

## OPINIÓN N° 021-2021/DTN

Solicitante: Empresa de Servicio Público de Electricidad Electronorte S.A

Asunto: Disposiciones generales sobre arbitraje en el marco de la normativa de Contrataciones del Estado.

Referencia: Formulario S/N de fecha 28.ENE.2021 – Consultas de Entidades públicas sobre la normativa de contrataciones del Estado

---

### 1. ANTECEDENTES

Mediante el documento de la referencia, la Asistente Legal Corporativa de la Entidad solicitante formula varias consultas respecto de las disposiciones generales sobre arbitraje en el marco de 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, 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 modificado mediante Decreto Supremo N° 377-2019-EF.

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

### 2. CONSULTAS 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<sup>1</sup>, vigente a partir del 30 de enero de 2019.
- “Reglamento” al aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

---

<sup>1</sup> Con Decreto Supremo N° 082-2019-EF, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 13 de marzo de 2019, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley.

Dicho lo anterior, corresponde señalar que las consultas formuladas son las siguientes:

**2.1 “Si el convenio arbitral debe ceñirse a las bases estandarizadas o puede adecuarse a los requerimientos y necesidades de la Entidad”.**

2.1.1 En primer lugar, es importante señalar que, con la finalidad de garantizar un mayor grado de eficiencia en las contrataciones públicas -es decir, que las Entidades obtengan bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones, de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando los principios tales como el de transparencia, imparcialidad y trato justo e igualitario a los potenciales proveedores<sup>2</sup>-, el artículo 76° de la Constitución Política del Perú dispone que **la contratación de bienes, servicios y obras que se realizan con cargo a fondos públicos se efectúe, obligatoriamente, por licitación o concurso, de acuerdo a los procedimientos, excepciones y responsabilidades contemplados en la ley de la materia**<sup>3</sup>.

En ese contexto, la Ley es la norma que desarrolla dicho 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.**

En efecto, la normativa de contrataciones del Estado –que constituye el régimen general de contrataciones públicas– establece las disposiciones que **deben observar los operadores de la contratación estatal, incluyendo a las Entidades<sup>4</sup> Públicas**, a fin de efectuar las contrataciones de bienes, servicios u obras con cargo a fondos públicos.

2.1.2 Efectuadas las precisiones anteriores, corresponde anotar que las Directivas emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE<sup>5</sup> forman parte integrante de la normativa en mención, razón por la cual, los operadores de la contratación pública también deben observar las disposiciones contenidas en ellas.

---

<sup>2</sup> De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC.

<sup>3</sup> “**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.”

<sup>4</sup> El artículo 3 de la Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, tomando en consideración dos criterios: **(i) el criterio subjetivo**, referido a los órganos u organizaciones de la Administración Pública que se encuentran obligados a aplicar las disposiciones de dicho cuerpo normativo y **(ii) el criterio objetivo**, referido a las contrataciones que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la referida normativa.

<sup>5</sup> De conformidad con lo dispuesto en el literal f) del artículo 52 de la Ley, OSCE se encarga de: “Emitir directivas, documentos estandarizados y documentos de orientación en materia de su competencia”.

Así, en atención al tenor de la consulta planteada, resulta importante contemplar lo dispuesto en la Directiva N° 001-2019-OSCE/CD (en adelante, la “Directiva”), la cual regula el empleo de las “*Bases y Solicitud de Expresión de Interés estándar para los procedimientos de selección a convocar en el marco de la Ley N° 30225*”, cuyo uso es obligatorio para elaborar los documentos del procedimiento de selección correspondiente, tal como lo establece el numeral 47.3 del artículo 47 del Reglamento<sup>6</sup>.

De esta manera, las Entidades se encuentran en la obligación de emplear las Bases y Solicitudes de Expresión de Interés Estándar aprobadas por el OSCE, según corresponda al tipo de procedimiento de selección a convocar, debiendo consignar en dichos documentos estándar la información técnica y económica contenida en el respectivo expediente de contratación<sup>7</sup>.

Para tales efectos, la referida Directiva establece que los documentos estándar contemplan una sección general<sup>8</sup>, que contiene las reglas del procedimiento de selección y de la ejecución contractual, conforme a la normativa<sup>9</sup>, y una **sección específica**, la cual comprende –además de los formatos y anexos, como la proforma del contrato– las condiciones particulares del procedimiento de selección. En esta última, corresponde a **cada Entidad consignar la información relativa al objeto de la convocatoria, conforme a lo establecido en el numeral 7.2 de la Directiva.**

2.1.3. Ahora bien, en relación con la sección específica de los documentos estándar aprobados por el OSCE, se advierte que cada Entidad debe incluir en ella la información correspondiente al objeto de la convocatoria, a su naturaleza y complejidad, y a las condiciones particulares que se hayan requerido para su contratación; para dicho efecto, tales documentos estándar incorporan notas denominadas “importante” y notas al pie de página, que brindan información acerca de aspectos que deben ser considerados al momento de emplear dichos documentos.

