

El Tribunal de Contrataciones del Estado en el Período 2012-2014

María Hilda Becerra Farfán*

Resumen:

En el presente artículo, se muestran los resultados de la gestión del Tribunal de Contrataciones del Estado en los años 2012 a 2014, referidos, principalmente, a la oportunidad y predictibilidad en la emisión de resoluciones.

Apoyada de algunos datos estadísticos, se muestra la evolución de la carga procesal del Tribunal de Contrataciones y los tiempos de atención de los procedimientos de competencia del Tribunal y que inciden, directamente, en la eficiencia de la compra pública.

Asimismo, se revisan algunos de los Acuerdos de Sala Plena emitidos, que junto a criterios de interpretación uniforme, son el mejor mecanismo para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley y por tanto, la institucionalidad del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Palabras clave:

Tribunal de Contrataciones del Estado – Oportunidad en la atención de expedientes – Seguridad jurídica – Predictibilidad – Acuerdos de Sala Plena

Abstract:

This article shows the results of the Public Procurement Administrative Court's performance from 2012 to 2014, mainly referred to opportunity and predictability on resolutions issuing process, supporting on statistics the evolution of the caseload as well as the time record of closing the procedures related to matters of Administrative Court's jurisdiction which had a direct effect on the public procurement contracts' efficiency.

Additionally, we go through some Plenary Chamber Rulings, witch jointly with uniform interpretation criteria are the best mechanism to ensure equality in law application and thus institutional framework of Public Procurement Administrative Court.

Keywords:

Public Procurement Administrative Court – Opportunity on attention of resolutions – Legal certainty – Predictability – Plenary court agreement

Sumario:

1. Introducción – 2. La oportunidad en la atención de procedimientos a cargo del Tribunal de Contrataciones – 3. La construcción de la predictibilidad del Tribunal – 4. Los retos y tareas pendientes

* Magister en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú; Presidenta del Tribunal de Contrataciones del Estado en el año 2014; Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado de mayo de 2012 a mayo de 2015; con más de 10 años de experiencia en materia arbitral.

1. Introducción

En materia de contratación pública, nuestro país ha optado por incorporar un Tribunal Administrativo con competencia nacional, que de manera autónoma e independiente de las entidades públicas sujetas a la Ley de Contrataciones del Estado¹ (en adelante, la Ley), (i) resuelva los recursos de apelación presentados contra los actos emitidos durante el procedimiento de contratación hasta antes de la suscripción del contrato; en las licitaciones públicas, concursos públicos y adjudicaciones directas públicas y las menores cuantías derivadas de esos procesos; y, (ii) imponga sanciones a los proveedores, participantes, postores y contratistas que infringen la norma.

El recurso de apelación es un mecanismo para garantizar la eficiencia en el gasto público, pues pretende conciliar el interés público de satisfacer de manera oportuna la necesidad de contratar de las entidades del Estado y permitir que los proveedores, accedan en condiciones de competencia y con apego a la ley.

Por su parte, la potestad sancionadora permite proteger los bienes jurídicos tutelados por la Ley, imponiendo sanciones -principalmente de inhabilitación para contratar con el Estado- a quienes infringen la norma. Se trata de un mecanismo para excluir del mercado de compras públicas a los proveedores, participantes, postores y contratistas que infringen la Ley y que es independiente de la responsabilidad civil o penal que pudiera establecerse en el fuero judicial. El Tribunal ejerce estas competencias garantizando los derechos constitucionales, en particular el derecho al debido proceso.

Como órgano que administra justicia, estas competencias se ejercen a través de la emisión de resoluciones que deben ser oportunas y predecibles. Para ello, es sustancial combinar la gestión de la organización con la actuación comprometida de los Vocales que integran cada una de las Salas del Tribunal, siendo ambos aspectos medulares y complementarios. En efecto, dado que las decisiones jurisdiccionales de los Vocales son autónomas e independientes, la gestión administrativa por sí sola no es suficiente para lograr predictibilidad y ésta es sustancial, porque es el mejor mecanismo garantizar la igualdad

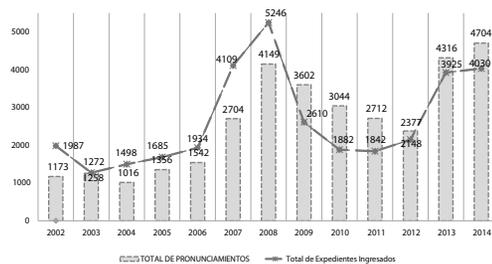
en la aplicación de la ley y por tanto, asegurar la independencia de la actuación del Tribunal.

En esa línea, durante el período 2012 – 2014², se han mejorado los métodos y procesos de trabajo; se ha sistematizando y ordenando la información para construir indicadores de gestión y lograr una línea de base que progresivamente contribuya a la toma de decisiones para ganar eficiencia en las compras del Estado³. Asimismo, se ha trabajado en la construcción de resoluciones predecibles, aspectos que analizamos en lo que sigue.

