del artículo 51 de la LCE, la trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad estudiada hasta ahora ha sido tipificada como una infracción administrativa; siendo ésta la conducta consistente en la presentación de documentos falsos e/o inexactos a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado²¹.

Por todo lo anteriormente indicado, podemos deducir que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el órgano competente que ejerce la facultad exclusiva para determinar se ha cometido la trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad, ya sea a través de presentación de documentación falsa e/o inexacta en los procesos de selección. De ser el caso, el Tribunal procederá a aplicar las sanciones a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o expertos independientes que hayan incurrido en ella.

A continuación, explicaremos el conflicto producido en torno a la revisión de la nulidad del contrato como la facultad exclusiva de la Administración (Tribunal de Contrataciones del Estado) frente a su tratamiento como una controversia de ser revisada en sede arbitral.

IV. PROTESTAS Y PROPUESTAS

1. Las limitaciones jurídicas y funcionales del arbitraje administrativo.

1.1. La potestad sancionadora como facultad exclusiva e indelegable del Estado.

Como hemos mencionado en el punto anterior, el Tribunal de Contrataciones del Estado, en ejercicio de sus competencias y atribuciones, es quien debe determinar de manera exclusiva si los postores o proveedores han trasgredido el Principio de Presunción de Veracidad.

No obstante, la actual normativa de contrataciones ha dispuesto que la nulidad de oficio de los contratos administrativos deba ser tratada como una controversia contractual antes que como una infracción administrativa; cuya causa podrá ser revisada a través de la vía arbitral.

²¹ “**Artículo 51.- Infracciones y sanciones administrativas**

51.1. Infracciones

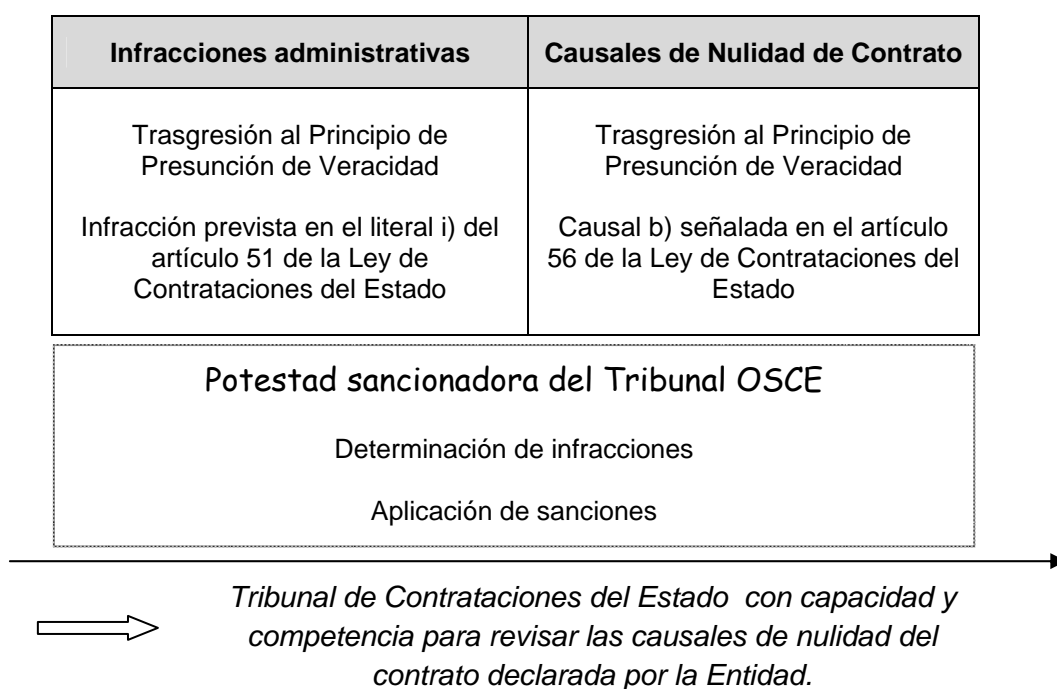
Se impondrá sanción administrativa a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas que:

(...) i) Presenten documentos falsos o información inexacta a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado o al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE...”

Es importante resaltar el hecho que la derogada Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572 y modificatorias, señaló que podían someterse a arbitraje las controversias pretensiones determinadas y determinables sobre las cuales las partes tienen libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; a excepción de las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público²².

