

OPINIÓN N° 062-2023/DTN

Solicitante: Ingeniería Sociedad Anónima Norte S.A. – Ingesa Norte
Asunto: La sanción de inhabilitación y los servicios de arbitraje
Referencia: Formulario S/N de fecha 31.MAY.2023 – Consultas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Representante Legal de la empresa Ingeniería Sociedad Anónima Norte S.A. – Ingesa Norte formula varias consultas referidas a aplicación de la sanción de inhabilitación impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado en relación con los servicios arbitrales excluidos del ámbito de aplicación de acuerdo con lo establecido en el literal e) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Antes de iniciar el desarrollo del presente análisis, es necesario precisar que las consultas que absuelve este Organismo Técnico Especializado son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos, de conformidad con lo dispuesto por el literal n) del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada a través de la Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, así como por el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

En ese sentido, la conclusión de la presente opinión no se encuentra vinculada necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “**Ley**” a la aprobada mediante la Ley N° 30225 y sus modificatorias.
- “**Reglamento**” al aprobado mediante el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Si un árbitro o centro de arbitraje fue inhabilitado para contratar con el Estado, se asume por haber incurrido en infracción muy grave; ¿puede al amparo del Art. 4, literal e) de la Ley de Contrataciones del Estado, contratarse sus servicios sin limitación alguna e incluso podría en el caso de árbitros inhabilitados ser propuestos*

y contratados como árbitro de parte por las entidades públicas?” (Sic.).

Sobre la base constitucional de la normativa de contrataciones del Estado

2.1.1. De forma preliminar, debe indicarse que el artículo 76 de la Constitución Política del Perú establece que: *“Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes. La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades”.*

Sobre el particular, es importante mencionar que la Ley de Contrataciones del Estado es la norma que desarrolla el contenido de dicho dispositivo constitucional, así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el numeral 19 de la sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, indicando que: *“(…) la Ley de Contrataciones del Estado representa la norma de desarrollo constitucional que recoge los principios señalados en el artículo 76° de la Constitución (...)”.*

Aunado a lo anterior, corresponde indicar que la Ley, en concordancia y sobre la base de lo establecido en el artículo 76 de la Carta Magna, establece su ámbito de aplicación tomando en consideración dos criterios: (i) el criterio subjetivo, referido a las organizaciones de la Administración Pública que se encuentran en la obligación de aplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, y (ii) el criterio objetivo, referido a las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la mencionada normativa. Cabe indicar que el ámbito de aplicación de la Ley se configura cuando se encuentran, de manera concurrente, ambos criterios.

De esta forma, se tiene que el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado se configura cuando se trata de una contratación realizada por una Entidad de la Administración Pública cuya finalidad es abastecerla (a la Entidad) de bienes, servicios, consultorías y obras de manera que pueda seguir cumpliendo con sus funciones, y cuyo pago se realiza con cargo a fondos públicos.

Cabe precisar que, los contratos cuya naturaleza jurídica sea distinta a la contemplada en el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, no se encontrará sujeta al ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.2. Por otro lado, se tiene que la Ley ha establecido en sus artículos 4 y 5 —de manera expresa—, una lista de supuestos que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado; así, al configurarse alguno de los mencionados supuestos, la contratación puede realizarse sin emplear las disposiciones contenidas en la mencionada normativa, sin perjuicio de que debe observarse el cumplimiento de los principios que deben regir a toda a contratación pública¹.

De esta forma, entre los mencionados supuestos excluidos, se tiene el establecido en el

¹ El Tribunal Constitucional ha señalado en el numeral 19 de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC que *“(…) ningún mecanismo de adquisición será válido si no se respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario”.*

literal e) del artículo 4² de la Ley, que establece que se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado “*Los servicios brindados por conciliadores, árbitros, centros de conciliación, instituciones arbitrales, miembros o adjudicadores de la Junta de Resolución de Disputas y demás derivados de la función conciliatoria, arbitral y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual*”.

Al respecto, corresponde señalar que la conciliación³, el arbitraje⁴ y la junta de resolución de disputas⁵ **son medios de solución de controversias** que contempla la normativa de contrataciones del Estado. Como es de verse, estos servicios no solo se encuentran excluidos, expresamente, del ámbito de aplicación de la Ley, sino que, además, **tienen una naturaleza diferente a la del abastecimiento**, como es la naturaleza de las contrataciones bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

Sobre la sanción de inhabilitación impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado

2.1.3. En otro orden de ideas, corresponde señalar que el artículo 50 de la Ley establece que el Tribunal de Contrataciones del Estado (TCE) es el órgano que tiene la competencia para sancionar a los proveedores, participantes, postores, contratistas y/o subcontratistas, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la Ley, cuando incurran en alguna de las infracciones establecidas en su numeral 50.1.