2. La oportunidad en la atención de procedimientos a cargo del Tribunal de Contrataciones

De la revisión de la evolución de los procedimientos que han ingresado al Tribunal, se advierte que el porcentaje de expedientes ingresados ha ido incrementándose, progresivamente, influido, principalmente, por los cambios normativos. Como se muestra a continuación, el en el año 2008, se produjo un incremento significativo en la carga procesal y es coincidente con la reforma legislativa producida mediante Decreto Legislativo 1017 que modificó la competencia del Tribunal en los recursos de apelación. En el período 2012 a 2014, el ingreso de expedientes se incrementó en 88% y coincide con el cambio normativo ocurrido con la Ley 29873 publicada el 1 de junio de 2012 y vigente desde el 20 de setiembre de 2012, que, entre otros aspectos, modificó la competencia del Tribunal en recursos de apelación, el mecanismo para suscribir contrato, eliminó la garantía de seriedad de oferta e incrementó las sanciones por la infracción de presentación de documentación falsa o inexacta.

Visión Panorámica de Pronunciamientos Emitidos por las Salas del Tribunal (2002-2014)



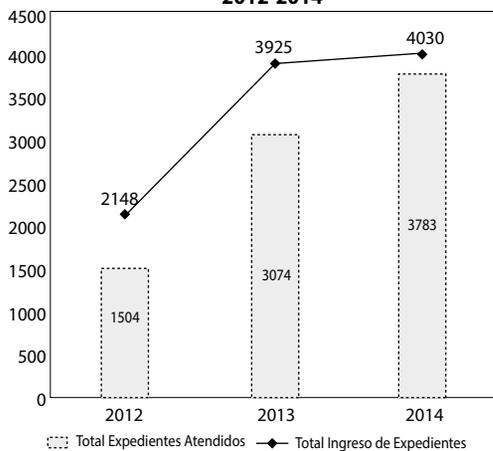
Fuente: Sistema del Tribunal
Elaboración: Tribunal de Contrataciones de Estado

1 El artículo 63 de la Ley de Contrataciones aprobada por Decreto Legislativo 1017, actualmente vigente y el artículo 59 de la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado (vacatio legis), regulan la competencia del Tribunal.
2 Luego de un concurso público de méritos, Mediante Resolución Suprema N° 032-2012 del 5 de mayo de 2012 se designó a 5 Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, habiéndose completado sucesivamente las 4 Salas del Tribunal integrada por 12 Vocales. El período de designación fue de 3 años.
Mediante Resolución 115-2012-OSCE/PRE de fecha 11 de mayo de 2012 se designó como Presidenta del Tribunal a la Licenciada María del Guadalupe Rojas Villavicencio de Guerra, quien ejerció el cargo hasta el 9 de enero de 2014.
3 El presupuesto se ha mantenido constante.

La evolución de la cantidad de expedientes ingresados comparada con los pronunciamientos⁴ emitidos, muestra la necesidad de acompañar el cambio normativo con medidas concretas de gestión que permitan atender de manera eficiente las consecuencias de una modificación normativa. Reducir, normativamente, el plazo de atención de un procedimiento, puede dar lugar a priorizar los recursos de apelación –que están respaldados por una garantía- en detrimento de la atención oportuna de los procedimientos sancionadores, generando un resultado que, para el sistema en su conjunto, es ineficiente.

En el período en comentario, el Tribunal ha emitido los pronunciamientos dentro de los plazos legales establecidos tanto en el procedimiento de apelación como en el procedimiento administrativo sancionador y si bien no se ha logrado que el 100% de expedientes ingresados cada año concluya (lo que puede obedecer también a expedientes suspendidos por arbitrajes en curso o medidas cautelares que así lo disponen), ha superado progresivamente el porcentaje de expedientes atendidos anualmente, pasando de 70% de expedientes atendidos (concluidos) en el año 2012 a 94% en el año 2014, habiendo alcanzado el mayor número de pronunciamientos en la historia del Tribunal.

Comparación de expedientes atendidos y expedientes ingresados 2012-2014



Fuente: Sistema del Tribunal

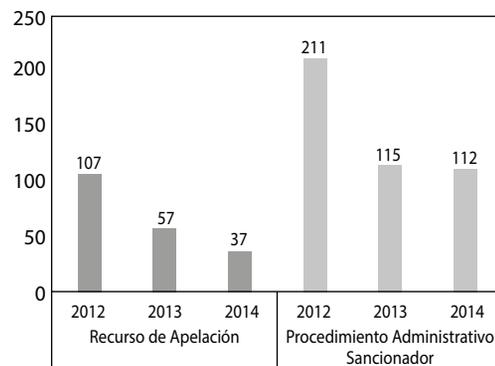
Elaboración: Tribunal de Contrataciones de Estado

Esto significa una reducción sustancial en el tiempo de atención al ciudadano. Así, en los recursos de apelación, el tiempo de atención pasó de 107 días hábiles en el 2012, a 57 días hábiles en el 2013, llegando a 37 días hábiles en el 2014. Es decir, en el 2014, se ha logrado una reducción de 35% en el tiempo de atención al ciudadano y a las

entidades involucradas en los procedimientos de apelación. Esta reducción es importante porque incide, directamente, en la oportunidad de la compra pública, pues como se sabe, el proceso de selección se suspende mientras se tramita el recurso de apelación.

