

# Revisión de la Potestad Sancionadora en Contratación Pública: A propósito del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE emitido por el Tribunal de Contrataciones del Estado

César Rommel Rubio Salcedo\*

## Resumen:

A partir de la revisión de la potestad sancionadora en materia de contratación pública, el autor analiza el contenido y los alcances del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE; a la luz de las implicancias jurídicas y fácticas que se presentarán con la emisión y publicación de este precedente vinculante.

Adicionalmente, se prevé las eventuales contradicciones en que la aplicación de este Acuerdo de Sala Plena puede generar en el ordenamiento jurídico administrativo; así como las nefastas consecuencias de su vigencia.

## Palabras clave:

Potestad sancionadora – Tribunal de Contrataciones del Estado – Nulidad de inscripción – Registro Nacional de proveedores – Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE – Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)

## Abstract:

On the basis of the revision of the power to impose on government procurement matter, the author analyses the content and scope of Plenary Court agreement 1/2015-TCE; to the light of the juridical and factual that will occur with the emission and issue of this binding precedent.

In addition, the author works a prediction of the eventual contradictions on the application of the Plenary Court agreement that may occur in the juridical administrative system and the harmful consequences of the effectiveness of it.

## Keywords:

Power to impose – Government Procurement Court – Nullity of registration – National Register of Suppliers – Plenary Court Agreement 1/2015-TCE – Supervisory Agency for Government Procurement

## Sumario:

1. Presentación – 2. La potestad sancionadora en materia de contratación pública en el Perú – 3. De la declaración de nulidad del Registro Nacional de Proveedores (RNP) por la transgresión del principio de veracidad – 4. Del análisis del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE a la luz del ordenamiento jurídico vigente – 6. Cuestionamiento al Acuerdo de la Sala Plena 1/2015-TCE – 7. Conclusión

\* Máster en Administración Pública por el Instituto Universitario Ortega y Gasset, adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Autor del libro «Solución de Controversias y Procedimiento Sancionador en la Contratación Estatal» (Lima: Gaceta Jurídica S.A. Febrero 2013). Especialista en Contratación Pública y Arbitraje Administrativo. Asesor en materia de contratación pública de entidades estatales y empresas. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

## 1. Presentación

El 11 de mayo del 2015, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Acuerdo 1/2015-TCE, mediante el cual el Tribunal de Contrataciones del Estado dispuso que en los casos que, como consecuencia de una fiscalización posterior, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado declare la nulidad de un trámite por la presentación de un documento falso y/o información inexacta, y aplique el impedimento previsto en el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley –es decir, dos (2) años de prohibición para inscribirse en el Registro Nacional de Proveedores–; no correspondería iniciar el procedimiento administrativo sancionador sino el archivo del expediente respectivo.

Sin embargo, este Acuerdo de la Sala Plena genera más dudas que luces; derivando incluso en la nulidad de pleno derecho de las decisiones administrativas votadas como consecuencia de la aplicación del mismo.

Para lo cual, se procederá al estudio de este documento interpretativo a la luz de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias –en adelante, “la LCE”–; su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias –en adelante, “el RLCE”–; así como de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley N° 27444 y sus modificatorias, en adelante, “la LPAG”.

## 2. La potestad sancionadora en materia de contratación pública en el Perú

### 2.1 Anotaciones sobre la naturaleza de la potestad sancionadora del Estado

Hemos señalado en anteriores publicaciones que la potestad sancionadora del Estado es la facultad que posee la Administración Pública para aplicar sanciones y/o gravámenes a los administrados ante el incumplimiento o desobediencia de las normas y decisiones del Estado; conductas u omisiones establecidas previamente como ilícitos. Dicha potestad tiene como fundamento principal el poder coercitivo del Estado para hacer cumplir sus normas y disposiciones. También hemos señalado que este poder coercitivo es distinto al que ejerce el Poder Judicial en materia penal, ya sea en relación a su naturaleza, su finalidad, la tipicidad de infracciones y delitos respectivamente, la configuración del tipo penal y de la infracción administrativa, entre otros. De la misma manera, hemos indicado que respecto a la naturaleza de la potestad sancionadora de la Administración, se ha señalado tradicionalmente que ésta es una manifestación del *ius puniendi* del Estado [recordemos que en ejercicio del *ius puniendi* los jueces penales pueden aplicar penas privativas de la libertad, multas, entre otros].

Sobre el particular, los autores españoles GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ han señalado que la potestad sancionadora de la Administración, al igual que la aplicación de sanciones penales, corresponde al *ius puniendi* del Estado; en virtud a lo establecido en el artículo 25° de la Constitución española<sup>1</sup>.

1 «Por sanción entendemos aquí un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o un derecho, imposición de una obligación de pago de una multa; anteriormente a la Constitución, como veremos incluso arresto personal del infractor. Se distinguen estas sanciones de las penas propiamente dichas por un dato formal, la autoridad que las impone: aquéllas, la Administración; éstas, los Tribunales penales. Esta dualidad de sistemas represivos está recogida en un mismo precepto de la Constitución el artículo 25: <<Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituye delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento>>. ¿Por qué esta dualidad? –es la primera cuestión a plantear–. ¿Tienen las sanciones administrativas respecto de las penas judicialmente impuestas alguna diferencia de naturaleza que justifique su singularidad? (...) En todos los casos, herencia histórica, despenalización, influencia del sistema de Derecho Comunitario, multiplicación de centros políticos con poder sancionador, no parece haber base alguna para distinguir por su naturaleza estas sanciones administrativas de las penas propiamente dichas. Con frecuencia, la gravedad de aquéllas excede a la de éstas (es incluso lo normal respecto de las multas). Todos los esfuerzos por dotar a las sanciones administrativas de alguna justificación teórica y de una sustancia propia han fracasado. Sólo razones de política criminal explican las opciones varias, y a menudo contradictorias, del legislador en favor de una u otra de esas dos vías represivas. Queda, como último núcleo irreductible, un solo criterio: sólo los procesos judiciales pueden imponer penas privativas (...) Pero aun ese criterio lo es en nuestro Derecho sólo desde la Constitución de 1978, artículo 25.3 También el fin de las penas judiciales y de las sanciones administrativas es distinguible. Aquéllas, hoy por mandato constitucional (art. 25.3) <<estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social>> en tanto que las sanciones administrativas buscan una finalidad represiva más pragmática, tanto que se ha pretendido incluso que puedan proceder por responsabilidad objetiva o al margen de la culpabilidad del infractor... El mismo *ius puniendi* del Estado puede manifestarse, pues (con la salvedad ya hecha de las penas privativas de libertad y de otros derechos civiles y políticos), tanto por la vía judicial penal como por la vía administrativa. Esto último supone – y esto es esencial – que el juez no interviene más que eventualmente y a posteriori, por la vía común del recurso contencioso-administrativo, y eso mismo fue ya progreso...» GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. *Curso de Derecho de Derecho Administrativo*. Novena Edición. Tomo II. Thomson Civitas: Madrid. Ver Especialmente las páginas 163 a 167.

De la misma manera, Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO ha manifestado las sanciones que impone la Administración Pública y las penas [privativas de libertad] son manifestaciones de un mismo *ius puniendi*<sup>2</sup>.

A decir de GÓMEZ RETORTILLO y SANZ RUBIALES, el Derecho Administrativo Sancionador constituiría un "Derecho Penal de segunda velocidad", en tanto

que sanciona conductas que afectan en menor grado los bienes jurídicos protegidos con penas menos gravosas que la privación de la libertad; esto, sin alejarse de las garantías previstas en el ordenamiento. Sin embargo, aceptan las no pocas críticas que se realizan a esta perspectiva doctrinaria. De esta manera, aceptan implícitamente que la potestad sancionadora de la Administración es una manifestación del *ius puniendi* del Estado<sup>3</sup>.