Así, formalmente nos encontramos ante una contradicción legal: por un lado, se afirma que el Tribunal de Contrataciones del Estado es el colegiado administrativo que, de manera exclusiva, va a determinar y de ser el caso, aplicar sanciones si se ha producido una trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad en los procesos de selección. Por otro lado, también se permite que esta controversia, pueda ser revisada a través de la vía arbitral.

Esta contradicción se traduce en una duplicidad de funciones o competencias; como se detalla en el siguiente gráfico:



Por otro lado, al ser ésta una facultad administrativa del Estado, y dada su naturaleza exclusiva e indelegable, no resulta conveniente señalar que la declaración de nulidad del contrato sea materia o derecho disponible del Estado; facultad a todas luces indisponible y de ejercicio puramente estatal. Por el contrario, constituiría una

²² “**Artículo 1°.- Disposición General.-** Pueden someterse a arbitraje las controversias pretensiones determinadas y determinables sobre las cuales las partes tienen libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: (...) 4. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”

prerrogativa o manifestación de *ius imperium* que la legislación delega exclusivamente al Estado.

Por tanto:

- Si la nulidad del contrato no es un derecho disponible ni una pretensión de naturaleza patrimonial, su revisión no sería una pretensión pasible de conciliación; menos aún, pasible de arbitraje.
- La nulidad del contrato no es un derecho o pretensión de materia disponible, sino mas bien una atribución legal exclusiva y excluyente. Por ende, no sería aplicable el arbitraje considerando que este mecanismo alternativo de solución de conflictos sólo es utilizado cuando se trata de materias disponibles y, preferentemente, de carácter patrimonial.

Entonces, la nulidad del contrato no podrá ser revisada a través de los mecanismos de conciliación y/o arbitraje, como desafortunadamente lo ha dispuesto la LCE o su Reglamento; toda vez que, antes que un derecho disponible o de contenido patrimonial, la declaración de la nulidad de oficio del contrato es una facultad o atribución *ius imperium* del Estado.

1.2. La capacidad del Tribunal Arbitral frente a la experiencia del Tribunal de Contrataciones del Estado

Sin ánimo de menospreciar la jurisdicción arbitral o la capacidad de los árbitros que conocen estas controversias – reconociendo por el contrario el ejercicio de no pocos árbitros en la escena local –, debe indicarse que en base a la experiencia, los precedentes de observancia obligatoria y la cantidad de resoluciones administrativas emitidas – criterios que consideramos enteramente objetivos para este efecto –, el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene mayor conocimiento y *expertise* en los procedimientos administrativos sancionadores donde se determina la comisión de una o más infracciones; y especialmente, en determinar si se ha trasgredido el Principio de Presunción de Veracidad.

Asimismo, el Tribunal de Contrataciones del Estado aplica en dichos procedimientos definiciones y categorías derivadas del ordenamiento administrativo peruano, en cumplimiento del Principio de Legalidad²³; mientras que, los colegios arbitrales no están sujetos a control alguno, pudiendo aplicar las normas que crean convenientes.

Finalmente, en lo que respecta a este punto, si el afectado o afectados considera que incluso el Tribunal de Contrataciones del Estado no ha fallado de acuerdo a derecho, pueden impugnar las resoluciones administrativas a través de un proceso contencioso-administrativo, permitiendo que el órgano jurisdiccional pueda conocer y decidir en

²³ “**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad.- *Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines que para los que les fueron conferidas...*”

última instancia respecto de la controversia²⁴. Por el contrario, los pronunciamientos arbitrales no podrán ser conocidos por el Poder Judicial si no son únicamente por la causal de anulación del laudo, es decir, debido a causas meramente formales.

2. Los costos del arbitraje administrativo frente a los costos del procedimiento administrativo sancionador desde la perspectiva del afectado.