En el caso de los procedimientos sancionadores, el tiempo de atención se ha reducido de 211 días hábiles en el 2012 a 112 días hábiles en el 2014 y es importante porque el régimen de sanciones está orientado principalmente a excluir del mercado de compras públicas a los proveedores que han infringido la normativa. La demora en la atención de un procedimiento sancionador, puede dar lugar a que un proveedor que ha incurrido en una infracción continúe contratando con el Estado.

Promedio de Días Hábiles desde Mesa de Partes hasta la emisión final del Pronunciamiento 2012-2014



Fuente: Sistema del Tribunal

Elaboración: Tribunal de Contrataciones de Estado

[*] Se toma como referencia expedientes ingresados a partir del año 2012. Se excluye 1618 expedientes de años anteriores (1997 hasta 2012) porque generan una distorsión.

Puede decirse, entonces que en el período en comentario el Tribunal ha actuado en forma oportuna, emitiendo sus pronunciamientos en los plazos legales previstos en la normativa, lo que incide, directamente, en el plazo de atención al ciudadano y en la celeridad de la compra pública, que es uno de los criterios del principio de eficiencia consagrado por la Ley.

3. La construcción de la predictibilidad del Tribunal

Ahora bien, un aspecto sustancial en todo proceso de administración de justicia es la predictibilidad de las resoluciones. Y si bien se trata de una construcción de largo aliento en este período se ha realizado un esfuerzo constante por unificar criterios en la aplicación de la ley y trazar líneas de interpretación que permitan construir jurisprudencia uniforme, que garanticen

4 De conformidad con el Reglamento de la Ley, el Tribunal emite acuerdos y resoluciones.

la igualdad en la aplicación de la Ley, aspecto que además, contribuye, sustancialmente, en la credibilidad del Tribunal como institución.

De conformidad con el artículo 53 de la Ley, el Tribunal, mediante Acuerdos de Sala Plena, interpreta de modo expreso y con carácter general las normas de la Ley y su Reglamento⁵. En mérito a esta facultad, se han emitido acuerdos de Sala Plena, algunos de los cuales, son los siguientes:

- Acuerdo N° 002-2012, referido a la oportunidad en que se deben plantear las pretensiones de las partes, en los recursos de apelación

Este acuerdo de Sala Plena obedece a que los artículos 114 y 118 del Reglamento de la Ley, establecen que en el procedimiento de apelación que se genere en los procesos de selección convocados por las entidades del Estado, el acto que expida la entidad o Tribunal, respectivamente, debe consignar la decisión respecto de cada uno de los extremos del petitorio del recurso de apelación y de la absolución de los demás postores intervinientes en el proceso, conforme a los puntos controvertidos.

Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento de apelación, los administrados alegan como sustento de sus pretensiones, hechos distintos a los invocados en su recurso de apelación o en la absolución de la apelación, llegando incluso a cambiar sus pretensiones impugnatorias. Esta situación daba lugar a que las partes discutieran hechos nuevos durante todo el procedimiento de apelación perjudicando en algunos casos el derecho de defensa de una de las partes.

En el referido acuerdo, se señala que, de conformidad con el artículo 53° de la Ley, que establece que en el recurso de apelación se discuten *«las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un proceso de selección»*, su finalidad es resolver el conflicto que surge entre los participantes de un proceso de selección y en el que, si bien interviene la entidad, por ser la que emite los actos impugnados, lo cierto es que se promueve a instancia de los participantes para defender sus propios intereses. La existencia de dos o más intereses en conflicto determina que los procedimientos de impugnación tengan la naturaleza de procedimientos trilaterales en los que se discute y decide respecto a las pretensiones de los participantes del proceso de selección, en el cual la entidad se integra a la relación jurídica procesal, por ser la que desarrolla el proceso y emite los actos cuestionados, siendo su interés

la satisfacción de la necesidad de la contratación dentro de los plazos y condiciones previstos en la convocatoria.

La naturaleza trilateral del procedimiento de impugnación obliga a que al momento de resolver el recurso de apelación se garantice el derecho al debido proceso de las partes de manera que puedan ejercer su derecho de defensa. No obstante, el ejercicio de este derecho no puede dilatarse, indefinidamente, porque eso afectaría los principios de eficiencia y economía que rigen las contrataciones y el interés de la entidad de satisfacer sus necesidades en el menor tiempo posible y por ello, se ha previsto un plazo perentorio para la resolución del recurso de apelación.

En el referido acuerdo, se estableció que la manera de armonizar el principio de derecho de defensa y los principios que rigen las contrataciones públicas, es aplicar el principio de preclusión procesal al procedimiento de impugnación, el cual garantiza que las etapas del procedimiento estén determinadas con firmeza y temporalidad. De esa manera, se evita que alguna de las partes afecte el derecho de la otra formulando alegaciones extemporáneas que no fueron objeto del recurso de apelación o de su absolución, y permite que el procedimiento se resuelva dentro de los plazos legales, garantizando el normal abastecimiento del Estado y la satisfacción de los fines públicos que persiguen las entidades.

