

OPINIÓN N° 131-2020/DTN

Entidad: Plan COPESCO Nacional – Ministerio del Exterior y Turismo - MINCETUR

Asunto: Alcance de los impedimentos previstos en la normativa de contrataciones del Estado

Referencia: Formulario S/N de fecha 13.NOV.2020 - Consultas de entidades públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado.

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Director Ejecutivo del Plan COPESCO Nacional del Ministerio del Exterior y Turismo, formula consultas sobre el alcance de los impedimentos previstos en la normativa 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.

En ese sentido, las conclusiones de la presente opinión no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.

2. CONSULTAS¹ Y ANÁLISIS

Para efectos de la presente opinión se entenderá por:

- “Ley” a la aprobada mediante Ley N° 30225 y modificada por el Decreto Legislativo N° 1444, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, vigente desde el 30 de enero de 2019.

Dicho lo anterior, las consultas formuladas son las siguiente:

¹ En atención a la competencia conferida a la Dirección Técnico Normativa, se han revisado las consultas formuladas por el solicitante a efectos de verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el Servicio Prestado en Exclusividad N° 3 del TUPA “Consultas de Entidades Públicas sobre la Normativa de Contrataciones del Estado”, advirtiéndose que la consulta N° 1, no ha sido formulada de manera clara ni precisa; en consecuencia, la pregunta indicada anteriormente no será absuelta por el Organismo Técnico Especializado, debido a que exceden la habilitación legal otorgada a través del literal n) del artículo 52 de la Ley.

2.1 “¿La contratación de los servicios brindados por los árbitros o instituciones arbitrales derivados de la función arbitral, que se emanan de los convenios arbitrales incluidos en los contratos que derivan de un proceso de selección, y de los otros medios de solución de controversias previstos en la Ley y el Reglamento para la etapa de ejecución contractual, previsto en el literal h) del artículo 11 de la Ley se encuentran comprendido dentro de algún régimen legal de contratación?”

2.1.1 De manera previa debe reiterarse que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas **referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado**, formuladas en términos genéricos, **sin hacer alusión a asuntos concretos o particulares**; en tal sentido, en vía de opinión, este Organismo Técnico Especializado no tiene competencia para definir el régimen legal correspondiente al supuesto de exclusión previsto en el literal e) del artículo 4 de la Ley, pues ello excede la habilitación legal establecida en el literal n) del artículo 52 de la Ley.

Sin perjuicio de lo anterior, a continuación, se brindará alcances generales vinculados a la consulta formulada.

2.1.2 En primer lugar, el artículo 76 de la Constitución Política del Perú² señala que la ejecución de 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 enajenación de bienes, en tanto que la contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hacen por “*concurso público*”. Adicionalmente, la mencionada norma prescribe que, **por ley**, se establecerá el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha precisado que “*La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados para evitar la corrupción y malversación de fondos públicos.*”³ (El subrayado es agregado).

² “***Obligatoriedad de la Contrata y Licitación Pública***

Artículo 76.- 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.” (El subrayado es agregado).

³ Fundamento 12 de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

Como se desprende del artículo 76 de la Constitución Política del Perú y de lo señalado por el Tribunal Constitucional, la contratación de bienes, servicios y obras con fondos públicos debe realizarse, obligatoriamente, mediante los procedimientos que establezca la ley que desarrolla este precepto constitucional.

En ese contexto, la Ley es la norma que desarrolla el citado precepto constitucional y, conjuntamente con su Reglamento y las demás normas de nivel reglamentario emitidas por el OSCE, constituye la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.3 Ahora bien, el artículo 3 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa; y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito.

Así, el numeral 3.1 del artículo 3 establece un listado de los órganos u organismos de la Administración Pública, bajo el término genérico de "Entidades", que se encuentran en la obligación de aplicar la normativa de contrataciones del Estado.

Sumando a ello, el numeral 3.3 del artículo 3 señala que la normativa de contrataciones del Estado se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, asumiendo el pago de la retribución correspondiente con cargo a fondos públicos.

De esta manera, las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado son aquellas que realizan las Entidades señaladas en el numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley, para proveerse de los bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus funciones, y asumen la obligación de pagar al proveedor la respectiva retribución o contraprestación, con cargo a fondos públicos.

- 2.1.4 Por su parte, se debe indicar que en los artículos 4 y 5 de la Ley se establecen supuestos taxativos que, aun cuando se verifiquen los aspectos subjetivo y objetivo para la aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, se encuentran fuera del ámbito de ésta.

En esa medida, aquellas contrataciones que se enmarquen dentro de los supuestos de inaplicación de la normativa de contrataciones del Estado, podrán realizarse sin observar sus disposiciones, **lo cual no enerva la obligación de observar los principios que rigen toda contratación pública.**

Así, entre los supuestos excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado se encuentra el contemplado en el literal e) del artículo 4 de la Ley, referido a "*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*". (El subrayado es agregado).

