

Actividad Sancionadora Administrativa en Materia de Contrataciones y Adquisiciones del Estado: Sanciones por Infracciones Incurridas por los Contratistas

Jorge Pando Vilchez*

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento, contienen disposiciones en materia administrativa sancionadora tanto en el aspecto disciplinario para los funcionarios, servidores y miembros de los Comités Especiales, así como para los administrados contratistas; involucrando en dicho concepto a proveedores, participantes, postores, contratistas y entidades.

Vamos en esta oportunidad a centrarnos en el análisis del procedimiento administrativo sancionador a este último grupo: el de los contratistas y entidades.

LAS INFRACCIONES Y SANCIONES EN LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO

Si uno revisa con detenimiento la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado¹, difícilmente encontrará un acápite detallado y preciso en el que pueda evidenciarse la tipicidad de las conductas

consideradas como infracciones administrativas pasibles de sanción.

Es luego de una revisión minuciosa de su articulado que se descubren inorgánicamente consignados los siguientes supuestos de infracción:

1.1 La resolución del contrato por causas imputables al contratista.²

1.2 Contravenir las disposiciones de la Ley, el Reglamento y normas complementarias³

1.3 La celebración de acuerdos, entre los postores o de estos con terceros, con el fin de establecer prácticas restrictivas de la libre competencia. Disponiéndose en este caso de manera puntual que la sanción correspondiente es la de inhabilitación para contratar con el Estado.⁴

Y no hay nada más en cuanto a *infracciones* tipificadas por la Ley de

* Profesor de Derecho Administrativo de la PUCP. Con experiencia en contrataciones del Estado en diferentes entidades Públicas. Consultor Principal de la firma Panalma Consultores Asociados. <http://blog.pucp.edu.pe/jmpando>

¹ TUO aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y sus modificatorias.

² Artículo 45° del Reglamento

³ Artículo 59° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

⁴ Artículo 10° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo que resulta en parte preocupante.

Si bien es cierto, la Ley del Procedimiento Administrativo General, de aplicación supletoria a las normas sobre contrataciones del Estado, establece que las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar la tipicidad de las infracciones dirigidas a identificar las conductas pasibles de sanción, sin crear nuevas conductas sancionables; también lo es que el Principio de tipicidad que rige la potestad sancionadora administrativa de todas las entidades, exige que las infracciones estén previstas expresamente en normas con rango de ley, mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía⁵.

Esto nos permite afirmar inicialmente, que la poca claridad y orden de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), puede dificultar la tipicidad posterior que deba desarrollar su Reglamento.

El referido Reglamento, sin dejar de mantener también una dispersión sobre la tipicidad de las conductas susceptibles de ser sancionadas por constituir infracciones, si cuenta con un acápite especial al respecto⁶.

Sin embargo, en lo que se refiere a la definición de las sanciones a aplicarse a los eventuales infractores, el artículo 52° de la

Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (LCAE), modificado por la Ley N° 28911, consolida los tipos de sanción aplicables, siendo necesario resaltar que los sujetos de estas posibles sanciones son:

Proveedor: Persona natural o jurídica que vende o arrienda bienes, presta servicios generales o de consultoría o ejecuta obras.

Participantes: El proveedor que puede intervenir en un proceso de selección, por haber sido habilitado por la entidad convocante, ya sea por haber cancelado el derecho correspondiente de registro de participante o por haber sido invitado de forma expresa.

Postor: Persona natural o jurídica legalmente capacitada para participar en un proceso de selección desde el momento que presenta su propuesta.

Contratista: El proveedor que celebre un contrato con una entidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley y su Reglamento.

Entidad: Las detalladas en el inciso 2.1 del artículo 2° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.⁷

En este detalle, un aspecto que llama nuestra atención es la referencia a que las

⁵ Ver artículo 230°, 4 de la Ley N° 27444.

⁶ Artículos 294°, para efectos del presente análisis.

⁷ Artículo 2° - Ámbito de aplicación.