En consecuencia, en el referido acuerdo se precisó que el recurso de apelación previsto en el artículo 53° de la Ley es uno de naturaleza trilateral en el que es de aplicación el principio de preclusión procesal y que, en aplicación del inciso 2) de los artículos 114° y 118° del Reglamento, los puntos controvertidos se establecen, únicamente, respecto de los hechos alegados en el recurso de apelación y en la absolución del referido recurso. Este acuerdo no perjudica la facultad del Tribunal de declarar la nulidad de alguno de los actos del proceso de selección, cuando advierta la ocurrencia de alguna de las causales establecidas en el artículo 56 de la Ley.

Es importante precisar que este acuerdo es sustancial en los procedimientos de apelación no sólo porque la modificación de los hechos que sustentaban los recursos de apelación era una práctica generalizada, sino porque este procedimiento, ha tenido un importante incremento como consecuencia del cambio normativo en la competencia del Tribunal ocurrido en setiembre de 2012⁶.

⁵ El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado actualmente vigente es el Decreto Supremo N° 184-2008-EF.

⁶ El artículo 53 de la Ley de Contrataciones previsto en el Decreto Legislativo 1017 fue modificado mediante Ley 29873 vigente desde el 20 de setiembre de 2012. La norma anterior, establecía la competencia del Tribunal en contrataciones cuyo valor referencial sea superior a 600 UIT y por tanto, abarcaba principalmente licitaciones y concursos públicos.

En efecto, de 500 recursos de apelación ingresados en el año 2012, el número se incrementó a 1042 el 2013 y 947 el 2014. Es decir, si se toma como base la información del año 2012, los recursos de apelación se han incrementado en 108.4% en el 2013 y 89.4% en el 2014. De estos recursos, el porcentaje de resoluciones que declaran fundada la apelación, se ha mantenido constante (43.65% el 2012; 45.95% el 2013 y 45.89% el 2014), mientras que el nivel de recursos de apelación declarados infundados ha disminuido (21.43%, 19.54% y 17.98%), habiendo incrementado el porcentaje de recursos de apelación declarados nulos (de 7.54% en el 2012 a 27.60% en el 2014). Si se suman los recursos de apelación fundados y las resoluciones de nulidad, se advierte que más del 60% de recursos de apelación que llegan al Tribunal han modificado la decisión tomada por la entidad, lo que sugiere la necesidad de capacitación de los operadores de la Ley y la importancia de la intervención del Tribunal para revisar las decisiones de las entidades durante el proceso de selección.

- El acuerdo N° 006/2012 sobre resolución de contrato

El régimen sancionador para los supuestos de resolución contractual por incumplimiento contractual ha evolucionado en el tiempo. El artículo 205 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2001-PCM, tipificada la infracción de la siguiente manera: «b) Incumplan injustificadamente con las obligaciones derivadas del contrato, dando lugar a que éste se les resuelva de conformidad con el Artículo 143.» En cambio, en el Artículo 294 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2004-PCM⁷, se tipifica la infracción de la siguiente forma: «2) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte».

El Artículo 51.1 de la Ley tipifica la infracción estableciendo que «se impondrá sanción administrativa a los contratistas que... b) Den lugar a la resolución del contrato, orden de compra o de servicios por causal atribuible a su parte»⁸.

Este cambio normativo, tiene una implicancia directa en el alcance de la tipificación de la infracción porque, mientras el primer texto se pone de relieve el incumplimiento injustificado del contratista que tiene como consecuencia la

resolución del contrato, el segundo texto enfatiza la resolución del contrato como consecuencia de una causal atribuible al contratista.

Es necesario advertir que de conformidad con el artículo 44° de la Ley, la resolución de un contrato puede deberse a los siguientes hechos sobrevinientes a su suscripción: (i) no atribuibles a las partes, como ocurre en el caso fortuito o fuerza mayor, o; (ii) atribuibles a las partes, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones de la entidad o del contratista.

En el caso específico de las causas atribuibles al contratista, pueden estar referidas a: (i) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo; (ii) por acumulación de la penalidad máxima, sea por mora u otras penalidades; y (iii) por la paralización o reducción injustificada en la ejecución de la prestación.

Una vez que la entidad identifique la causal atribuible al contratista tiene la obligación de requerir, previamente⁹, el cumplimiento de su obligación dentro de un plazo no mayor de cinco (5) días calendario, bajo apercibimiento de resolver el contrato, pudiendo dar mayor plazo, dependiendo del monto contractual, la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, el que no será mayor de quince (15) días calendario. Si vencido el plazo el incumplimiento continúa, la entidad resolverá el contrato comunicando su decisión mediante carta notarial.

En el referido acuerdo, se establece que el cumplimiento de los plazos y formas previstos en la normativa constituyen una garantía para los contratistas, de manera que, para que se produzca la resolución, será necesario acreditar que la entidad, cumplió con requerir y declarar la resolución siguiendo el procedimiento correspondiente.

