

OPINIÓN N° 012-2020/DTN

Solicitante: Gobierno Regional de Cusco
Asunto: Medios de solución de controversias en la ejecución contractual
Referencia: Oficio N° 928-2019-GR.CUSCO/PPR

1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, el Procurador Público del Gobierno Regional del Cusco, formula varias consultas referidas a la posibilidad de someter la decisión de la Entidad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales de obra a los medios de solución de controversias, según lo previsto en la anterior 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, Ley N° 30225, y el numeral 3 del acápite II del Anexo N° 2 del Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

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:

- “**anterior Ley**” a la aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017, vigente hasta el 8 de enero de 2016.
- “**anterior Reglamento**” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente hasta el 8 de enero de 2016.

Las consultas formuladas son las siguientes:

- 2.1. *“¿Establece el artículo 41° Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo 1017, modificada mediante Ley N° 29873, alguna restricción para la Entidad de someter a arbitraje una controversia por adicionales de obra aprobadas, que por acciones de control posterior evidencien vicios de nulidad y transgresión a los principios de legalidad, equidad y moralidad?” (Sic).*

2.1.1. De manera previa, corresponde mencionar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible pronunciarse sobre **las actuaciones y/o decisiones que puede adoptar una Entidad luego de haberse efectuado acciones de control posterior o sobre cómo debía plantear determinada controversia o pretensión en vía arbitral**, toda vez que ello compete de manera exclusiva a la esfera de gestión interna de cada Entidad; sin perjuicio de ello, a continuación se brindaran alcances relacionados con lo planteado en el presente caso.

Cabe precisar que los criterios contenidos en la presente opinión no se encuentran vinculados a situación particular alguna, por consiguiente; es responsabilidad de cada Entidad definir si estos resultan aplicables a un caso concreto.

2.1.2 Antes de analizar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, es importante tener presente que el arbitraje es una institución que se enmarca dentro de lo que doctrinalmente se conoce como sistemas alternativos de resolución de conflictos.

Al respecto, es importante precisar que dentro de los sistemas alternativos de solución de conflictos se pueden diferenciar dos grandes grupos; por un lado, los **sistemas autocompositivos** (donde las propias partes son las que de forma voluntaria van a alcanzar un acuerdo), y los **sistemas heterocompositivos**, los cuales se caracterizan porque una persona individual (árbitro) o colegiada (tribunal arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo).

Sobre esa base, el artículo 52 de la anterior Ley establecía que las **controversias** que surgieran entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolvían a través de los medios de solución de controversias previstos en dicho marco normativo, siendo uno de estos, **el arbitraje**.

Como se puede advertir, la anterior normativa de contrataciones del Estado había previsto el arbitraje como un mecanismo al cual podían acudir las partes a efectos de solucionar las **controversias** que se suscitaban en el marco del contrato, ello con el fin de que sea un tercero imparcial quien dé solución a su litigio.

A partir de lo señalado, puede evidenciarse que uno de los presupuestos necesarios para que la Entidad acudiera a la vía arbitral era la generación de una “**controversia**”. Respecto de este punto, es importante resaltar la definición prevista en el Diccionario de Lengua de la Real Academia Española, conforme a la cual, una controversia se entiende como la “*Discusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas.*”

En ese sentido, a efectos de poder iniciar un arbitraje, la Entidad debía definir si se encontraba frente a una “controversia” que podía ser resuelta por un tercero, considerando además aquellas materias que autorizaba la Ley.

2.1.3 Sin perjuicio de lo anterior, y atendiendo a lo indicado en la presente consulta, es

importante resaltar que de haberse advertido la configuración de actos ilícitos y/o vicios de nulidad durante el procedimiento de aprobación de un adicional, la Entidad, de manera excepcional y en una decisión de gestión de su exclusiva responsabilidad (previa coordinación con su área legal), podía adoptar las acciones que considere pertinentes a efectos de garantizar la legalidad de la contratación (así como de las decisiones que hubiese emitido) y resguardar el correcto uso de los recursos públicos involucrados.