- a) El Gobierno Nacional, sus dependencias y reparticiones, así como sus instituciones y organismos públicos descentralizados;
- b) Los Gobiernos Regionales, sus dependencias y reparticiones;
- c) Los Gobiernos Locales, sus dependencias y reparticiones;
- d) Los Organismos Constitucionales Autónomos;
- e) Las Universidades Públicas;
- f) Las Sociedades de Beneficencia y las Juntas de Participación Social;
- g) Los Institutos Armados y la Policía Nacional del Perú;
- h) Los Fondos de Salud, de Vivienda, de Bienestar y demás de naturaleza análoga de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú;
- i) Las empresas del Estado de derecho público o privado, ya sean de propiedad del Gobierno Nacional, Regional o Local; las empresas mixtas en las cuales el control de las decisiones de los órganos de gestión esté en manos del Estado;
- j) Los proyectos, programas, órganos desconcentrados y demás unidades orgánicas, funcionales, ejecutoras y/u operativas de los Poderes del Estado y los organismos públicos descentralizados;
- k) Todas las dependencias como organismos públicos descentralizados, unidades orgánicas, proyectos, programas, empresas, fondos pertenecientes o adscritos a los niveles de gobierno central, regional o local, así como los organismos a los que alude la Constitución Política y demás que son creados y reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.

entidades pueden también ser sujetos de sanciones por infracciones administrativas a las normas sobre contrataciones. Y en ese sentido, la modificación introducida por la Ley N° 28911, lo hace más evidente, al precisar en él cada una de las sanciones posibles de aplicar que ellas también se aplican a las **entidades**.

Artículo 52.- Sanciones.-

El Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, contratistas y entidades, en los casos que esta Ley o su Reglamento lo señalen, las sanciones siguientes:

a) Inhabilitación temporal: *Consiste en la privación, por un período determinado, 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.*

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 tres (3) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones cuyo tiempo sumado sea mayor a veinticuatro (24) meses, el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del proveedor, participante, postor, contratista o entidad.

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 y Adquisiciones 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 treinta por ciento (30%) 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.

Asimismo, el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado podrá imponer sanciones económicas a las Entidades que transgredan la normativa de contratación pública.

Esta referencia ya estaba presente en el TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, pero solo en el primer párrafo del aludido artículo. Con la modificatoria, se ha extendido dicha intención sancionadora a las entidades.

Sin embargo, es necesario hacer algunas reflexiones. La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento, son claros conceptualmente al diferenciar *Postor de Entidad*, no existiendo al parecer la posibilidad de que una entidad cambie de categoría y se convierta en *Postor*, por lo menos desde la perspectiva de encajar en la definición de este último.

Esto se ve reforzado con la regulación de impedimentos previstos en el artículo 9° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, que regula con la lógica de considerar como impedimentos para ser postor o contratista, solo a personas jurídicas diferentes a las *entidades*. Así, cuando el inciso g) del citado artículo impide la

participación como postor de la persona jurídica cuyo *titular* haya formado parte de personas jurídicas sancionadas administrativamente con inhabilitación, no se refiere al caso del Titular de una entidad (Ej.: el Ministro, quien como Gerente de una empresa privada aquella fue objeto de la inhabilitación hace 2 meses y él es hoy Ministro de Estado o Rector de la UNI, o Jefe de Senasa, por ejemplo), sino al Titular de una empresa individual de responsabilidad limitada, pues el referido inciso alude a socios, accionistas, participacionistas o titulares.

En la misma lógica se encuentra la redacción del inciso d) del artículo 9° cuando prohíbe que sean postores las personas jurídicas cuyos apoderados o representantes legales sean parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo en afinidad, de Ministros, Viceministros, Vocales Supremos, entre otros. En este supuesto, no resulta lógico pensar que si hay 2 hermanos, 1 ministro y otro Rector de una Universidad del Estado, esta última pueda estar impedida de ser contratista en virtud del citado inciso.

En consecuencia, la lógica del legislador es mantener la diferenciación de tratamiento entre postor/contratista y Entidad.

Adicionalmente, podemos evidenciar otros textos normativos como el último párrafo del transcrito artículo 52° en el que se diferencia el hecho que es el CONSUCODE quien impondrá las sanciones económicas a las *Entidades* que transgreden la normatividad sobre contratación pública, y los artículos 7.7 (que no exige a las entidades inscribirse en el Registro de proveedores) y el artículo 200° (donde en el caso de *entidades* no requieren para suscribir contratos, constancia de no estar inhabilitados, presentación de garantías o presentación de contrato de consorcio). Es decir, las entidades reciben un tratamiento normativo diferente a los contratistas.