Ahora bien, es necesario precisar que el acto emitido por la entidad se presume válido en aplicación del artículo 9 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, que establece que «todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda». En aplicación de esta norma, el acto emitido por la entidad, en tanto acto administrativo, «tiene a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de

⁷ Esta tipificación se ha mantenido en todas las modificaciones efectuadas al citado Reglamento.

⁸ Esta tipificación se mantiene en las modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, aprobadas por la Ley N° 29873.

⁹ Este requerimiento previo no es aplicable cuando al resolución se deba a la acumulación de la penalidad máxima o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

la autoridad administrativa (...) es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal (...) la presunción de legalidad de los Actos Administrativos encuentra fundamento en los principios de justicia, verdad, equidad oportunidad, conformidad con el derecho y buena fe. Esos principios le dan confianza a los administrados y posibilitan la actividad administrativa del Gobierno (y) responde a las exigencias de celeridad y seguridad en la actividad administrativa, que un juicio previo sobre su legitimidad podría entorpecer con daño de los intereses públicos»¹⁰.

Poresa razón, en el caso que el contratista considere que la resolución contractual no se ajusta a la ley, el artículo 52 de la Ley en concordancia con los artículos 170 y 209 del Reglamento, establecen que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por el contratista a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles de comunicada la decisión de resolver el contrato, respectivamente, según se trate de contratación de bienes y servicios o de ejecución de obras. Vencidos estos plazos sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida, porque los plazos fijados para cuestionar el acto a través de los mencionados mecanismos de solución de controversias son de caducidad.

Por consiguiente, una vez que transcurre el plazo de caducidad previsto en la normativa de contratación pública para iniciar la conciliación o el arbitraje, la presunción de validez de que gozaba el acto emitido por la entidad, adquiere firmeza y ya no es posible acudir ni al Arbitraje ni a la conciliación ni al Poder Judicial para cuestionarla. Siendo así, el acto que declaró la resolución del contrato debe surtir todos sus efectos y por tanto, debe ser ejecutado en sus propios términos.

Lo mismo ocurre cuando, pese a que la conciliación o el arbitraje se hubieran iniciado, éstos son archivados, definitivamente, por cualquier causal, sin que pueda cuestionarse, nuevamente, la decisión de la entidad por haber operado el plazo de caducidad, lo que determina que el acto que declara la resolución contractual, sea, igualmente, firme. En el caso que las partes acudan a un proceso arbitral, el procedimiento sancionador se suspende y la sanción dependerá de lo resuelto en el arbitraje. Ello porque, en el arbitraje, las partes pueden desplegar toda la actividad probatoria

para establecer si en efecto la resolución contractual fue o no atribuible al Contratista, de manera que tengan garantizados sus derechos al debido proceso y de defensa.

En esa línea, el acuerdo establece que, en el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral.

Este acuerdo es, especialmente, importante si se considera que la infracción por dar lugar a la resolución del contrato es el tercer motivo de sanción más recurrente en el Tribunal (23% en el año 2012; 18% en el 2013 y 22.2% en el año 2014). Y es una conducta especialmente grave si se considera que la resolución del contrato se produce en la etapa de ejecución contractual e implica que la prestación requerida por el Estado no se ha cumplido y en el caso de obras, se entregó un adelanto. En este caso, además de recurrir a los mecanismos legales para resolver el contrato, la entidad debe convocar, nuevamente, el proceso de selección, o en el caso de obras, puede asumir directamente la ejecución del saldo de la obra, por lo que el perjuicio al Estado tiene un costo cuantificable y concreto.

Finalmente, es importante precisar que si bien este acuerdo responde al tipo legal actualmente vigente y respeta el mecanismo de solución de controversias previsto en la Ley, ello no garantiza que en todos los casos, las partes acudan a un arbitraje. La práctica ha revelado que, en muchos casos, los contratistas no han acudido al arbitraje –principalmente por la cuantía del monto discutido y los costos del arbitraje– y luego de una resolución arbitraria de la entidad, se instaura un procedimiento sancionador que tiene consecuencias perjudiciales para el contratista.

Se trata pues de resolver el problema de acceso a la justicia que puede generarse en algunos

10 Penagos, Gustavo. En: El Acto Administrativo, Parte General, Tomo I. Ediciones Librería del profesional. Bogotá, Colombia. Séptima edición. 2001. Pág. 453-461.

supuestos debido a que en la regulación actual establece el arbitraje como mecanismo de solución de controversias obligatorio para todos los contratos sujetos a la Ley o, alternativamente, la conveniencia de introducir un cambio en el tipo de la infracción. No obstante, en este último caso, será necesario tener en cuenta que, dados los plazos perentorios para resolver, el procedimiento administrativo sancionador no permite la actuación probatoria que sí es posible desplegar en un proceso judicial o arbitral destinado a cuestionar una resolución contractual.

- Acuerdo 08//2014 sobre el pedido de suspensión del procedimiento administrativo sancionador por haberse instalado un tribunal arbitral en un proceso en el que se cuestiona la declaración de nulidad del contrato

Este acuerdo obedece a los pedidos de suspensión formulados en los procedimientos administrativos sancionadores, por encontrarse pendiente de resolver, en sede arbitral, la validez de la decisión de la entidad de declarar la nulidad del contrato.