2 «(...) sanciones administrativas y penas son manifestaciones de un mismo *ius puniendi* del Estado y, así, a ambas hace referencia el art. 25 de la Constitución, y todo ello justifica la aplicación de unos principios comunes. Dice, sobre este punto, SUYA RINCÓN que «la potestad sancionadora de la Administración no es, en efecto, un compartimento estanco frente al Derecho Penal, sino sólo una manifestación específica del genérico *ius puniendi* del Estado; debiendo acomodarse, por tanto, a los principios clásicos del ordenamiento penal, en cuanto manifestación típica e históricamente consolidada de la disciplina del referido *ius puniendi* en el marco de un Estado del Derecho». Como sabemos, no existe ninguna diferencia ontológica entre penas y sanciones administrativas y, lo que es más, el artículo 24 CE asimila unas y otras al imponer el principio de legalidad para ambas; roda vez que, como ya había señalado el Tribunal Supremo y ha reiterado el Tribunal Constitucional, la potestad sancionadora de la Administración no es sino una manifestación específica de la genérica potestad punitiva del Estado y, por ello, le son aplicables los principios propios del Derecho penal, aunque se admitan algunos matices, pues la asimilación debe limitarse a la finalidad de preservar principios esenciales reflejados en la Constitución (STC 22/1990, de 15 de febrero). Uno de estos matices es la posibilidad de sancionar administrativamente a las personas jurídicas, posibilidad reconocida por la jurisprudencia (SCT 246/1991, de 19 de diciembre, y STS 14-11-1990, Ar. 9128) y consagrada en la LAP (art. 130.1), si bien tampoco constituye una diferencia radical, pues en algunos países de nuestro entorno se ha admitido la responsabilidad penal de las personas jurídicas...» GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, Francisco. *Sanciones Administrativas. Garantías, derechos y recursos del presunto responsable*. Editorial Comares: Granada. 2004. 420 páginas. Ver especialmente las páginas 21 y 22.

3 «(...) podemos destacar, entre otros muchos, las ideas de STRATENWERTH. Este último autor, con el que estamos de acuerdo, parte de la idea que el citado Derecho de intervención sería una especie de Derecho penal cualificado, cuya creación implicaría ante todo, desembarazarnos de los problemas que presenta el Derecho penal moderno. Para él, en tal caso, tendríamos exactamente la clase de tipos delictivos que se han expulsado del Derecho penal, sólo que reducidos en su gravosidad y etiquetados de otra manera. Sin embargo, sostiene que no se puede hacer frente a las nuevas amenazas propias del siglo XXI con los instrumentos del siglo XVIII.

Al margen de lo expresado, y sobre todo frente a las ideas de HASSEMER, no se puede dejar de considerar que en el sistema vigente se lleva a cabo la protección de bienes jurídicos centrales, inequívocamente personales, mediante la tipificación de conductas a las que se asigna tan sólo una pena pecuniaria (vid., en el Código Penal español, los artículos 185, 186 –en el marco del Derecho penal sexual–; 195.1, 621.2 –dentro de los delitos que tutelan la vida– 621.1 –en lo que a la salud se refiere–; etc.) Y ello sin contar con otros que prevén alternativamente una pena privativa de libertad una pecuniaria (vid., también dentro del Código penal español, los artículos 170.2, 171 y 172 –donde, en general, se protege la libertad– 186; etc.) Los defensores del Derecho de intervención deberían aclarar si en este último deben incluirse delitos contra bienes jurídicos centrales del sistema, o si por el contrario, deberían permanecer en el Derecho penal nuclear, con todo su arsenal de garantías. Dese nuestra perspectiva, trasladar esta clase de ilícitos a un potencial Derecho de intervención o, alternativamente, a un Derecho penal de segunda fila, sería un paso más en una criticable trivialización o bagatelización de estos bienes jurídicos.

En definitiva, desde nuestro punto de vista, con independencia de las críticas que ya hemos apuntado y aceptado, la propuesta de HASSEMER, así como algunos de desarrollos próximos a ella, no sólo resultan todavía hoy excesivamente indefinidos, sino que se enfrentan a considerables problemas: figuras que deben integrarla; sanciones a vincular con aquéllas; garantías que podrían sufrir una reducción; grado de reducción de las mismas y fundamento de dicha reducción (no resulta admisible una rebaja de garantías tan trabajosamente conseguidas, sino se realiza una elaborada justificación aceptada por medio de un amplio consenso). Todo ello obligaría a una reelaboración de las categorías largamente trabajadas hasta la actualidad para determinar cuál debería ser su alcance en ese nuevo sector del ordenamiento jurídico, así como una amplia reforma procesal. Para semejante tarea parece que en la actualidad se carece de un acuerdo mínimo en la literatura científica que permita sentar las bases que concretarían tal propuesta, al tiempo que se trataría de un sector del Derecho carente de arraigo social. En definitiva, parece razonable abandonar una crítica global a la expansión que experimenta el Derecho penal y propugnar un riguroso análisis técnico dogmático de cada uno de los fenómenos que caracterizan su evolución, desechando pues, soluciones generales y radicales.» GÓMEZ TOMILLO, Manuel e IÑIGO SANZ RUBIALES. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo*. 2da edición. Thomson Reuters. Aranzadi: Navarra. 2010. 1019 páginas. Ver especialmente las páginas 57 a 59. Esta posición respecto al «Derecho Penal de dos velocidades» sería defendida a ultranza por estos autores respecto de las objeciones presentadas, como se transcribe a continuación: «Por lo que respecta a la idea del Derecho penal de dos velocidades, tampoco podemos ser exhaustivos en el análisis. No obstante, en nuestra opinión presenta un perfil más nítido y aceptable que la construcción de HASSEMER, en la medida que no pretende una fuga del Derecho penal. Sin embargo, frente a la construcción de SILVA SÁNCHEZ permanecen algunos de los obstáculos apuntados en relación con los delitos contra el medioambiente, hay una clara desproporción entre lo que realmente está en juego y la sanción propuesta para conductas gravemente atentatorias con el mismo.

Con independencia de ello, contra la concepción del Derecho penal de dos velocidades, se puede poner de manifiesto al menos varios obstáculos más.

En primer lugar, hemos indicado en otro lugar, que tal construcción puede incurrir en cierta incongruencia, en la medida que no se explica por qué se pretende ser restrictivo en lo más necesitado o merecedor de pena (el núcleo duro del Derecho penal) y expansivo en lo menos, el Derecho penal de segunda velocidad.

(...) En definitiva, en la construcción del Derecho penal de segunda velocidad subyace cierto pragmatismo jurídico, conforme al cual cuanto menos grave es la sanción, con menor rigor deben plantearse las garantías. Tal criterio en relación, por ejemplo, con el principio de taxatividad implica una renuncia al principio de separación de poderes. Nuestro punto de vista, al contrario, propugna igualar, al menos tendencialmente, las garantías y los controles en toda manifestación punitiva del Estado, lo que a su vez, se basa en la experiencia histórica que pone de manifiesto que siempre se ha abusado de los poderes otorgados al Estado por medio del contrato social.