Sin embargo, esta diferenciación no es totalmente clara en la normatividad sobre contrataciones del Estado. Así, se evidencia una eventual incoherencia, cuando el artículo 164° del Reglamento, traslada la responsabilidad de incumplimiento al funcionario de la *entidad* en la línea de lo dispuesto por el artículo 47° de la LCAE. Es decir, ¿Cómo puede ser posible la aplicación de una sanción a la *Entidad*, cuando dicha entidad actúa o deja de actuar a través de un funcionario o servidor responsable de dicho incumplimiento, y respecto del cual se ha establecido un régimen sancionador especial? ¿Se está fijando una suerte de responsabilidad solidaria? Si es así, ni es conveniente ni está claramente regulado.

Lo comentado pudiera originar que por un mismo hecho, se apliquen dos sanciones diferentes: una al servidor responsable (amonestación, suspensión, cese o destitución) y otra de naturaleza económica a la Entidad, la misma que al verse afectada con ello, va a repetir civilmente contra el servidor responsable, quien finalmente va a terminar siendo pasible de asumir la carga de dos sanciones por el mismo hecho infractor. Ello puede constituirse en violatorio del principio “Non bis in ídem”, (*Non bis in idem*) en virtud del cual no se puede imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento y menos aplicar dos sanciones administrativas por la misma infracción.

En este sentido, el Tribunal Constitucional⁸ ha establecido al respecto el criterio que no puede procesarse o sancionarse dos veces a una persona por los mismos hechos y con idéntico fundamento, es decir con la finalidad de proteger el mismo bien jurídico.

A todo ello se agrega la poca claridad que

el legislador de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento tiene en materia de sanción a las *Entidades*. Veamos:

Mientras el citado artículo 52° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, modificado por la Ley N° 28911, incorpora a todos las modalidades de sanción previstas, la referencia a las *Entidades*, como sujetos de inhabilitación temporal, inhabilitación definitiva y sanción económica; por otro, la modificación que se introduce al artículo 293° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado mediante Decreto Supremo N° 028-2007-EF, no alcanza al artículo 294° del mismo Reglamento, cuyo texto no hace referencia a las *Entidades*.

Asimismo, mientras el último párrafo del artículo 52, de la LCAE modificado por la Ley N° 28911, prevé la sanción económica para las *Entidades* que transgredan la normatividad sobre contratación pública, y cuyo organismo sancionador es el CONSUCODE y no el Tribunal de CONSUCODE, como es en el caso de las

demás sanciones. De otro lado, el reglamento ni desarrolla las infracciones ni las posibles sanciones de índole económica; no siendo posible extender las sanciones económicas que se aplican a los postores, porque éstas están limitadas a la ejecución de garantías cuando su recurso de apelación es declarado infundado o improcedente.

En tal sentido, lo que podemos afirmar es que el legislador no tiene claro cómo quiere establecer un régimen sancionador a las entidades.

¿CÓMO SE TIPIFICAN LAS INFRACCIONES?

Ya hemos indicado que desde la perspectiva de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la tipicidad es dispersa y bastante genérica. Sin embargo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en su artículo 294° desarrolla con más detalle las conductas tipificadas como infracciones. Deseamos en el presente análisis, hacer un cuadro comparativo que relacione infracciones, tipos de infractores y sanciones.

Infracciones según el Artículo 294° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 148-2006-EF°.

	Infracción	Tipo de Infractor					Sanción I.T
		A	B	C	D	E	
1	No mantener oferta hasta otorgamiento de buena pro			X			2
2	Ganador buena pro no mantenga oferta hasta suscripción del contrato			X			2
3	No suscribir injustificadamente el contrato			X			2
4	No recibir injustificadamente la orden de compra o de servicios			X			2
5	Dar lugar a la resolución del contrato u orden de compra o de servicio por causal atribuible a su parte				X		2
6	Entrega de bien o de obra con existencia de vicios ocultos determinado arbitral o judicialmente				X		1
7	Contratar con el Estado estando impedidos según artículo 9 de la LCAE.				X		2
8	Participar en procesos de selección sin tener inscripción vigente el Registro Nacional de Proveedores (RNP)		X				2
9	Suscribir contrato sin contar con la inscripción vigente el RNP			X	X		2
10	Suscribir contrato de ejecución o consultoría de obras por monto mayor a la capacidad de libre contratación			X	X		2
11	Suscribir contrato de ejecución o consultoría de obra en especialidad distinta a la autorizada en el RNP			X	X		2
12	Realizar subcontratación sin la autorización de la entidad				X		1
13	Realizar subcontratación por un porcentaje mayor al permitido por el reglamento				X		1