De la norma citada, se puede colegir que los servicios enmarcados en el supuesto de inaplicación previsto en el literal e) del artículo 4 de la Ley –que no son el objeto principal de abastecimiento del Estado, sino que lo acompañan para cautelar la finalidad pública de la contratación-, son aquellos servicios derivados de los medios de solución de controversias establecidos para la etapa de ejecución contractual de una contratación realizada bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.

- 2.1.5 Hechas las precisiones anteriores, y en atención a la consulta formulada corresponde indicar que el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley ⁴ contiene un listado de personas que, por diversas circunstancias –como el cargo público que ejercen, su relación de parentesco, etc.– se encuentran imposibilitados de participar en las contrataciones del Estado. Asimismo, el referido artículo precisa que los impedimentos para ser participantes, postores, contratistas y/o subcontratista, son de aplicación para las contrataciones que realiza el Estado, **“cualquiera sea el régimen legal de contratación aplicable”**.

En relación con ello, se advierte que los impedimentos se aplican a las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la Ley y a cualquier régimen legal aplicable.

En este punto es preciso mencionar que el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente: *“(...) si bien es cierto 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, también lo es que el contexto socioeconómico puede determinar la necesidad de establecer mecanismos excepcionales de adquisición, conforme lo señala la propia Constitución, y cuya única condición exigible será que estén regulados por ley y que respeten los principios constitucionales que rigen toda adquisición pública. Es claro, entonces, que ningún mecanismo de adquisición será válido si no respeta los principios de eficiencia, transparencia y trato igualitario.”*⁵.

Nótese que, independientemente de que una contratación se encuentre dentro del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, excluida de dicho ámbito o se efectúe al amparo de regímenes legales de contratación de

⁴ Cabe precisar que, los impedimentos para ser participante, postor, contratista y subcontratista, al restringir los derechos de libertad contractual y de libre iniciativa privada, **sólo pueden ser establecidos mediante Ley; y, asimismo, deben ser interpretados de manera restrictiva, no siendo posible su aplicación por analogía**. Al respecto, el Tribunal Constitucional⁴, ha señalado que: *“El principio de legalidad garantiza que tanto el contenido como los límites a los derechos fundamentales se prevean siempre mediante una ley en sentido formal o, en su defecto, por medio de una norma que satisfaga la reserva de acto legislativo, garantizando de este modo los principios de generalidad e igualdad de trato para todos los habitantes de la República. Conforme a ello, cualquier regulación que importe una restricción en los derechos fundamentales debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía.”* (El resaltado es agregado)

⁵ Fundamento 19, de la Sentencia recaída sobre el EXP. N° 020-2003-AI/TC, de fecha 17 de mayo de 2004.

carácter especial, la Entidad debe realizarla de conformidad con los principios que rigen toda contratación pública.

- 2.1.6 Ahora bien, para poder conocer si a determinadas contrataciones les resultan aplicables los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, corresponde verificar si estas contrataciones se desarrollan bajo un régimen que se enmarca dentro del proceso de contratación al que se refiere el artículo 76 de la Constitución Política del Perú y si, además, la aplicación supletoria de la normativa de contrataciones del Estado –en caso de no estar bajo al ámbito del régimen general- no resulta incompatible con las normas específicas que lo regulan.

En ese sentido, a efectos de determinar si en la contratación de árbitros o instituciones arbitrales derivados de la función arbitral a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley resultan aplicables los impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, debe evaluarse la naturaleza de dichas contrataciones.

- 2.1.7 Sobre el particular, la segunda parte del artículo 139, inciso 1, de la Constitución Política del Perú señala: “*No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*”. (El subrayado es agregado),

Al respecto, a partir de su calificación textual como «jurisdicción independiente» el Tribunal Constitucional ha señalado que “*nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada*”⁶ (el resaltado es agregado).

Como se observa, el desarrollo de la institución arbitral se enmarca dentro de una disposición constitucional distinta a la que regula las contrataciones, estando más bien referida a la función jurisdiccional de un poder del Estado que, de manera excepcional, es ejercida por actores privados. Esta jurisdicción privada, además, excede –por su contenido jurisdiccional- el concepto de “servicio” a que se refiere el artículo 76 de la Constitución.

- 2.1.8 En concordancia con lo anterior, debe indicarse que el arbitraje⁷, como medio alternativo de solución de controversias, se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 1071, “*Decreto Legislativo que norma el Arbitraje*”²; asimismo, ha sido incorporado en la normativa de contrataciones del Estado, como un medio obligatorio de solución de controversias que surgen en la ejecución contractual, sustituyendo así la vía judicial.

⁶ Fundamento 7, emitida en el Expediente N° 6167-2005-PHC/TC.

⁷ “*El arbitraje es la manifestación de una función jurisdiccional desempeñada por árbitros y es delegado por el Estado*” (El énfasis es agregado). César Guzmán y Barrón Sobrevilla (2017). Arbitraje comercial nacional e internacional. Primera Edición. Lima : Fondo Editorial de PUCP, pp 30.