En segundo lugar, sostiene Silva Sánchez en su obra que el Derecho penal de segunda velocidad se caracterizaría por un sistema sancionatorio que no incluyese la pena de prisión. Hemos sostenido que tal construcción no se compadece con el punto de vista conforme al cual la pena de prisión no es, siempre y en todo caso, la pena más grave que conoce el sistema. Desde nuestra perspectiva, en determinadas circunstancias cabe la posibilidad de que otras sanciones incidan mucho más negativamente en la esfera de los derechos individuales que la pena de prisión, por lo que merecen desde un punto de vista político criminal un nivel de garantías y controles en su imposición próximo al de la pena de prisión. Puede ser significativo considerar sanciones hoy en manos de la Administración como, por ejemplo dentro del Derecho Disciplinario, la separación del cargo en caso de los funcionarios públicos, la cual posee un carácter definitivo; asimismo, puede pensarse en el traslado con cambio de residencia o la inhabilitación o suspensión para el ejercicio de una profesión, oficio, empleo o cargo; (o incluso la

No obstante ello, una nueva corriente doctrinaria viene defendiendo la tesis que, en realidad, la potestad sancionadora de la Administración responde al *ius imperium* del Estado, cuyo fin fundamental radica en el cumplimiento de las normas legales y reglamentarias por parte de los administrados. En ese sentido, el autor español Alejandro NIETO ha expresado que la potestad sancionadora no es una manifestación del *ius puniendi* –relacionado enteramente al ámbito jurisdiccional punitivo–, sino que la misma se deriva de la potestad de policía o *ius imperium* del Estado como facultad del Estado hacer cumplir

las disposiciones que han sido previamente emitidas<sup>4/5</sup>.

No obstante lo anterior, tenemos primeramente que el debido procedimiento es un derecho constitucional de los administrados ante la actuación ejecutiva del Estado en su papel de Administración Pública; y, por su naturaleza, debe contar con las garantías y principios de la institución del debido proceso según lo ha señalado por el Tribunal Constitucional<sup>6</sup>. Por tanto, se colige que el procedimiento administrativo sancionador debe contar con garantías y principios

*sanción de arresto en el Derecho disciplinario militar). En una sociedad donde el trabajo representa un bien escaso, la pérdida del derecho a trabajar puede ser tan grave como la de pérdida del derecho a la libertad ambulatoria.*

*(...) manifestamos nuestro convencimiento de que el Derecho penal, con todas sus limitaciones, es una construcción intelectual y científica notable que debe seguir siendo «la casa común» de toda manifestación punitiva del Estado. Podría decirse que por su larga trayectoria debería considerarse en todo caso una referencia para el Derecho administrativo sancionador; debe desarrollar un papel de Derecho común, análogo al característico del Código Civil en el marco del Derecho privado. Ello, evidentemente, es compatible con los matices normativos que la compleja realidad requiere del Derecho.*

*(...) Desde la perspectiva expuesta, con muchísimos matices, es aceptable hablar de un Derecho penal de diversas velocidades, si bien entendemos que cada una de las velocidades expuestas no debe ser coincidente con las sólidamente desarrolladas por el profesor Silva Sánchez y, singularmente con la propuesta de un Derecho penal de segunda velocidad en el que no aparezca la pena de prisión.*

*En definitiva, y por lo que al Derecho administrativo sancionador concretamente respecta, la tendencia general no debe ser hacia una reducción de las garantías en ese ámbito, sino, muy al contrario, hacia su incremento, en relación con las actualmente observadas, paralelo a la mayor importancia de ese sector del ordenamiento jurídico, sin llegar, como hemos indicado, a la plena equiparación que carecería por completo de sentido. Como venimos subrayando, ello es coherente tanto con el enorme poder sancionador obtenido por la Administración, en ocasiones muy superior al de los propios Jueces y Tribunales penales y necesitado, en consecuencia, de análogos límites y controles, como con la experiencia histórica que pone de manifiesto que siempre se ha abusado de los poderes otorgados por medio del contrato social del Estado.*

*(...) Propugnamos, pues, no sólo la «administrativización» del Derecho penal (concepto que requeriría de ulteriores precisiones en los que no nos podemos detener) sino, fundamentalmente, la «penalización» del Derecho administrativo sancionador. Expresado en otros términos, como hemos puesto de manifiesto supra, entendemos que la potestad sancionadora de la Administración no deja de constituir un cuerpo extraño en un sistema caracterizado por la división de poderes. En la medida que se trata de algo, si se quiere necesario, pero en todo caso desde el punto de vista de los principios, excepcional, requiere ser utilizado restrictivamente. Ello se traduce en el contexto que nos ocupa en la necesidad de que se aparte de los principios generales lo menos posible. Y esos principios generales son los propios del Derecho penal.» Ibidem. Ver páginas 59 a 70.*

4 «(...) Tradicionalmente [la potestad sancionadora] venía siendo considerada como una emanación de la Policía y desde allí se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad administrativa forma parte de un genérico «*ius puniendi*» del Estado, que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones. En la elaboración teórica del dogma de la potestad punitiva única del Estado han participado conjuntamente el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional [españoles], con una notoria prioridad cronológica del primero, a quien luego el segundo ha seguido en este punto fielmente. Pero tampoco conviene olvidar que la rotundidad del Tribunal Supremo se ha reafirmado aún más después de haber comprobado que su postura era aceptada por el Tribunal Constitucional.

*(...) 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 (...)*

*La invocación de la Policía o del Orden Público como causa justificadora de la potestad sancionadora de la Administración puede ser considerada actualmente como un anacronismo; pero ello no evita que subsista una duda inquietante a propósito de lo que en el fondo no es sino una reformulación de la vieja tesis: **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 manifestación del *ius puniendi* del Estado ni, mucho menos, de las potestades penales.» (resaltado nuestro) NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª Edición. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A.): Madrid. 2005. 591 páginas. Ver especialmente las páginas 27, 85 y 94 al 97.*

5 El autor argentino DROMI señala que esta potestad sancionadora constituye una manifestación del poder de policía de la Administración; y responde frente al incumplimiento de las normas previamente establecidas «El ejercicio del poder de policía implica la posibilidad de aplicar penas o sanciones a las infracciones o faltas que se lleven a cabo contraviniendo la regulación que rige en la materia. Deben tener previsión legal, por aplicación del art. 18 de la constitución, y consisten en arresto, multa, comiso, inhabilitación, suspensión registral, exclusión del mercado, indemnización, restitución, reposición o recomposición...» DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 11ª edición actualizada. Ciudad Argentina; Buenos Aires. 2006: 1630 páginas. Ver especialmente la página 805.

6 Este derecho al debido procedimiento ha sido expresamente reconocido por el Tribunal Constitucional [Expediente N° 2050-2002-AA/TC]; cuyos principales fundamentos se transcriben a continuación: «(...) Desde luego, no sólo los principios materiales del derecho sancionador del Estado son aplicables al ámbito del derecho administrativo sancionador y disciplinario. También lo son las garantías adjetivas que en aquél se deben de respetar. En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139º de la Constitución no sólo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino que se extiende también a sede «administrativa» y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha sostenido, a «cualquier órgano del Estado que

destinados a proteger los derechos sustanciales y procesales del administrado; considerando que la aplicación de una sanción en su contra es a todas luces gravosa. De allí la coincidencia o similitud con las instituciones utilizadas en el proceso penal. Sin embargo, es necesario precisar que el debido procedimiento no es igual al debido proceso penal; y no contiene las mismas garantías (juez natural, "retroactividad benigna", etc.)

Como segunda cuestión a analizar, debemos manifestar que es cierto que diversos autores españoles han señalado que la potestad sancionadora es una manifestación del *ius puniendi*, esto responde a que su texto constitucional ha insertado a la facultad de imponer sanciones conjuntamente con la atribución de establecer penas privativas de la libertad y las medidas de seguridad. Sin embargo, es pertinente manifestar que la potestad sancionadora de la Administración Pública no tiene por finalidad la reeducación y la "reinserción social" de los sancionables, sino únicamente el cumplimiento de las normas. Aunado a lo anterior, se observa por otro lado que, por ejemplo, las personas jurídicas no pueden ser objeto de reinserción social.