En esta parte, intentaremos realizar un estimado respecto de los costos que podrían ser considerados en la revisión de la nulidad del contrato tanto en el proceso arbitral como en el procedimiento administrativo sancionador seguido ante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Para efectos del presente documento, y considerando que a la fecha no contamos con información fehaciente a pesar de haber sido requerida²⁵; estableceremos que:

- i. Se presume que la controversia en cuestión – declaración de nulidad de oficio del contrato administrativo – es una de puro derecho; y por tanto no puede ser cuantificable o es igual a S/. 1.00²⁶.
- ii. Asimismo, se utilizará como parámetro la Tabla de Aranceles Administrativos y Honorarios de Árbitros del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje – SNCA – CONSUCODE²⁷.
- iii. Debe indicarse que el procedimiento para el inicio del arbitraje debe ser impulsado por el afectado o afectados con la nulidad de oficio del contrato administrativo.
- iv. También deberá presumirse que los arbitrajes son *ad hoc* y que están conformados por un Tribunal Arbitral (3 árbitros) y cuentan además con los servicios de un(a) secretario(a) arbitral.
- v. Asimismo, se presume que el Tribunal Arbitral no requerirá pericia alguna cuyo valor deba ser costado por las partes.
- vi. Los conceptos que se repiten en el estimado arbitral y en el sancionador (*contratación del letrado y gastos varios*) mantienen los mismos montos en ambos escenarios.

²⁴ “**Artículo 250.- Acción Contencioso Administrativa**

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;

b) La resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración contra una resolución sancionatoria.”

²⁵ *Cabe señalar que para efectos de este trabajo de investigación, se requirió mediante escritos s/n presentados al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE y a la Cámara de Comercio de Lima – CCL información referida a los procesos arbitrales; a saber: número de causas conocidas a través de arbitrajes ad hoc e institucionales de 2004 a la fecha, especialmente las que versan sobre nulidad de contrato, montos controvertidos de 2004 a la fecha; honorarios de los árbitros y secretarios arbitrales; entre otros. Sin embargo, a la fecha de redacción del presente documento, no se había obtenido respuesta alguna que diera respuesta a la solicitud.”*

²⁶ En la realidad, los tribunales arbitrales son quienes fijan sus propios honorarios; y consideran los montos de los contratos administrativos nulos como uno de los criterios para la definición de los mismos.

²⁷ http://www.osce.gob.pe/articulo_impresion.asp?ids=7&ido=39.

Luego, presentaremos el estimado de costos que debe asumir el contratista o contratistas afectados con la nulidad del contrato²⁸; donde se han considerado los siguientes **conceptos**:

- contratación de letrado o especialista para la presentación de la solicitud de arbitraje y la preparación de la demanda arbitral;
- Honorarios del Tribunal Arbitral;
- Honorarios del Secretario Arbitral; y
- Pago de la solicitud de instalación del Tribunal Arbitral²⁹.

Así, el estimado de costos que debe asumir el contratista ascenderá a **S/. 12, 059.75** (DOCE MIL CINCUENTA Y NUEVE CON 75/100 NUEVOS SOLES); según el detalle adjunto:

| Costos del proceso arbitral | |
|--|------------------------------------|
| Concepto | Monto (en nuevos soles) |
| Contratación de letrado o especialista para la preparación de la solicitud y la demanda arbitral | 3,000.00 |
| Honorarios del Tribunal Arbitral | 5,400.00 |
| Honorarios del Secretario Arbitral | 2,500.00 |
| Pago de la solicitud de Instalación del Tribunal Arbitral | 159.75 |
| Gastos varios (copias, transporte, etc.) | 1,000.00 |
| TOTAL | 12,059.75 |

En contraparte, el estimado de costos que debe asumir el contratista o contratistas afectados con la nulidad del contrato en un procedimiento administrativo sancionador debe considerar los siguientes conceptos:

- Contratación de letrado o especialista para la preparación de la defensa y/o descargos en el procedimiento sancionador;
- Pagos realizados al Tribunal de Contrataciones del Estado (tasas, aranceles, derechos, etc.);
- Gastos varios (copias, transporte, etc.)

²⁸ Si bien es cierto que el acta de Instalación del Tribunal Arbitral dispone que los honorarios arbitrales y los honorarios del secretario arbitral deben ser asumidos en partes iguales por el contratista y la Entidad demandada; usualmente es el contratista quien asume todos los gastos, bajo apercibimiento que se archive provisional o definitivamente el proceso.