Leyenda:

Infraconductores:

A= Proveedor; B= Participante; C= Postor; D= Contratista; E= Entidad

Sanciones:

I.T.= Inhabilitación Temporal; (1)= No menor de 3 meses ni mayor de 1 año; (2)= No menor de 1 año ni mayor de 2 años;

⁹ El listado mostrado a continuación es un desgajado elaborado por nosotros a efectos de visualizar de mejor manera las diferentes infracciones contenidas en el artículo citado.

14	Participar en prácticas restrictivas de la libre competencia, declaradas previamente por el INDECOPI		X	X			1
15	Incurrir en los supuestos de socios comunes no permitidos según RNP (participar de manera independiente y no en consorcio) art.7.3 Reglamento LCAE.		X	X			1
16	Presentar documentos falsos a la entidades o a CONSUCODE		X	X	X		1
17	Presentar documentos inexactos a las Entidades o a CONSUCODE		X	X	X		1
18	Presentar documentos falsos en los procedimientos seguidos ante el RNP	X					1
19	Presentar información inexacta en los procedimientos seguidos ante el RNP	X					1
20	Interponer recursos impugnativos contra los actos establecidos en el artículo 150° del Reglamento[10]	Inaplicable					
21	Cuando en un procedimiento administrativo sancionador, además de la nueva infracción que se determine, el administrado haya sido sancionado dentro del lapso de 3 años con inhabilitación temporal acumulada mayor a 24 meses.[11]	X	X		X	X	Inhabilitación Definitiva
22	Por recurso de apelación declarado infundado o improcedente		X		X	X	Ejecución de garantías presentadas con el recurso.
23	Transgredan la normativa de contratación pública[12]					X	Sanción Económica no definida

¹⁰ Esta infracción ha quedado desfasada, al haberse modificado el sentido del artículo 150° por Decreto Supremo 028-2007-EF, cuyo texto anterior se refería a regular los “actos no impugnables” y su texto actual se refiere a los “actos impugnables”. En ese sentido, hoy resultaría irracional aplicar sanción a quien ejerce su derecho de impugnación de acuerdo a ley.

¹¹ Según el artículo 303° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado modificado por Decreto Supremo 028-2007-EF.

¹² Estamos frente a un caso típico de ley sancionadora en blanco, como lo denomina la doctrina. Resultando violatoria del principio de tipicidad.

LA SITUACIÓN DE LOS CONSORCIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Una pregunta que surge de inmediato cuando los postores se presentan en grupo, es decir consorciados, es ¿Qué pasa si se incurre en un acto considerado pasible de sanción? ¿Todas las partes conformantes del consorcio son sancionados o solo aquellos que resulten responsables del acto sancionable?

La Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado en su artículo 37° dispone que las partes en consorcio responden solidariamente ante la Entidad por todas las consecuencias derivadas de su participación individual en el consorcio durante el proceso de selección, o de su participación en conjunto en la ejecución del contrato derivado de dicho proceso.

Por su lado, el artículo 207° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dispone que los integrantes de un consorcio responden solidariamente respecto de la no suscripción del contrato y del incumplimiento del mismo y el incumplimiento del contrato generará la imposición de sanciones administrativas que se aplicarán a todos los integrantes del consorcio, aun cuando se haya individualizado las obligaciones y precisado la participación de cada uno.

Este enunciado puede evidenciar conflictos con el principio de causalidad que inspira todo procedimiento administrativo sancionador, en virtud del cual la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. En esa línea de ideas, no es adecuado que incluso en el supuesto de conocerse cuál es la responsabilidad de cada consorciado en la ejecución de un contrato determinado, el legislador disponga que responden todos, pues con ello se rompe el referido principio y adicionalmente el de

presunción de licitud, tan poco respetado en general en nuestra sociedad.