Por otra parte, de conformidad con el numeral 50.2 del artículo 50 de la Ley, entre las sanciones que puede imponer el TCE, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, se encuentran la inhabilitación temporal y definitiva, las cuales consisten en la privación, por un periodo determinado o permanente, respectivamente, del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado.

2.1.4. Ahora bien, la atención de la consulta amerita que se indique si la inhabilitación impuesta por el TCE también se aplica a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios

² Cabe señalar que los supuestos excluidos previstos en el artículo 4 de la Ley no se encuentran sujetos a la supervisión del OSCE, como sí lo están —por determinación de la Ley— los supuestos excluidos establecidos en el artículo 5 de la Ley.

³ La Ley N° 26872 “Ley de Conciliación” regula la Conciliación. La conciliación es un mecanismo alternativo de solución de controversias de naturaleza autocompositiva, es decir, las partes controvertidas llegan —o no— a un acuerdo privado sin la intervención —sobre el acuerdo— de un tercero.

⁴ El artículo 139 del Capítulo VIII “Poder Judicial” del Título IV “De la estructura del Estado” de la Constitución Política del Perú, establece en su numeral 1 que “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional*”, “*La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. // No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”.

⁵ La Directiva N° 012-2019-OSCE/CD “Junta de Resolución de Disputas”, aprobada por la Resolución N° 184-2019-OSCE/PRE, establece como se constituye el contrato tripartito y los requisitos y el procedimiento para constituir la JRD.

de solución de controversias a los que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley. Como se ha señalado anteriormente, los mencionados servicios son medios de solución de controversias que tienen una **naturaleza distinta a los contratos de abastecimiento** que se celebran al amparo de la normativa de contrataciones del Estado; en consecuencia, la inhabilitación impuesta por el TCE no podría extenderse a los servicios a los que se refiere el mencionado dispositivo.

En definitiva, la sanción de inhabilitación impuesta por el TCE no se extiende a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios de solución de controversias a los que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley.

Sobre la función de árbitro en el marco de lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado

2.1.5. Sin perjuicio de los alcances desarrollados hasta este punto, debe mencionarse que el numeral 45.11 del artículo 45 de la Ley establece que “*Los medios de solución de controversias previstos en este artículo se rigen especialmente por lo establecido en la presente Ley y su reglamento, sujetándose supletoriamente a lo dispuesto en las leyes de la materia*”.

Como se advierte, en el caso del arbitraje en donde se dilucidan las controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado, en primer lugar se aplican las disposiciones establecidas en la Ley y su Reglamento y supletoriamente las normas⁶ establecidas en el sistema jurídico nacional que regulan el arbitraje.

2.1.6. Teniendo claro el orden de prelación de las normas que regulan los procesos arbitrales bajo el marco de la normativa de contrataciones del Estado, corresponde señalar que el artículo 231 del Reglamento establece los impedimentos para ejercer la **función de árbitro** en este tipo de arbitrajes.

Así, entre tales impedimentos, se tiene el establecido en el literal q) del numeral 231.1 del artículo 231 del Reglamento, el que establece que no pueden ejercer la función de árbitro “*Los que tengan sanción o suspensión vigente impuesta por el Tribunal*”.

Como se aprecia, aquellas personas que cuenten con una sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado, no podrán ejercer la función de árbitro en el marco de los procesos arbitrales en donde se dilucidan controversias derivadas de los contratos celebrados al amparo de la normativa de contrataciones del Estado.

2.1.7. Por tanto, la sanción de inhabilitación impuesta por el TCE no se extiende a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios de solución de controversias a los que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley; sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, aquellas personas que tienen una sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado no podrán ejercer la función de árbitro.

2.2. “*Utilizando la misma lógica; ¿pueden las entidades que se someten a controversia*

⁶ Actualmente se tiene el Decreto Legislativo N° 1071 “Decreto Legislativo que norma el arbitraje”.

arbitral solicitar la contratación de un árbitro, que se encuentre dentro de los supuestos contemplados en el Art. 231 del reglamento de la ley de contrataciones con el estado, para que resuelva una controversia arbitral, por el solo mérito que el literal e) del artículo 4 de la Ley de Contrataciones con el Estado, excluye la contratación del referido árbitro a la aplicación de la Ley de Contrataciones?” (Sic.).

2.2.1. Como se ha señalado al absolver la consulta anterior, la sanción de inhabilitación impuesta por el TCE no se extiende a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios de solución de controversias a los que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley; sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, aquellas personas que tienen una sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado no podrán ejercer la función de árbitro.

3. CONCLUSIÓN

3.1. La sanción de inhabilitación impuesta por el TCE no se extiende a los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales y demás derivados de la función arbitral y de los otros medios de solución de controversias a los que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley; sin embargo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 231 del Reglamento, aquellas personas que tienen una sanción vigente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del Estado no podrán ejercer la función de árbitro.

Jesús María, 13 de junio de 2023

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

JDS