Este acuerdo es pertinente porque, por un lado, el artículo 56 de la Ley establece las causales que habilitan al titular de la entidad a declarar la nulidad de oficio de un contrato (entre las que se prevé, su suscripción en contravención del artículo 10 de la Ley y cuando se verifique la trasgresión al principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato); y, por otro, el tercer párrafo del artículo 227 del Reglamento establece que la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya instalado por la materia controvertida.

Al respecto, el artículo 138 de la Constitución Política del Perú establece que «la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes» y el artículo 139 inciso 1) de la misma norma fundamental, consagra «la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional», quedando claramente establecido que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral». Por su parte, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, establece que «pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas

que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen».

A partir de lo establecido por la Constitución Política, el Tribunal Constitucional ha señalado que¹¹ «el arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa el sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución pacífica de las controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente, para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y, sobre todo para la resolución para las controversias que se generen en la contratación internacional» (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 10). Desde esta perspectiva, el Tribunal Constitucional «reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (...), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria» (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 14).

Teniendo en cuenta ese marco constitucional y de conformidad con lo establecido en el Decreto Legislativo 1071, los asuntos de interés público o los que versan sobre delitos o faltas no son arbitrables, de lo que se desprende que tratándose de hechos que evidencian la comisión de una infracción administrativa que se encuentren bajo el ámbito de la normativa en contratación pública, la competencia es única y exclusiva del Tribunal¹² máxime cuando la norma establece que la imposición de sanciones es independiente de la responsabilidad civil o penal que pueda originarse por las infracciones cometidas¹³.

Asimismo, debe tenerse presente que lo dispuesto en los artículos 227 y 244 del Reglamento, dispositivos a partir de los cuales corresponde al Tribunal suspender el procedimiento administrativo sancionador, se aplica sólo cuando para la determinación de la responsabilidad administrativa del proveedor, participante, postor, contratista, experto independiente se requiere la definición previa de ciertas situaciones y/o condiciones (requeridas para la configuración del ilícito administrativo) que serán determinadas en el correspondiente proceso arbitral. Ello ocurre en el caso de resolución de contrato por causa atribuible al contratista, siempre que no haya

11 Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00142-2011-AA.

12 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 51° y 52° 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.

13 Penúltimo párrafo del artículo 51 de la Ley.

quedado consentida la decisión de la entidad, o en el caso de vicios ocultos cuya existencia debe ser declarada en vía judicial o arbitral.

En los supuestos de contratar estando impedido, sin contar con inscripción vigente en el RNP y en caso se presente documentos falsos o con información inexacta, el pronunciamiento arbitral no es requisito para que la infracción se configure. De acudir a un arbitraje para cuestionar la nulidad declarada por la entidad, éste se deberá limitar a los aspectos patrimoniales que deriven de la nulidad, sin que ello implique una declaración sobre la existencia o no de la infracción, pues esta es una facultad exclusiva del Tribunal, tal como establece el artículo 63 de la Ley.

Por esa razón, en el referido acuerdo, por mayoría, el Tribunal estableció que, sin perjuicio del criterio que pueda aplicar cada sala en supuestos distintos a los abordados en el acuerdo, no corresponde suspender el procedimiento administrativo sancionador que se haya instalado por contratar estando impedido o sin contar con inscripción vigente en el RNP o por la presentación de documentos falsos o información inexacta, en

los casos que el infractor formule dicha solicitud sustentándose en que ha instalado un proceso arbitral contra la declaración de nulidad del contrato que tuvo como causal cualquiera de aquellos supuestos.

- Acuerdo N° 15/2013 que se establece criterios de interpretación sobre el literal k) del artículo 10 de la Ley de Contrataciones, referido a los impedimentos para contratar con el Estado.

El artículo 10 de la Ley¹⁴ regula una serie de restricciones a la participación de postores en los procesos de selección, contemplando como impedimento para ser postor y/o contratista del Estado, entre otros supuestos, el establecido en su literal k), en virtud del cual se encuentran impedidas de ser participantes, postores y/o contratistas: «las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal

14 Artículo 10° de la Ley: «Cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable, están impedidos de ser participantes, postores y/o contratistas:

- En todo proceso de contratación pública, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, el Presidente y los Vicepresidentes de la República, los Congresistas de la República, los Ministros y Viceministros de Estado, los Vocales de la Corte Suprema de Justicia de la República, los titulares y los miembros del órgano colegiado de los Organismos Constitucionales Autónomos;
- En el ámbito regional, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Presidentes, Vicepresidentes y los Consejeros de los Gobiernos Regionales;
- En el ámbito de su jurisdicción, hasta doce (12) meses después de haber dejado el cargo, los Vocales de las Cortes Superiores de Justicia, los Alcaldes y Regidores;
- En la Entidad a la que pertenecen, los titulares de instituciones o de organismos públicos del Poder Ejecutivo, los directores, gerentes y trabajadores de las empresas del Estado, los funcionarios públicos, empleados de confianza y servidores públicos, según la ley especial de la materia;
- En el correspondiente proceso de contratación, las personas naturales o jurídicas que tengan intervención directa en la determinación de las características técnicas y valor referencial, elaboración de Bases, selección y evaluación de ofertas de un proceso de selección y en la autorización de pagos de los contratos derivados de dicho proceso, salvo en el caso de los contratos de supervisión;
- En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, el cónyuge, conviviente o los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;
- En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas en las que aquellas tengan o hayan tenido una participación superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;
- En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas sin fines de lucro en las que aquellas participen o hayan participado como asociados o miembros de sus consejos directivos, dentro de los doce (12) meses anteriores a la convocatoria;
- En el ámbito y tiempo establecidos para las personas señaladas en los literales precedentes, las personas jurídicas cuyos integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales sean las personas señaladas en los literales precedentes. Idéntica prohibición se extiende a las personas naturales que tengan como apoderados o representantes a las personas señaladas en los literales precedentes;
- Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;
- Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente;
- Otros establecidos por ley o por el Reglamento de la presente norma.

Las propuestas que contravengan lo dispuesto en el presente artículo se tendrán por no presentadas. Los contratos celebrados en contravención de lo dispuesto por el presente artículo son nulos, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante y de los contratistas que celebraron dichos contratos».

o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente».

El sentido y alcance de la norma citada, ha dado lugar a distintos criterios de interpretación, incluso en algunas resoluciones emitidas por el Tribunal en los años 2009-2012.

Se trata de una norma que tiene por finalidad evitar que, en mérito a la independencia jurídica, una persona eluda sus obligaciones y/o sanciones, incurriendo de esta manera en fraude en la ley. El artículo 10 inciso k) de la Ley establece criterios referidos tanto al porcentaje de propiedad de las acciones como al control que se ejerce sobre los proveedores del Estado a través de administradores comunes, de manera que el referido dispositivo persigue evitar que el proveedor que ha sido sancionado con inhabilitación temporal o permanente para contratar con el Estado, continúe contratando a través de una persona jurídica diferente, sea porque quienes lo integran, representan o dirigen (socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales) tienen en ésta un porcentaje de participación –o son titulares de sus acciones–, la representan o porque participan de su dirección. Inclusive, dicho dispositivo se extiende a aquellos casos en los cuales quienes integran, representan o dirigen al proveedor sancionado hayan dejado de hacerlo, dado que, para efectos del impedimento, bastaría que hayan ejercido dichas actividades dentro de los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción.

En ese sentido, para la configuración del literal k) del artículo 10º de la Ley, se exige que el proveedor sancionado intervenga en el mercado de compras públicas, a través de otra persona jurídica, si bien es cierto, no de forma directa, sino a través de quienes son o fueron (en los últimos doce meses de impuesta la sanción) sus accionistas, representantes legales o directivos. De este modo, dicha persona jurídica (a quién, en lo sucesivo, denominaremos la «persona jurídica vinculada») queda impedida para ser participante, postor y/o contratista del Estado, por estar integrada, representada o dirigida por quienes son o fueron (en los últimos doce meses de impuesta la sanción) socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración,

apoderados o representantes legales del proveedor sancionado.

En este contexto, a tenor de lo establecido en el literal k) del artículo 10 de la Ley, la «persona jurídica vinculada» se encuentra impedida de ser participante, postor y/o contratista del Estado en los supuestos siguientes:

- a. Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales forman parte del proveedor sancionado. Es decir, en el momento en que participa en el proceso, es postor o suscribe un contrato con una entidad, la «persona jurídica vinculada» y el proveedor sancionado comparten simultáneamente socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales.
- b. Si sus socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formaron parte del proveedor sancionado dentro de los doce (12) meses siguientes a la entrada en vigencia de la sanción. Es decir, cuando los socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales de la «persona jurídica vinculada» (que pueden tener dicha condición por adquisición de las acciones, por haber adquirido dicho estatus o cargo dentro de la empresa, o por haber creado la «persona jurídica vinculada», entre otras situaciones), formaron parte del «proveedor sancionado», en el pasado (dentro de los doce (12) meses siguientes a la imposición de la sanción).

Cabe resaltar que ambos supuestos comprendidos en el literal k) del artículo 10º de la Ley suponen la vinculación existente entre dos personas jurídicas distintas: el «proveedor sancionado» y la «persona jurídica vinculada», realidad que sustenta extender los efectos de la sanción a esta última que, no obstante no encontrarse sancionada, queda impedida de ser participante, postor y/o contratista del Estado en atención a las personas que la integran, representan y/o dirigen.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el referido impedimento surte efectos para la «persona jurídica vinculada», durante el periodo de vigencia de la sanción impuesta al «proveedor sancionado», pues, una vez agotada ésta, el sustento del impedimento fenecce.