Ahora bien, en caso el proveedor no se encontrara de acuerdo con la decisión que la Entidad hubiese adoptado, se generaba una controversia, la cual *–de constituir materia arbitrable–* podía someterse a los mecanismos de solución previstos en la anterior normativa de contrataciones del Estado, en tanto se encuentre dentro del plazo de caducidad correspondiente.

Finalmente, es importante anotar que cuando la Entidad hubiese realizado desembolsos al contratista como producto de prestaciones adicionales de obra aprobadas indebidamente, podía accionar en la vía correspondiente (previa coordinación con su área legal), a efectos de que dicho monto pudiese ser restituido.

- 2.2. ***“El criterio adoptado en la Opinión N° 012-2016/DTN, podía ser un precedente válido para someter a arbitraje la nulidad de la aprobación de una prestación adicional, si es evidente que en este acto se han transgredido los principios de legalidad, equidad y moralidad y que conllevarían a una infracción del equilibrio económico del contrato?”*** (Sic).

En principio, debe indicarse que la Opinión N° 012-2016/DTN desarrollaba aspectos vinculados con el consentimiento de la liquidación; así, debe tomarse en cuenta que dicha materia difiere de lo consultado en el presente caso. De igual manera, debe considerarse que las opiniones emitidas por este Organismo Técnico Especializado interpretan el sentido y alcance de la normativa de contrataciones de manera genérica, por lo que compete a cada usuario del sistema de contratación pública definir si los criterios vertidos resultan aplicables a un caso o escenario concreto.

- 2.3. ***“¿Establece el artículo 201° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EF, alguna restricción para la Entidad de someter a arbitraje la nulidad de la aprobación de ampliaciones de plazo aprobadas, que por acciones de control posterior evidencien transgresión a los principios de legalidad?”*** (Sic).

- 2.3.1 De conformidad con lo indicado anteriormente, cabe reiterar que las consultas que absuelve el OSCE son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado, planteadas en términos genéricos, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; en esa medida, no es posible pronunciarse sobre las **actuaciones o decisiones que puede adoptar una Entidad luego de haberse efectuado acciones de control posterior**, toda vez que ello compete de manera exclusiva a la esfera de gestión de cada Entidad

Aclarado ello, cabe recalcar que el artículo 52 de la anterior Ley establecía que las

controversias que surgían entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato se resolvían mediante conciliación o arbitraje.

De esta manera, a efectos de poder iniciar un arbitraje, la Entidad debía definir si se encontraba frente a una “controversia” que podía ser resuelta por un tercero, considerando además aquellas materias que autorizaba la anterior Ley.

2.3.2 De otro lado, el último párrafo del artículo 201 del anterior Reglamento había dispuesto que *“Cualquier controversia relacionada con el pronunciamiento de la Entidad respecto a las solicitudes de ampliación de plazos podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a la comunicación de esta decisión.”*

Como se puede advertir, las controversias relacionadas con ampliaciones de plazo podían ser sometidas a conciliación y/o arbitraje, según acuerdo entre las partes, dentro del plazo de caducidad correspondiente.

Independientemente de ello, es importante agregar que en caso la Entidad hubiese realizado desembolsos al contratista como producto de ampliaciones de plazo que hubiesen sido autorizadas de manera indebida, podía accionar en la vía pertinente (previa coordinación con su área legal), a efectos de que pueda restituirse dicho monto.

3. CONCLUSION

A efectos de poder iniciar un arbitraje, la Entidad debía definir si se encontraba frente a una “controversia” que podía ser resuelta por un tercero, considerando, además, aquellas materias que autorizaba la anterior Ley.

Jesús María, 29 de enero de 2020

PATRICIA SEMINARIO ZAVALA
Directora Técnico Normativa

RMPP/.