Como tercera cuestión a determinar, tenemos que la sanción administrativa no busca castigar directamente la afectación a un bien jurídico protegido como sucede en el Derecho Penal; basta la verificación del incumplimiento de la norma. Su finalidad tampoco está ligada a reparar el daño o perjuicio realizado que eventualmente ocurriría en un caso concreto; menos aún, a reformar la conducta del infractor.

Finalmente, es necesario establecer que a través del procedimiento administrativo sancionador no se pretende demostrar la existencia de intencionalidad (dolo) en la comisión de la infracción; basta únicamente la configuración de la infracción previamente consignada en la norma [en ciertos casos, la intencionalidad del administrado será tomada en cuenta únicamente para determinar la graduación de la sanción administrativa a aplicar].

Por estos fundamentos, y coincidiendo más con el planteamiento de NIETO, nuestra posición se inclina a admitir que, en realidad, la potestad

sancionadora de la Administración es, en esencia, una manifestación del *ius imperium* estatal mediante la cual el Estado pretende hacer respetar las normas y leyes que previamente ha emitido; y en ese sentido, procederá a sancionar su eventual incumplimiento o trasgresión.

## 2.1 La potestad sancionadora en materia de contratación pública

En relación al régimen de contratación estatal, la potestad sancionadora le ha sido delegada exclusivamente al Tribunal de Contrataciones del Estado; según se observa en el artículo 51° LCE; dispositivo normativo que se transcribe a continuación:

*"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 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." (resaltado propio)*

De la misma manera, la potestad sancionadora se encuentra expresamente delegada en el Tribunal de Contrataciones del Estado según se puede apreciar en el artículo 63° LCE; que se transcribe a continuación:

*"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,*

*ejercer funciones de carácter materialmente jurisdiccional, (la que) tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana.» (Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71). Y es que, sostiene la Corte Interamericana, en doctrina que hace suya este Tribunal Constitucional, «si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.» (párrafo 69). «(...) Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un «juez o tribunal competente» para la «determinación de sus derechos», esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas.» (Párrafo 71) [La Corte ha insistido en estos postulados en los Casos Baena Ricardo, del 2 de febrero de 2001 (Párrafos 124-127), e Ivcher Bronstein, del 6 de febrero de 2001 (Párrafo 105)]. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia tienen los derechos de defensa y de prohibición de ser sancionado dos veces por el mismo hecho...».*



*participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso...*"

Este criterio ha sido respetado en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, publicada el 11 de julio del 2014 pero que a la fecha, no ha entrado en vigencia aún; según se aprecia en sus artículos 50° y 59°, respectivamente<sup>7 8</sup>.

Ahora bien, es pertinente definir ahora cómo el TCE ejerce su potestad sancionadora. Como ya se ha expresado en anteriores trabajos de investigación, tomando en cuenta además los criterios establecidos por el propio Tribunal<sup>9</sup>, inferimos que la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones se ejerce a través en dos momentos concretos:

I. Primer momento: determinación de las infracciones.

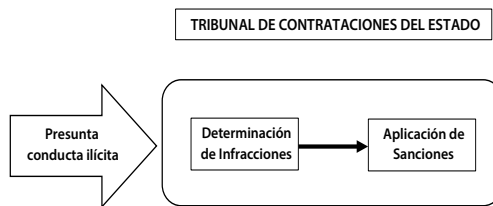
En un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio o con motivo de la interposición de denuncia de terceros, el TCE debe determinar si efectivamente se ha configurado una o varias infracciones previstas en el artículo 51 de la Ley.

En este primer momento, el TCE podrá declarar o no el inicio del PAS, solicitar información adicional, autorizar el uso de la palabra, meritar los diversos medios probatorios ofrecidos y obtenidos; con la finalidad de dilucidar si se ha cometido o no las infracciones que se le han imputado al sancionable.

II. Segundo momento: aplicación de sanciones.

Posteriormente a la determinación de la comisión de infracciones, el TCE debe establecer si corresponde o no aplicar sanción; considerando los atenuantes y agravantes ocurridos al momento de la comisión de la infracción.

Las sanciones que puede aplicar el Tribunal son inhabilitación temporal, inhabilitación definitiva y sanción económica; según lo establecido en el numeral 51.2 del artículo 52° de la Ley.



Procedimiento Administrativo Sancionador

Así también, es necesario afirmar que esta potestad sancionadora se ejerce en respeto de los principios de la potestad sancionadora administrativa, contenidos en el artículo 230° LPAG.

Entonces, en materia de contratación estatal, la potestad sancionadora debe ser ejercida a través de un procedimiento administrativo previamente regulado; a través del cual el Tribunal de Contrataciones del Estado va a dilucidar si efectivamente el denunciado ha cometido alguna de las infracciones previamente establecidas en la normativa vigente.

Sobre este tema, MORÓN URBINA ha manifestado que la potestad sancionadora debe ser desarrollada a través de un procedimiento especial por el que se comprobará la comisión de uno o varios ilícitos, asegurando el derecho del procesado a presentar su defensa. Esta potestad sancionadora –definida como la capacidad de aplicar sanciones por parte de la Administración– debe ser ejercida a través de un procedimiento específico donde los administrados puedan ejercer su derecho de defensa<sup>10</sup>. Tal es la necesidad de regulación previa y existencia del procedimiento administrativo

7 «Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas (... ) 50.2. Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción (...) La inhabilitación o multa que se imponga no exime la obligación de cumplir con los contratos ya suscritos a l fecha en que la sanción queda firme.»

8 «Artículo 59°. 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 multa, de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores y/o contratistas, según corresponda para cada caso...» (el resaltado es nuestro)

9 En la Resolución N° 2146-2009-TC-S1 del 01 de octubre del 2009, emitida en el procedimiento administrativo sancionador seguido contra la empresa ELEMEDIC S.A.C. por la presentación de documentación falsa e/o inexacta se convocó al proceso de selección de Adjudicación de Menor Cuantía N° 0806M27921-RAA-ESSALUD-2008 para la «Adquisición de Equipos Biomédicos», se puede apreciar el siguiente criterio: «(...) este colegiado estima pertinente indicar que el procedimiento administrativo sancionador se ejerce en virtud de la potestad sancionadora atribuida al Tribunal de Contrataciones del Estado; facultad que se ejerce tanto en la determinación de infracciones administrativas como en la aplicación de sanciones cuando corresponda...» Este criterio también ha sido plasmado en la Resolución N° 2453-2009-TC-S1 del 12 de noviembre del 2009; así como en los diversos Acuerdos de Sala emitidos por el Tribunal emitidos en el desarrollo de procedimientos administrativos sancionadores.

10 «(...) a diferencia de las demás actividades de la administración, la actividad sancionadora tiene un objetivo único: Ejercer la pretensión sancionadora del poder público administrativo, mediante un procedimiento especial, donde el administrado tenga las suficientes garantías para el ejercicio de su defensa. Aquí, la administración no busca el esclarecimiento de los hechos, la indagación de lo acontecido, o despejar una incertidumbre o duda. Parte de una imputación o cargo directo, y su procesamiento busca obtener certidumbre jurídica y real, a partir

que, de no respetarse, la sanción impuesta será pasible de nulidad<sup>11</sup>.

En la normativa de contratación estatal, se le denominará Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS), constituido por un conjunto de actuaciones administrativas a través del cual el Tribunal ejerce su potestad sancionadora. Este debe ser considerado especial, toda vez que será ejercido de manera exclusiva y excluyente por el Tribunal.