Asimismo, como parte de la sección específica de los documentos estándar del OSCE, se encuentra la “Proforma del contrato”, en la cual se establecen los términos y condiciones del contrato a suscribirse, tales como los referidos en la cláusula de solución de controversias, entre otros.

<sup>6</sup> De conformidad con dicho dispositivo, “*El comité de selección o el órgano encargado de las contrataciones, según corresponda, elabora los documentos del procedimiento de selección a su cargo, utilizando **obligatoriamente** los documentos estándar que aprueba el OSCE y la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación aprobado*”. (El énfasis es agregado).

<sup>7</sup> De acuerdo al numeral 42.1 del artículo 42 del Reglamento: “*El órgano encargado de las contrataciones lleva un expediente del proceso de contratación, en el que se ordena, archiva y preserva la información que respalda las actuaciones realizadas desde la formulación del requerimiento del área usuaria hasta el cumplimiento total de las obligaciones derivadas del contrato, incluidas las incidencias del recurso de apelación y los medios de solución de controversias de la ejecución contractual, según corresponda.* (El subrayado es agregado).

<sup>8</sup> numeral 7.3 de la referida Directiva.

<sup>9</sup> De acuerdo a lo indicado en el segundo párrafo del numeral 7.2 de la Directiva respectiva.

Al respecto, debe indicarse que si bien la referida “proforma del contrato” contempla un contenido estándar, dicho documento –al ser elaborado por cada Entidad- debe integrar los términos y condiciones que resulten aplicables según correspondan al objeto del contrato y a las particularidades del requerimiento, pudiendo incluso incluir en dicha proforma cláusulas adicionales o la adecuación de aquellas que se encuentran preestablecidas, **siempre que las disposiciones a ser incorporadas no resulten contrarias a la normativa de contrataciones del Estado**, tal como se establece en el Capítulo V de la Sección Específica de los documentos estándar aprobados por el OSCE.

En ese sentido, corresponde anotar que los términos y condiciones referidos a la solución de controversias de la ejecución contractual, contenidos en la proforma del contrato, pueden incluir el respectivo convenio arbitral según corresponda al objeto de la contratación y a las particularidades propias del requerimiento de la Entidad, siempre que su incorporación o adecuación no contravengan lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.

Adicionalmente, debe indicarse que conforme a lo establecido en el numeral 226.3 del artículo 226 del Reglamento, las partes pueden establecer estipulaciones adicionales o modificatorias del convenio arbitral, en la medida que no vulneren las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado.

**2.2 “Puede establecerse arbitraje institucional incluso en contratos derivados de procedimientos de selección con valor estimado o referencial menor o igual a S/. 5000 000,00” (sic).**

Sobre el particular, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado establece, en los artículos 45 de la Ley y 225 del Reglamento, las disposiciones generales que deben observarse para someter a arbitraje las discrepancias derivadas de la fase de ejecución contractual.

Al respecto, el numeral 45.1 del referido dispositivo establece que “*En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje ad hoc*”; por su parte, el numeral 225.3 del artículo 225 del Reglamento dispone lo siguiente: “*Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 soles (S/ 5 000 000,00)*”. (El subrayado es agregado).

Como se advierte, conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer el sometimiento de las controversias a arbitraje ad hoc, siempre que aquellas correspondan a contratos derivados de procedimientos de selección con valor estimado o referencial inferior o igual a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00); no obstante, en caso las partes no lo hayan pactado expresamente en el convenio arbitral, dichas controversias podrán ser sometidas a un arbitraje

institucional, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226<sup>10</sup> del Reglamento.

### 3. CONCLUSIONES

- 3.1. Los términos y condiciones referidos a la solución de controversias de la ejecución contractual, contenidos en la proforma del contrato, pueden incluir el respectivo convenio arbitral según corresponda al objeto de la contratación y a las particularidades propias del requerimiento de la Entidad, siempre que su incorporación o adecuación no contravengan lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado.
- 3.2. Conforme a lo dispuesto en la normativa de contrataciones del Estado, es posible establecer el sometimiento de las controversias a arbitraje ad hoc, siempre que aquellas correspondan a contratos derivados de procedimientos de selección con valor estimado o referencial inferior o igual a cinco millones de soles (S/ 5 000 000,00); no obstante, en caso las partes no lo hayan pactado expresamente en el convenio arbitral, dichas controversias podrán ser sometidas a un arbitraje institucional, conforme a lo establecido en los artículos 225 y 226 del Reglamento.

Jesús María, 9 de marzo de 2021

**PATRICIA SEMINARIO ZAVALA**  
**Directora Técnico Normativa**

LAA/ssv

---

<sup>10</sup> De conformidad con lo dispuesto en el literal d) del numeral 226.2 del artículo 226 del Reglamento, el arbitraje es iniciado ante cualquier institución arbitral “*Cuando en el convenio arbitral no se haya precisado el tipo de arbitraje*”.