Reflejo de este esquema inadecuado para la aplicación de sanciones a los consorcios es la Directiva N° 003-2003-CONSUCODE/PRES que repite la norma-base al respecto y que origina un sobre costo innecesario para las empresas que se unen en consorcio, por cada una de ellas tiene una especialidad específica respecto de una parte de la ejecución contractual.

Siendo así, la parte del consorcio que ya cumplió con sus obligaciones contractuales, cómo puede ser considerada como merecedora de sanción aun cuando ella no tiene responsabilidad en ese incumplimiento y ello además es notoriamente conocido por la entidad.

Esta regulación lo que a nuestro entender busca es que todas las partes confortantes del Consorcio estén preocupadas de lograr el objetivo final del respectivo contrato y en esa medida, aunque una de las partes ya haya cumplido su parte individualizable, ello no la exime de cuidar que el contrato de cumpla.

Sin embargo, no debe llevarse esto al extremo y a sabiendas que solo uno de los integrantes del consorcio es el responsable, la sanción de inhabilitación se aplica a todos sus integrantes. Ello solo debería ser factible en aquellos casos donde no sea posible identificar el autor de la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción administrativa.

PRESCRIPCIÓN, SUSPENSIÓN Y REANUDACIÓN

Un mecanismo de defensa que tiene el administrado sujeto de un procedimiento administrativo sancionador, es la prescripción. De acuerdo con el artículo 300° del

Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la aplicación de sanciones por infracciones cometidas prescribe a los 3 años de su comisión. Dicho plazo se suspende por inicio del procedimiento administrativo sancionador. Si no hay pronunciamiento en 3 meses por parte del Tribunal, el plazo se reanuda, adicionándose el ya transcurrido.

Llama la atención el enunciado del inciso 3) del artículo 301° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pues afecta al administrado sujeto a procedimiento administrativo sancionador, impidiendo que el cómputo del plazo para la prescripción se reanude si la Entidad no remite los documentos solicitados por el Tribunal. En este sentido, la norma afecta la presunción de inocencia del administrado y le atribuye una carga resultado de una responsabilidad ajena a ella.

GRADUALIDAD DE LA SANCIÓN

Finalmente, un tema que ha sido poco trabajado en nuestra opinión en materia de procedimiento administrativo sancionador de adquisiciones públicas peruanas, es el tema de la gradualidad de la sanción.

Al respecto existe un listado de 8 criterios a tomar en cuenta para determinar en que grado del rango sancionable se decide la aplicación de la sanción.

Así tenemos:

Naturaleza de la infracción: este criterio no resulta útil sino para la tipicidad y asignación de gravedad o no de la infracción respectiva, no así para aplicar la gradualidad de la misma.

Las demás como intención del infractor, daño causado, reiterancia, reconocimiento de la infracción, conducta procesal, entre otros, si permiten aplicar la gradualidad. Sin embargo; el Tribunal de CONSUCODE ha trabajado muy poco en sus Resoluciones el desarrollo y sustento de estos criterios, limitándose en la mayoría de las veces a repetirlos secuencialmente y a determinar la sanción a aplicar.

Incluso, en los casos en los cuales el Tribunal puede aplicar sanciones por debajo del mínimo fijado, no existen criterios claros para ello, pues los criterios de gradualidad, en nuestra opinión no resultan suficientes para aplicar sanciones por plazos menores a los establecidos por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, dando lugar ello a un ámbito de discrecionalidad muy amplio y de poca aplicación con la debida motivación específica.

CONCLUSIONES

Como hemos podido apreciar, de los aspectos analizados en materia de procedimiento administrativo sancionador sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, falta aún mucho por trabajar y perfeccionar, en especial asegurar que las modificaciones que se introducen sean integrales y no parciales a efectos de evitar inconsistencias dentro de los diversos artículos que componen la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento.

Resulta necesario tener certeza si se quiere o no aplicar sanciones a las entidades y si es afirmativa la respuesta, pues hay que realizar cambios sustantivos al régimen para no quedarnos en una ley sancionadora en blanco, carente de contenido material.