### 3. De la declaración de nulidad del Registro Nacional de Proveedores (RNP) por la transgresión del principio de veracidad

#### 3.1 Del Registro Nacional de Proveedores (RNP) y sus alcances

La normativa de contratación pública exige que quienes pretendan vender al Estado –incluyendo a Entidades del gobierno central, así como gobiernos locales y regionales, e incluso de empresas estatales de derecho público–, deben estar inscritos en el Registro Nacional de Proveedores; el mismo que es administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE):

*“Artículo 9. Registro Nacional de Proveedores  
9.1. Para ser participante, postor y/o contratista se requiere estar inscrito en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) y no estar impedido, sancionado ni inhabilitado para contratar con el Estado.*

*9.2. El reglamento establece la organización, funciones y procedimientos del Registro Nacional de Proveedores (RNP), así como los requisitos para la inscripción y su renovación, la asignación de categorías y especialidades, la inclusión y la periodicidad con que se publica la relación de sancionados en el Portal del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). En ningún caso, estos requisitos constituyen barreras a la competencia y se establecen en cumplimiento del principio de reciprocidad...”*

En concordancia con lo anterior, en artículo 252º RLCE prevé que los proveedores deben ser responsables que su inscripción en el RNP se encuentre vigente al registrarse como

participantes, al momento de presentación de propuestas, en el otorgamiento de la buena pro y al momento de la suscripción del contrato:

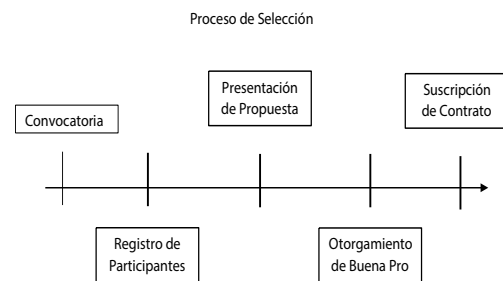
*“Artículo 252.- Inscripción en los Registros del RNP y vigencia de la inscripción  
(...) La inscripción en los Registros tendrá validez de un (1) año a partir del día siguiente de su aprobación, pudiendo el interesado iniciar el procedimiento de renovación dentro de los sesenta (60) días calendarios anteriores a su vencimiento. El proveedor deberá acceder electrónicamente a su respectiva constancia a través del portal institucional del OSCE.*

**Los proveedores serán responsables de que su inscripción en el Registro correspondiente del RNP se encuentre vigente al registrarse como participante, en la presentación de propuestas, en el otorgamiento de la buena pro y la suscripción del contrato. Las Entidades deberán verificar la vigencia de la inscripción en el RNP en el portal institucional de OSCE.**

*Mediante directivas el OSCE establecerá disposiciones al presente capítulo.*

*Lo dispuesto en el presente Capítulo será de aplicación en los trámites de renovación de inscripción, aumento de capacidad máxima de contratación y ampliación de especialidad, en lo que corresponda.” (Resaltado propio)*

Sin embargo, cabe señalar que la norma no exige que la inscripción RNP se encuentre vigente entre la sucesión de estos momentos. Con lo cual, es posible deducir la existencia de interrupción o suspensión y/o renovación de la inscripción; que no afectaría necesariamente la participación del proceso o la suscripción del contrato de los proveedores si no recae en estos momentos:



*de la convicción a que ha llegado a obtener luego de una actividad común de comprobación o inspección...» MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Séptima edición revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica. 2008: 878 páginas. Ver especialmente la pág. 629.*

11 «(...) en consecuencia, la emisión de un acto sancionador sin cumplir el procedimiento respectivo, y fundamentalmente, sin garantizar la participación activa del interesado, apareja su nulidad no siendo posible su conservación. Las actuaciones producidas a su interior pueden ser analizadas, a efecto de merituar su conservación excepcional, si se diesen las condiciones previstas en el artículo 13.2 de la Ley [del Procedimiento Administrativo General], sin embargo, la existencia de pruebas evacuadas o actuaciones unilateralmente por la Administración para comprobar los hechos que dieron origen a la medida punitiva, no pueden conservarse, ya que son inválidas e insuficientes las pruebas sin que el sujeto sancionado hubiere tenido participación en su desarrollo, ni dispusiese de los medios y recursos para contradecirlas o invalidarlas.»/ibidem. Pág. 631.

### 3.2 De la nulidad de la inscripción del Registro Nacional de Proveedores (RNP) por presentación de documentación falsa o inexacta

A propósito de lo anterior, el numeral 9.4 del precitado artículo 9º LCE prescribe que la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores obtenida con documentación falsa o información inexacta será pasible de nulidad. Además, establece que el proveedor podrá solicitar su reinscripción luego de haber transcurrido dos (2) años desde que el acto administrativo que declaró la nulidad de la inscripción obtenida irregularmente haya quedado administrativamente firme:

*“(...) 9.4. Los proveedores cuya inscripción en el Registro Nacional de Proveedores (RNP) haya sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta, sólo podrán solicitar su reinscripción en el referido Registro luego de transcurrido dos (2) años desde que quedó administrativamente firme la resolución que declaró la nulidad...”*

Ahora bien, la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores es un procedimiento administrativo donde no se emite un acto o resolución administrativa; sino ¿cuál sería el órgano competente para declarar la nulidad de la inscripción en el Registro Nacional de Proveedores?

La inscripción en el Registro Nacional de Proveedores ha sido catalogada como un procedimiento administrativo de evaluación previa con silencio administrativo negativo, según el Texto Único de Procedimientos Administrativos (TUPA) del OSCE, aprobado mediante Decreto Supremo N° 178-2013-EF y sus modificatorias<sup>12</sup>. No obstante ello, no se emite acto administrativo alguno, sino que el procedimiento finaliza con la inscripción misma en el Registro.

Según el artículo 57º del Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado<sup>13</sup>, la competencia de emitir las resoluciones de nulidad recae en la Dirección del Registro Nacional de Proveedores. Adicionalmente, esta Dirección está obligada a poner en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado y de la Procuraduría Pública cuando se detecte trasgresiones al Principio de Presunciones de la Veracidad en la información,

documentación o de las declaraciones efectuadas ante el RNP:

*“Artículo 57º.- Funciones de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores  
Son funciones de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores:*

*(...) h) Emitir las resoluciones de nulidad y efectuar los asientos registrales respectivos, así como poner en conocimiento del Tribunal y de la Procuraduría Pública, cuando se detecte trasgresiones al principio de presunción de la veracidad en la información, documentación o de las declaraciones efectuadas ante el RNP, según corresponda...”*

Ello, con la finalidad de que se lleve a cabo la potestad sancionadora –determinación de infracciones y aplicación de sanción– por haberse advertido indicios de trasgresión del principio de Presunción de Veracidad por parte del proveedor en el procedimiento de inscripción o renovación en el Registro Nacional de Proveedores (RNP).

No obstante ello, el Tribunal de Contrataciones del Estado ha emitido el Acuerdo de Sala Plena 1-2015/TCE, donde señala prácticamente que la nulidad de la inscripción y la prohibición de inscripción o renovación por el período de dos (2) años constituyen en sí mismas sanciones administrativas; rehuendo de esta manera del ejercicio de sus facultades, según explicaremos a continuación.

### 4. Del análisis del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE a la luz del ordenamiento jurídico vigente

El Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE prescribe que, si como consecuencia de una fiscalización posterior, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores declara la nulidad de un procedimiento de inscripción o renovación por la presentación de documentación falsa o de contenido inexacto, no corresponderá iniciar el procedimiento sancionador sino el archivamiento de los actuados; en virtud del principio *ne bis in idem*.

A continuación, esbozamos algunas ideas a partir del razonamiento realizado por el Tribunal de Contrataciones del Estado; según se desprende de la motivación del Acuerdo de Sala Plena materia de estudio.