Las precisiones que anteceden permiten advertir con mayor claridad aquellos supuestos en los que

el impedimento de la «persona jurídica vinculada» no se configura en razón de la interpretación restrictiva que debe efectuarse de las normas que restringen derechos (como es el caso del artículo 10º de la Ley) y en aplicación del principio de tipicidad que rige en los procedimientos administrativos sancionadores a cargo del Tribunal. Así, el impedimento establecido en el literal k) del artículo 10º de la Ley no podría configurarse en caso la supuesta «persona jurídica vinculada» ya no cuente con la persona que la vinculaba con el proveedor sancionado, o si es que dicha persona dejó de formar parte del proveedor sancionado antes de que le sea impuesta la sanción.

Este acuerdo de Sala Plena es relevante porque si bien esta causal de infracción es poco significativa en términos porcentuales (sólo el 6% de proveedores fueron sancionados por esta causal en el año 2012, 3% en el 2013 y 0.9% en el 2014), lo cierto es que la declaración jurada de no estar impedido para contratar con Estado y que, de conformidad con el artículo 42 del Reglamento es requisito para presentar la propuesta, da lugar a la infracción de información inexacta y genera una inhabilitación no menor de 3 años. Asimismo, se trata de un supuesto que también se discute en el recurso de apelación y por tanto, la configuración del impedimento, puede modificar el resultado del proceso de selección.

Es importante advertir que es fundamental analizar la pertinencia y alcance de esta norma, sobre todo si se tiene en cuenta que su amplitud puede dar lugar a que la sanción de inhabilitación de una persona jurídica, genere un impedimento que se extienda a todos los miembros de un mismo grupo económico, pese a que los miembros de éste no necesariamente estén vinculados al giro del negocio de la empresa sancionada o que el grupo económico sea una forma de organización de capitales incluso anterior a la comisión de la infracción.

Además, esta revisión debería tener en cuenta que si bien la finalidad de la norma es evitar que una empresa sancionada, pueda seguir en el mercado a través de otras empresas creadas específicamente para eludir la sanción, lo cierto es que cada vez es más frecuente el uso de personas jurídicas distintas por un mismo grupo económico; no existe evidencia empírica que respalde la eficacia de la medida y que demuestre que los beneficios que genera son mayores a los costos de su cumplimiento; existe un sector de empresas que, conociendo la normativa y los vacíos en su interpretación, continúan contratando con el Estado.

En este escenario, las alternativas de solución, pueden estar vinculadas a limitar la posibilidad

de incorporar la experiencia de la empresa sancionada, tanto para evaluar su capacidad máxima de contratación o en la evaluación de los procesos de selección.

Al igual que los demás supuestos de impedimento regulados en el artículo 10 de la Ley, éste es uno que merece un análisis más detenido de manera que la solución que se plantee, favorezca al sistema de contrataciones en su conjunto.

Como toda interpretación jurídica, los criterios adoptados bien pueden ser objeto de crítica y discrepancia y seguramente, modificados en el tiempo, impulsando, de ser el caso, las modificaciones normativas que sean necesarias. No obstante, es sustancial que en todos los casos, las resoluciones estén debidamente motivadas, para garantizar al ciudadano la predictibilidad de las resoluciones y la independencia e imparcialidad de la actuación del Tribunal.

4. Los retos y tareas pendientes

Sin duda, los retos y tareas pendientes en el Tribunal son muchos, porque si bien se han dado importantes pasos para su fortalecimiento institucional, existe el reto constante de garantizar su credibilidad, independencia y eficacia en el ejercicio de sus funciones y por tanto, su contribución eficaz al sistema de compras públicas. Para ello, es fundamental que exista un esfuerzo constante y comprometido de los Vocales que integran el Tribunal, para que su actuación sea independiente, autónoma, apegada a ley, de manera que los cambios de criterio estén debidamente motivados y sean concordantes con la realidad (social y económica) del país, con la claridad suficiente para construir la línea de jurisprudencia que resulte eficiente para la compra pública y para la sociedad en su conjunto. Y en ese esfuerzo, los Vocales del Tribunal, cumplen un rol fundamental y por eso es necesario garantizar y respetar su autonomía, pues sólo así, se puede garantizar la autonomía del Tribunal como institución.

Asimismo, es necesario poner énfasis en la gestión del Tribunal, de manera que sus recursos sean empleados de manera eficiente, logrando métodos y procedimientos de trabajo que garanticen la oportunidad de las resoluciones que emita. Una herramienta necesaria es un sistema informático que (i) permita eliminar progresivamente el soporte de papel, de manera que todos los involucrados en el proceso de selección puedan acceder en tiempo real a las piezas del expediente y puedan presentar sus alegaciones y escritos por este medio, agilizando el proceso y garantizando transparencia, y; (ii) el sistema de búsqueda de expedientes que permita acceder a resoluciones

previas emitidas por el Tribunal, de manera que se garantice la predictibilidad de las resoluciones y un cambio de criterio se encuentre debidamente sustentado¹⁵.

Finalmente, es necesario recordar que la construcción de un sistema de compras públicas

eficiente, que maximice el valor del dinero (el de todos los contribuyentes) y que permita la satisfacción oportuna e idónea de las necesidades del Estado, requiere la participación honesta y activa de los particulares que acceden al mercado de las compras públicas, de los funcionarios públicos y de todos los ciudadanos. ■

15 Ambos proyectos fueron iniciados en el periodo en comentario.