Al respecto, el numeral 45.15 del artículo 45 de la Ley en concordancia con el numeral 230.4 del artículo 230 del Reglamento señala que, para desempeñarse como árbitro, se debe estar inscrito en el Registro Nacional de Árbitros que administra el OSCE, ello con la finalidad de garantizar la idoneidad de los árbitros. Por su parte; el artículo 231 del Reglamento indica una serie de supuestos que constituyen impedimentos para ejercer la función de árbitro, dentro de ellos el previsto en el literal t), “*Las personas a las que se refiere el literal m) del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley*”, lo que implícitamente significa que no le son aplicables los demás impedimentos.

Como se observa, la normativa de contrataciones del Estado ha reconocido implícitamente el carácter constitucional especial de la institución arbitral y por tal motivo le ha dado un tratamiento particular, el cual implica, por ejemplo, que sólo uno de los supuestos de impedimentos establecidos en el numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley restringe el ejercicio de la función arbitral.

En razón de lo anterior, considerando que el arbitraje a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley constituye una “jurisdicción privada” que acompaña el abastecimiento del Estado, su contratación no se enmarca dentro del proceso de abastecimiento regulado por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, por lo cual, de los impedimentos del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, únicamente le resulta aplicable -salvo disposición legal en contrario- el impedimento establecido en el literal m)⁸, ello sin perjuicio de lo indicado en el artículo 231 del Reglamento.

2.1.9 Finalmente, se debe indicar que si bien es cierto que la contratación de árbitros a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley no se encuentra comprendida en el artículo 76 de la Carta Magna, no obstante involucra el uso de recursos públicos en el marco de un proceso de contratación y las materias que resuelven son de orden público⁹; por tanto, la contratación de árbitros en el marco de lo señalado aquella disposición, se debe realizar observando los principios que rigen en la contratación pública, como por ejemplo los principios de integridad¹⁰, igualdad de trato, entre otros, así como los principios que rigen tanto la conducta de los árbitros como de los funcionarios públicos vinculados a su contratación.

2.2 ***“¿El impedimento establecido en el artículo 11, del literal h) de la Ley también se extiende al supuesto excluido de su ámbito de aplicación establecido en el artículo 4 literal e) como es el caso de los servicios brindados por árbitros e instituciones arbitrales derivados de una función arbitral y de los otros medios de***

⁸ La Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 344-2018- EF, señala en el literal d) del acápite 4 en relación de los impedimentos en el literal m) y n) que, la fórmula legal ha incorporado la posibilidad de inhabilitar al contratista por tener un condena o haber reconocido la comisión de determinado delito.

⁹ Sobre el particular puede consultarse: César Guzmán y Barrón Sobrevilla (2017). Arbitraje comercial nacional e internacional. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial de PUCP, pp 15.

¹⁰ El literal j) del artículo 2 de la Ley, señala que “la conducta de los partícipes en cualquier etapa del proceso de contratación está guiada por la honestidad y veracidad, evitando cualquier práctica indebida, la misma que, en caso de producirse, debe ser comunicada a las autoridades competentes de manera directa y oportuna.” (El subrayado es agregado).

solución de controversias previsto en la Ley y el reglamento para la etapa de ejecución contractual?”

Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, en la medida que el arbitraje a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley constituye una “jurisdicción privada” que acompaña el abastecimiento del Estado, su contratación no se enmarca dentro del proceso de abastecimiento regulado por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, por lo cual, de los impedimentos del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, únicamente le resulta aplicable -salvo disposición legal en contrario- el impedimento establecido en el literal m)¹¹, ello sin perjuicio de lo indicado en el artículo 231 del Reglamento.

3. CONCLUSIONES

- 3.1 En la medida que el arbitraje a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley constituye una “jurisdicción privada” que acompaña el abastecimiento del Estado, su contratación no se enmarca dentro del proceso de abastecimiento regulado por el artículo 76 de la Constitución Política del Perú, por lo cual, de los impedimentos del numeral 11.1 del artículo 11 de la Ley, únicamente le resulta aplicable -salvo disposición legal en contrario- el impedimento establecido en el literal m), ello sin perjuicio de lo indicado en el artículo 231 del Reglamento.
- 3.2 Si bien es cierto que la contratación de árbitros a que se refiere el literal e) del artículo 4 de la Ley no se encuentra comprendida en el artículo 76 de la Carta Magna, no obstante involucra el uso de recursos públicos en el marco de un proceso de contratación y las materias que resuelven son de orden público; por tanto, la contratación de árbitros en el marco de lo señalado aquella disposición, se debe realizar observando los principios que rigen en la contratación pública, como por ejemplo los principios de integridad, igualdad de trato, entre otros, así como los principios que rigen tanto la conducta de los árbitros como de los funcionarios públicos vinculados a su contratación.

Jesús María, 28 de diciembre de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RAC/gms.

¹¹ La Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 344-2018- EF, señala en el literal d) del acápite 4 en relación de los impedimentos en el literal m) y n) que, la fórmula legal ha incorporado la posibilidad de inhabilitar al contratista por tener un condena o haber reconocido la comisión de determinado delito.