²⁹ Ver el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, antes denominada Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (http://www.osce.gob.pe/articulo_impresion.asp?ids=2&ido=13&iso=)

Así, el estimado de costos que debe asumir el contratista ascenderá a **S/. 4,000.00** (CUATRO MIL CON 00/100 NUEVOS SOLES); según el detalle adjunto:

| Costos del procedimiento administrativo sancionador | |
|--|------------------------------------|
| Concepto | Monto (en nuevos soles) |
| Contratación de letrado o especialista para la preparación de la defensa | 3,000.00 |
| defensa y/o descargos en el procedimiento sancionador | |
| Pagos realizados al Tribunal de Contrataciones del Estado (tasas, aranceles, derechos, etc.) | 0.00 |
| Gastos varios (copias, transporte, etc.) | 1,000.00 |
| TOTAL | 4,000.00 |

Como se ha observado en la comparación de costos, resulta menos oneroso al contratista o contratistas afectados acudir a un procedimiento administrativo sancionador donde existe un colegiado especializado en determinar si efectivamente hay una situación de trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad; antes que estar inmerso en un proceso arbitral.

3. Propuesta: La modificación de la LCE y su Reglamento

Por todo lo anteriormente señalado hasta ahora, proponemos que sea el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado el órgano que ejerza la competencia absoluta y exclusiva para resolver sobre la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad, a través de la determinación de comisión de infracciones en los casos que se haya declarado la nulidad del contrato administrativo por.

Esta propuesta se podrá concretizar con las modificaciones legislativas que presentamos a continuación:

i. Respecto a la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 52.- Solución de controversias

Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, considerada ésta de manera independiente. Este plazo es de caducidad, salvo para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, en cuyo caso, el plazo de caducidad será el que se fije en función del artículo 50 de la presente norma, y se computará a partir de la conformidad otorgada por la Entidad...” (se ha suprimido la categoría `nulidad`).

ii. Respecto al Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

“Artículo 144º.- Nulidad del Contrato

*Son causales de declaración de nulidad de oficio del contrato las previstas por el artículo 56º de la Ley, para lo cual la Entidad cursará carta notarial al contratista adjuntando copia fedateada del documento que declara la nulidad del contrato. Dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, **la Entidad deberá emitir copia simple de la misma al Tribunal de Contrataciones del Estado, para que, en el marco de sus competencias, proceda a aplicar la sanción pertinente, de ser el caso.**”* (el resaltado corresponde a la modificación a realizarse)

“Artículo 214.- Conciliación

Cualquiera de las partes tiene el derecho de solicitar el inicio del procedimiento de conciliación dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 170º, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º o en el artículo 52º de la Ley...” (se ha eliminado el artículo 144)

“Artículo 215.- Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho de dar inicio al arbitraje dentro del plazo de caducidad en los artículos 170, 175º, 177º, 199º, 201º, 209º, 210º y 211º o en su defecto, en el artículo 52º de la Ley...” (se ha eliminado el artículo 144)

V. CONCLUSIONES

1. En el régimen peruano de contratación estatal, el Titular de la Entidad tiene la potestad de declarar la nulidad de oficio de los contratos administrativos en tanto que detecte indicios de trasgresión al Principio de Presunción de Veracidad en el proceso de selección del cual se derivó la relación contractual.
2. Habiéndose declarado la nulidad del contrato, el contratista podrá solicitar la revisión de dicha decisión administrativa a través del proceso arbitral.
3. Por otro lado, el Tribunal de Contrataciones del Estado ejerce la potestad sancionadora de manera exclusiva en el ámbito de la contratación estatal. Esta potestad se concreta en **i)** la facultad de determinar la comisión de infracciones, y; en **ii)** la atribución de aplicar las sanciones correspondientes, cuando sea el caso.
4. No obstante, la trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad constituye una infracción administrativa que se concretiza en la presentación de documentos falsos e/o inexactos ante las Entidades; prevista en el literal i) del artículo 51º de la Ley de Contrataciones del Estado.
5. Por tanto, el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene la competencia necesaria para conocer dichas controversias, y determinar si efectivamente se ha trasgredido el Principio de Presunción de Veracidad. Asimismo, dicho órgano colegiado tiene la experiencia y los precedentes de observancia obligatoria suficientes para desarrollar de manera eficiente esta atribución.

6. Adicionalmente, los costos en que incurrirá el afectado en una u otra vía varían sustancialmente; siendo mucho menos oneroso acudir al procedimiento administrativo, antes que acudir a la vía arbitral.
7. Asimismo, si el afectado no se encuentra satisfecho con la decisión emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado en el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador, podrá recurrir al Poder Judicial para su revisión en última instancia.
8. En ese sentido, se proponen las modificaciones a ciertos artículos de la LCE y de su Reglamento; como lo hemos descrito en la parte pertinente a la propuesta en el presente trabajo de investigación.