12 El procedimiento administrativo de evaluación previa se encuentra descrito en el artículo 33º de la Ley N° 27444 y sus modificatorias; que a la letra dice:

**«Artículo 35.- Plazo máximo del procedimiento administrativo de evaluación previa**

*El plazo que transcurra desde el inicio de un procedimiento administrativo de evaluación previa hasta que sea dictada la resolución respectiva, no puede exceder de treinta (30) días hábiles, salvo que por ley o decreto legislativo se establezcan procedimientos cuyo cumplimiento requiera una duración mayor.»*

13 Norma aprobada mediante Resolución Ministerial N° 789-2011-EF/10 y modificada mediante Decreto Supremo N° 006-2014-EF.



El Tribunal de Contrataciones del Estado deja entrever que la presentación de documentación falsa o inexacta en la inscripción o renovación de su Registro Nacional de Proveedores (RNP) genera dos consecuencias; a saber, por un lado, la nulidad del trámite su posterior reinscripción luego de transcurridos dos (2) años desde quedó firme la resolución que declaró la nulidad, y por otro lado, se configura la infracción de presentación de documentación falsa e/o inexacta ante el OSCE:

*"(...) De las normas señaladas precedentemente, se parecía que el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley establece que, cuando la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (DRNP/OSCE) verifica que un proveedor ha presentado un documento falso o con información inexacta en un trámite seguido ante dicha instancia, debe declarar la nulidad de dicho trámite, quien solo podrá solicitar su reinscripción luego de transcurridos dos (2) años desde que quedó firme la resolución que declaró la nulidad.*

*Al amparo de la citada norma, en el acto administrativo que emita, la DRNP/OSCE declara que el proveedor se encuentra impedido de renovar su inscripción hasta por el lapso de dos (2) años desde que la resolución que decretó la nulidad se encuentre firme en vía administrativa.*

*Sin embargo, dado que el accionar del proveedor, a su vez configura la infracción administrativa por presentar documentos falsos y/o inexactos al OSCE, tipificada en el literal j) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, éste comunica los hechos advertidos al Tribunal a efectos que imponga la sanción correspondiente..."*

El Acuerdo de Sala Plena también menciona que el proveedor que ha sido limitado en el ejercicio de su derecho para contratar con el Estado luego de la declaración de nulidad de su inscripción en el RNP por un período de dos (2) años. En virtud de ello, el Tribunal pretende esclarecer si la nulidad declarada por la Dirección del Registro Nacional de Proveedores influye o genera efectos en el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal:

*"(...) 2. La solicitud de sanción contra el proveedor se efectúa ante el Tribunal no obstante que el proveedor ya haya sido limitado en el ejercicio de su derecho para contratar con el Estado, al habersele impedido de acceder al Registro Nacional de Proveedores, por un período de dos (2) años.*

*En virtud de ello, es necesario esclarecer si los efectos limitativos en los derechos de proveedor generados por el acto que declara la nulidad del trámite ante el RNP, repercuten en el ejercicio de la potestad sancionadora del Tribunal..."*

Luego de ello, el Tribunal establece que el impedimento de acceder al Registro Nacional de Proveedores de dos (2) años; situación que a todas luces, implica una suspensión en su derecho para participar en los procesos de selección, así como suscribir contratos. Con lo cual, deduce el colegiado en pleno que, la persona sobre la cual recae este impedimento no puede volver a ser procesada o sancionada; según se transcribe a continuación:

*"(...) Sobre el particular, es pertinente señalar que el derecho administrativo sancionador se rige por principios, los cuales constituyen elementos que el legislador ha considerado básicos para encausar, controlar y limitar la potestad sancionadora del Estado, así como la liberalidad o discrecionalidad de la administración en la integración jurídica para resolver aquello no regulado, así como para desarrollar las normas administrativas complementarias.*

*(...) en este contexto, este Tribunal advierte que en los casos que se someten a su conocimiento, el impedimento que dispone la DRNP/OSCE cuando declara la nulidad del trámite seguido por el proveedor, tiene como uno de sus efectos que éste se encuentre impedido de acceder al Registro Nacional de Proveedores durante el período de dos (2) años, situación que en los hechos, implica para él una suspensión en su derecho de participar en los procesos de contratación que efectúan las Entidades del Estado, dado que la inscripción vigente en dicho registro constituye registro obligatorio para ser participante, postor y/o contratista del Estado, según lo establecido en el numeral 9.1 de la Ley.*

*Por lo tanto, considerando que la persona afectada con la decisión adoptada por el RNP es la misma que la persona procesada en el procedimiento sancionador, en virtud de los hechos similares (la presentación de documentos falsos y/o inexactos al RNP), y por el mismo fundamento (la trasgresión a los principios de veracidad y moralidad), el Tribunal no puede volver a procesarlo y/o imponerle una sanción, considerando que el pronunciamiento previo del RNP, que materialmente le impide ser participante, postor y/o contratista del Estado durante el período de dos (2) años."*

Por todo lo anterior, se acordó por unanimidad que, si como consecuencia de una fiscalización posterior la Dirección de Registro Nacional de Proveedores del OSCE declara la nulidad de un trámite por la presentación de un documento que implica la trasgresión del Principio de Veracidad; no corresponderá al Tribunal de Contrataciones del Estado iniciar el procedimiento administrativo sancionador, en virtud del principio *Ne Bis In Idem*:

*“Bajo tales consideraciones, el Tribunal acuerda: En los casos que, como consecuencia de una fiscalización posterior la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (DRNP/OSCE) declare la nulidad de un trámite por la presentación de un documento falso y/o información inexacta, y aplique el impedimento previsto en el numeral 9.4 del artículo 9 de la Ley, en virtud del Principio de Non Bis in Idem, regulado en el numeral 10 del artículo 230 por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no corresponderá iniciar el procedimiento administrativo sancionador sino el archivo del expediente respectivo.”*

No obstante el razonamiento y la decisión adoptada por el Tribunal de Contrataciones en pleno, surgen preguntas que cuestionan tanto la naturaleza como los alcances de esta decisión, tanto por la forma como por el fondo; según observamos a continuación.

### 5. Cuestionamiento al Acuerdo de la Sala Plena 1/2015-TCE

A continuación, procedemos a señalar cuestionamientos que, desde nuestro punto de vista, han sido advertidos en la publicación del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE; los mismos que consisten en:

- La nulidad de trámite como sanción administrativa;
- La potestad sancionadora de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores;
- El “control difuso administrativo” del Tribunal de Contrataciones del Estado;
- La nulidad de trámite ante el RNP, el procedimiento administrativo sancionador y el principio *Ne bis in Idem*; y
- La declaración de no haber lugar del inicio del procedimiento administrativo sancionador por presentación de documentación falsa e/o inexacta ante el RNP.

#### 5.1 ¿La nulidad del trámite ante el Registro Nacional de Proveedores constituye una sanción administrativa?

Según el texto del Acuerdo de Sala Plena en estudio, se ha establecido que la nulidad del trámite ante el Registro Nacional de Proveedores por presentación de documentación falsa e/o inexacta conlleva a que esta dependencia administrativa emita “*el pronunciamiento previo del RNP, que materialmente le impide ser participante,*

*postor y/o contratista del Estado durante el período de dos (2) años.” Sin embargo, cabe preguntarse si la nulidad del trámite constituye en sí una sanción administrativa.*

En opinión de DROMI, la nulidad del acto administrativo depende tanto de la ausencia de algún elemento esencial, como de la importancia o magnitud de la trasgresión al orden jurídico<sup>14</sup>:

*“(…) 2. Vicios y nulidades. Vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del Derecho y que, de acuerdo con el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución, La invalidez es la consecuencia del acto viciado, en razón, en razón de los principios de legalidad, justicia y eficacia administrativa. Ahora bien, la gravedad de la invalidez de un acto administrativo no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal.*

*(…) El tipo de nulidad no depende únicamente de que al acto le falte algún elemento esencial, sino también de la importancia o magnitud de la trasgresión al orden jurídico…”*

En concordancia con lo anterior, GARCÍA DE ENTERRÍA opina que la gravedad del vicio contenida en el acto administrativo debe ser tal que trascienda el ámbito del destinatario; llegando a alcanzar el interés general<sup>15</sup>:

*“... cuando esta gravedad (cometida por el acto administrativo viciado) es máxima, de forma que el vicio cometido trasciende del puro ámbito de intereses del destinatario del acto viciado para afectar el interés general, ad orden público, la sanción aplicable tiene que ser la nulidad de pleno derecho, ya que no que de alguna manera afecta a todos no puede quedar al arbitrio del eventual consentimiento de uno solo.*

*Decidir cuándo un vicio o infracción alcanza esta trascendencia general es algo muy difícil de encerrar en fórmulas generales...”*

El artículo 10° LPAG establece que la nulidad de pleno derecho se debe a la incursión de uno o varios vicios contenidos en el acto administrativo; a saber: la contravención al ordenamiento jurídico vigente, el defecto u omisión de los requisitos de validez, los actos expresos o los que son consecuencia de aprobación automática o

<sup>14</sup> DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10° Edición actualizada. Ciudad Argentina: Buenos Aires – Madrid. 2004. 1630 páginas.

<sup>15</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ. 2004. *Curso de Derecho Administrativo*. 12° Edición. Civitas Ediciones: Madrid. 2004. Reimpresión 2005. 845 páginas.

por silencio administrativo positivo contrarios al ordenamiento, y los actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de la misma:

*“Artículo 10.- Causales de nulidad  
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

*1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*

*2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.*

*3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o trámites esenciales para su adquisición.*

*4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.”*

En contrapartida, la norma marco establece supuestos en los cuales el vicio o vicios incurridos pueden ser subsanados; sin que sea obligatoria la declaratoria de nulidad. En estos casos, el artículo 14º LPAG determina que los vicios incurridos no son tan graves, y en virtud de ello, el acto administrativo puede ser conservado:

**“Artículo 14.- Conservación del acto**

*14.1 Cuando el vicio del acto administrativo por el incumplimiento a sus elementos de validez, no sea trascendente, prevalece la conservación del acto, procediéndose a su enmienda por la propia autoridad emisora.*

*14.2 Son actos administrativos afectados por vicios no trascendentes, los siguientes:*

*14.2.1 El acto cuyo contenido sea impreciso o incongruente con las cuestiones surgidas en la motivación.*

*14.2.2 El acto emitido con una motivación insuficiente o parcial.*

*14.2.3 El acto emitido con infracción a las formalidades no esenciales del procedimiento, considerando como tales aquellas cuya realización correcta no hubiera impedido o cambiado el sentido de la decisión final en aspectos importantes, o cuyo incumplimiento no afectare el debido proceso del administrado.*

*14.2.4 Cuando se concluya indudablemente de cualquier otro modo que el acto administrativo hubiese tenido el mismo contenido, de no haberse producido el vicio.*

*14.2.5 Aquellos emitidos con omisión de documentación no esencial*

*14.3 No obstante la conservación del acto, subsiste la responsabilidad administrativa de quien emite el acto viciado, salvo que la enmienda se produzca sin pedido de parte y antes de su ejecución.”*

Como consecuencia de lo anterior, se puede deducir que la nulidad de pleno derecho del trámite es una consecuencia jurídica por haber incurrido en la causal de presentación de documentación falsa e/o inexacta ante el Registro Nacional de Proveedores.

Por otro lado, el numeral 51.2 del artículo 51º LCE prevé sólo tres (3) tipos de sanciones administrativas ante la comisión de las infracciones señaladas –entre las que se encuentra la presentación de documentación falsa e/o inexacta ante el OSCE–; a saber, la inhabilitación temporal, la inhabilitación definitiva y la sanción económica:

*“Artículo 51. Infracciones y sanciones administrativas*

*(...) 51.2. Sanciones*

*En los casos que la presente ley o su reglamento lo señalen, el Tribunal de Contrataciones del Estado impondrá a los proveedores, participantes, postores, 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 puede ser menor de seis (6) meses ni mayor de tres (3) años.*

*b) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio de los derechos de los proveedores, participantes, postores y contratistas a participar en procesos de selección y a contratar con el Estado. Cuando en un período de cuatro (4) años a una persona natural o jurídica se le impongan dos (2) o más sanciones que en conjunto sumen treinta y seis (36) o más meses de inhabilitación temporal, el Tribunal de Contrataciones del Estado resolverá la inhabilitación definitiva del 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*

*la Entidad o el Tribunal de Contrataciones del Estado. Si el recurso de apelación es declarado fundado en todo o en parte, se devuelve la garantía por el Tribunal o la Entidad. En caso de desistimiento, se ejecuta el cien por ciento (100%) de la garantía...”*

Se puede observar, pues, que entre las sanciones aplicables a los proveedores, participantes, postores y contratistas no figura la sanción “impedimento de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores durante dos (2) años, luego de haber quedado firme la resolución que declaró la nulidad”.

Finalmente, en caso sea tomada como una sanción administrativa, no ha sido expresamente señalada como tal en la normativa vigente. Con lo cual, considerar además a este impedimento contraviene el Principio de Legalidad de la potestad sancionadora administrativa contenido en el artículo 230° LPAG; que prescribe que sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora así como la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que son pasibles de aplicación al administrado en calidad de sanción:

*“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa  
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*

*1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad...”*

Por todo ello, no es posible colegir que el impedimento de no inscripción en el RNP sea una sanción administrativa propiamente dicha.

## **5.2 ¿La Dirección del Registro Nacional de Proveedores ejerce potestad sancionadora en materia de contratación pública?**

Se ha explicado líneas arriba que la potestad sancionadora es exclusiva y excluyente, y que sólo puede ser ejercida por la entidad a la cual se le ha facultado por norma con rango de ley.

Asimismo, se ha establecido que en materia de Contratación Pública, el órgano que ejerce la potestad sancionadora es el Tribunal de Contrataciones del Estado; de acuerdo a las facultades y atribuciones delegadas por ley.

Por otro lado, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores tiene por finalidad “*administrar el Registro Nacional de Proveedores, realizar operaciones registrales, brindar información y publicidad sobre su data, y efectuar la fiscalización posterior de los procedimientos seguidos ante el RNP*”; según el artículo 56° del Reglamento de Organización y Funciones del OSCE que hemos estudiado anteriormente. Observamos que la Dirección del Registro Nacional de Proveedores no puede, tiene o debe ejercer la potestad sancionadora en materia de contratación pública.

Siendo así, la Dirección del Registro Nacional de Proveedores del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado no puede ejercer potestad sancionadora en materia de contratación pública.

## **5.3 ¿El Tribunal de Contrataciones del Estado puede ejercer “control difuso administrativo” para dejar normas legales y reglamentarias vigentes?**

En un anterior trabajo de investigación, habíamos definido al **control difuso** como aquella institución jurídica por la cual los jueces o magistrados, al ejercer la función jurisdiccional de administrar en un caso concreto, podrán dejar de aplicar una norma de rango legal que vaya en contra del ordenamiento jurídico; específicamente, de la Constitución<sup>16</sup>.

Habíamos indicado además que esta inaplicación judicial de la norma legal inconstitucional está enteramente basada en el principio de supremacía constitucional, el mismo que erige a la Constitución como norma fundamental y base de todo el ordenamiento jurídico; subordinado jerárquicamente a las demás normas, incluyendo la ley. De la misma manera, se explicó las características de este control difuso para el ordenamiento jurídico peruano, derivadas del artículo 138° de la Constitución, en concordancia con el artículo 14° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS y sus modificatorias<sup>17</sup>:

16 RUBIO SALCEDO, César. *El principio de legalidad y la inaplicación de normas legales inconstitucionales por la Administración Pública en el ordenamiento peruano actual*. En Revista Jurídica del Perú. Noviembre – Diciembre 2004. Lima: Editora Normas Legales. Págs. 279-301. Ver especialmente pág. 284.

17 «**SUPREMACÍA DE LA NORMA CONSTITUCIONAL Y CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIÓN**  
Artículo 14°.- De conformidad con el artículo 236° de la Constitución – en referencia al artículo 138° antes citado – cuando los magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango con ley, resuelven la causa con arreglo a la primera.

- El control difuso de constitucionalidad es ejercido por el juez a un caso concreto; por tanto, vinculante sólo a las partes del proceso donde se ejerce.
- Debe tratarse de un caso concreto donde exista *conurrencia de normas*: una norma constitucional y una norma legal, ésta última contra el sentido y el espíritu de la constitución.
- El control difuso de constitucionalidad se aplica *a pedido de parte*.
- El control difuso de constitucionalidad es *incidental*; es decir, se lleva a cabo dentro de un proceso y no constituye una pretensión principal del mismo.
- Supremacía constitucional: el juez analizará y determinará si la ley deviene en inconstitucional.

Esta potestad judicial fue otorgada por el Tribunal Constitucional a los tribunales administrativos a partir de la publicación de la sentencia derivada de la causa contenida Expediente N° 3471-2004-AA/TC. Posteriormente, y debido al ejercicio irregular de esta facultad, el supremo intérprete del texto constitucional abolió esta atribución con la sentencia recaída en el Expediente N° 4293-2012-PA/TC.

El Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE plantea la inaplicación de las normas que facultan al ejercicio de la potestad sancionadora por parte de las Salas del Tribunal de Contrataciones del Estado; a saber, los artículos 63° y 51° LCE, así como el artículo 259° RLCE<sup>18</sup>.

Sin embargo, el Tribunal de Contrataciones del Estado no ejerce función jurisdiccional. Tampoco está autorizado normativamente para dejar de aplicar dispositivos normativos legales y reglamentarios. En otras palabras, este colegiado no tiene facultad para ejercer "control difuso administrativo" sobre normas legales y reglamentarias.

Adicionalmente, cumplimos con advertir que la aplicación del Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE –que, en realidad, consiste en la inaplicación de otras normas– configurará causal de nulidad

de pleno derecho por parte de cada una de las resoluciones administrativas emitidas por las Salas en su cumplimiento.

#### 5.4 ¿Se configura el *Ne bis in Idem* entre la nulidad del trámite de la Dirección del Registro Nacional de Proveedores y el procedimiento administrativo sancionador del Tribunal de Contrataciones del Estado?

Parece ser que el Tribunal de Contrataciones del Estado equipara al "impedimento de inscripción en el Registro Nacional de Proveedores durante dos (2) años, luego de haber quedado firme la resolución que declaró la nulidad" con la sanción de inhabilitación temporal.

Para ello, encuentra similitudes o, mejor dicho, identidad de sujeto, de hechos y de fundamentos; según el cuadro que se plasma a continuación:

Categoría	Presentación de documentos falsos y/o de contenido inexacto ante el OSCE (RNP)	
	Nulidad de trámite RNP	Procedimiento Sancionador
Identidad de sujeto	Proveedor	Proveedor
Identidad de hechos	Presentación de documentos falsos o inexactos ante el RNP	Presentación de documentos falsos o inexactos ante el RNP
Identidad de fundamentos	Motivación jurídica: nulidad de inscripción por dos (2) años	Motivación jurídica: inhabilitación temporal

No obstante ello, desde nuestra perspectiva se aprecia más diferencias que similitudes o "identidades" entre ambas categorías:

Categoría	Presentación de documentos falsos y/o de contenido inexacto ante el OSCE (RNP)	
	Nulidad de trámite RNP	Procedimiento Sancionador
Identidad de sujeto	Proveedor	Proveedor
Identidad de hechos	Presentación de documentos falsos o inexactos ante el RNP	Presentación de documentos falsos o inexactos ante el RNP
Identidad de fundamentos	Nulidad de inscripción e impedimento por dos (2) años	Inhabilitación temporal de <b>cinco (5) años la primera vez</b>
		<b>Inhabilitación definitiva</b>

(...) En todos estos casos – de inaplicación judicial de normas – los magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo en que la Constitución establece...

18 «Artículo 259.- Impedimentos

No podrán inscribirse ni renovar su inscripción, aumentar su capacidad máxima de contratación, ni ampliar su especialidad como proveedores en el RNP:

1. Las personas naturales o jurídicas que se encuentren con sanción vigente de inhabilitación.

2. Los proveedores cuya inscripción haya sido declarada nula por haber presentado documentación falsa o información inexacta al RNP, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley.» (resaltado propio)



Se puede apreciar que la diferencia entre las sanciones es distinta; siendo que la más gravosa debe ser impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Ahora bien, también debemos considerar el hecho que la Dirección del Registro Nacional de Proveedores no ejerce la potestad sancionadora, y por tanto el procedimiento por el cual se declara la nulidad es uno de fiscalización posterior; mas no un procedimiento de naturaleza sancionadora.

En virtud de lo cual, no se configura el principio *Ne Bis In Idem*, como lo pretende establecer el Tribunal de Contrataciones del Estado a través de su Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE.

### **5.5 ¿Es adecuada la decisión de declarar no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador?**

Sin perjuicio de todo lo señalado hasta ahora, también resulta necesario analizar si la decisión de declarar no ha lugar el inicio del procedimiento administrativo sancionador sería la más adecuada por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Se ha señalado que la potestad sancionadora en materia de contratación estatal consiste en dos etapas o estadios: *i)* determinación de infracciones administrativas; *y, ii)* aplicación de sanciones administrativas. En este caso, lo que se plantea es que, *prima facie*, el Tribunal de Contrataciones del Estado archive definitivamente el procedimiento sin siquiera haber establecido si se ha cometido o no la infracción denunciada.

Entonces, ¿cómo establecer la configuración del principio *Ne Bis In Idem* –duplicidad de procedimientos por los mismos hechos– si el Tribunal no ha analizado siquiera los hechos que determinan la causa sancionable? O mejor dicho,

¿cómo saber si se debe aplicar o no la “sanción” en ambos casos si ni siquiera se dio inicio a la instrucción del procedimiento?

El Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE crea esta contradicción incluso para la actividad del mismo Tribunal de Contrataciones del Estado; toda vez que archivará una causa sin siquiera conocerla.

## **6. Conclusión**

El Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE plantea la existencia de dos procedimientos que aplican dos sanciones distintas por los mismos hechos a un sujeto; a partir de la presentación de documentación falsa e/o inexacta ante la Dirección del Registro Nacional de Proveedores.

Esto es, con la presentación de la documentación no cierta –y la consecuente trasgresión del Principio de Presunción de Veracidad–, se aplicaría dos “sanciones” a un mismo proveedor: dos (2) años de impedimento para ser inscrito en el Registro Nacional de Proveedores; y simultáneamente cinco (5) años de inhabilitación para participar en procesos de selección y suscribir contratos con el Estado.

Por lo que, a fin de evitar esta “duplicidad”, el Tribunal de Contrataciones del Estado en pleno prescribe que, habiéndose declarado la nulidad de la inscripción –y el impedimento de la inscripción RNP–; no correspondería iniciar el procedimiento administrativo sancionador por configurarse el principio *Ne Bis In Idem*.

Sin embargo, como se ha develado en el presente documento de investigación, el Acuerdo de Sala Plena 1/2015-TCE contraviene diversos preceptos constitucionales y legales; pudiendo devenir en la nulidad de las diversas resoluciones administrativas que se generen a partir de su aplicación. ☒