

¿Puede un Árbitro, a Través de una Medida Cautelar, Suspender una Sanción Administrativa Emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?

Una aproximación a las facultades y competencias de los Tribunales Arbitrales frente a la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE

Sandro Espinoza Quiñones*

Resumen:

El arbitraje se ha convertido en un mecanismo idóneo para resolver conflictos intersubjetivos de intereses, siendo que en el ámbito de las contrataciones públicas con el Estado resulta obligatorio recurrir a dicha vía jurisdiccional cuando existen controversias. En el presente artículo el autor analiza el hecho de que algunos árbitros se han extralimitado en sus facultades, siendo que por medio de medidas cautelares lograron suspender una sanción administrativa emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

De esta manera, se analiza la Ley de Contrataciones con el Estado y su relación con la figura del Arbitraje, señalándose al final del artículo una modificación legislativa para corregir un vacío legislativo que estaría dañando la efectividad del arbitraje y generando que proveedores culpables eludan su responsabilidad.

Palabras clave:

Arbitraje - Medida Cautelar - Sanción administrativa - Tribunales arbitrales - Potestad sancionadora - Conflictos intersubjetivos de intereses

Sumario:

1. Introducción
2. La potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE
3. Respecto a la naturaleza, alcances y límites de las medidas cautelares que legalmente puede emitir un árbitro
4. Por lo tanto, ¿puede un árbitro, a través de una medida cautelar, suspender una sanción administrativa emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?
5. Propuesta normativa
6. Reflexiones finales

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en Arbitraje, Contratación Pública, y Derecho de las Concesiones en infraestructura de transporte de uso público. Estudios de post grado en arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión en Washington College of Law – American University. Miembro del Consejo de Apoyo Institucional de la Asociación Civil Derecho & Sociedad.

1. Introducción¹

Hoy en día resulta una preocupación latente para el Tribunal de Contrataciones del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), la suspensión de sanciones administrativas impuestas a los administrados, en lo que contratación pública se refiere, y que ello provenga de la dación de medidas cautelares emitidas por tribunales arbitrales.

Hace unos años, cuando el arbitraje como institución todavía no estaba plenamente desarrollado en nuestro país, parecía impensable el supuesto en el cual la potestad sancionadora del Estado pueda verse suspendida a través de decisiones emitidas por los denominados “*jueces privados*”. No obstante el día de hoy, el denominado “*ius imperium*”², intocable por definición, al parecer está siendo perturbado por algunos árbitros lo cual causa no solo preocupación, sino la necesidad de una delimitación clara y precisa de las competencias que posee un árbitro según nuestro ordenamiento jurídico.

Si bien actualmente no se puede dudar del reconocimiento constitucional del arbitraje como jurisdicción, algunos árbitros estarían extralimitándose en dicha función olvidando que existen límites respecto a su competencia, límites que como sabemos, lo imponen tanto las partes a través de un convenio arbitral como la Ley sobre la materia.

Siendo ello así, consideramos importante esclarecer cuáles son los límites competenciales de los árbitros en general, las materias sobre las cuales se pueden pronunciar, respecto a qué sujetos pueden recaer sus decisiones, y todo ello con la finalidad de que los árbitros no les quede duda alguna que su competencia, es una competencia ad-hoc (para el caso en concreto), en contraposición a la naturaleza de un Juez (carácter general).

Teniendo en cuenta ello, resulta importante analizar la potestad sancionadora con que cuenta el Estado, específicamente la actividad sancionadora administrativa en materia de contratación pública, para luego aterrizar en los límites competenciales que posee un árbitro, su competencia para emitir medidas cautelares, y si dicha competencia alcanza para sobreponerse a

la potestad sancionadora del Estado, analizando por último si resulta necesario una modificación normativa sobre el particular.

2. La potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE

En lo que respecta al marco normativo de la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE, el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento (en adelante, RLCE), contienen disposiciones en materia administrativa sancionadora tanto en el aspecto disciplinario para los funcionarios, servidores y miembros de los Comités Especiales, así como para los administrados, involucrando en dicho concepto a proveedores, participantes, postores y contratistas.

El artículo 51° de la LCE señala que los proveedores, participantes, postores o contratistas que incurran en las causales establecidas en el numeral 51.1, serán sancionados con inhabilitación temporal para contratar con el Estado o con, inhabilitación definitiva, según corresponda.

Ahora bien, debe quedar claramente establecido que la potestad sancionadora no se genera en una relación jurídica, ni en pactos, negocios jurídicos, actos o hechos singulares, ni consiste en una pretensión particular como el derecho subjetivo; todo lo contrario, frente a la potestad sancionadora de la Administración Pública nadie está en una situación de deber u obligación, sino en una abstracta sujeción que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad y de una eventual incidencia en la propia esfera jurídica. Los que están sometidos a la sujeción potestativa no son personas determinadas, sino el conjunto de ciudadanos.³

Por lo tanto, la potestad sancionadora de la Administración Pública se traduce en la aplicación de correcciones a los administrados. Se ha sostenido que se trata de una potestad ejercida respecto de determinadas actividades sometidas al poder de policía y a un régimen jurídico de sujeción, fiscalización y control⁴. En ese orden de ideas, consideramos que las sanciones administrativas son instrumentos de la Administración Pública, dado que la sanción se impone precisamente para reprimir transgresiones producidas en un campo cuya competencia y cuidado fue previamente encomendado a la Administración.

1 Quisiera hacer un agradecimiento especial a los doctores Fernando Cantuarias Salaverry y Sergio Tafur Sánchez por sus valiosos comentarios para la elaboración del presente artículo.

2 En una visión más amplia el *Ius Imperium*, es definido como el poder jurídico para imponer normas y organizarse, imponer sanciones, hacer expropiaciones, imponer tributos, administrar los recursos, y ejecutar actos administrativos.

3 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ TOMÁS, Año 2000. *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid: Tomo, I Civitas. pp. 443.

4 MALJAR DANIEL. Citado por MABEL IVANEGA, Miriam en: “*Consideraciones acerca de las potestades administrativas en general y de la potestad sancionadora*”, Año 2006. Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 07. Lima. pp. 114.

Resulta interesante lo señalado por SUAY RINCÓN⁵, quien afirma que el poder sancionador de la Administración Pública es:

"(...) un auténtico poder jurídico, esto es, de un deber derivado del ordenamiento jurídico y que, como todos los demás atribuidos a la Administración, está encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social (...) es un poder de signo represivo que se acciona frente a cualquier perturbación que de dicho orden se produzca."

Debemos concluir entonces que la sanción administrativa es la medida gravosa prevista en caso de que una persona, natural o jurídica, realice una infracción administrativa cuya imposición es de competencia de la Administración Pública en base a su potestad sancionadora.

Ahora bien, la normativa de contratación estatal ha establecido como atribución del Tribunal de Contrataciones del OSCE, además de la facultad de resolver controversias que se suscitan durante el proceso de selección, la de aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda, tal como lo señala el artículo 63° de la LCE.⁶

Dentro de la facultad de sancionar por parte del Tribunal de Contrataciones del OSCE, éste debe analizar que la responsabilidad sea certera. Esta certeza exigida se encuentra reflejada en el RLCE, que establece la suspensión del plazo de prescripción de las infracciones por la tramitación del proceso judicial o arbitral que sea necesario para la determinación de las responsabilidades del contratista en el respectivo procedimiento administrativo sancionador (numeral 2 del artículo 244° del RLCE).

Debemos estar atentos que, según lo señalado anteriormente, nos encontramos ante una situación en la cual el Tribunal de Contrataciones del OSCE todavía no ha emitido sanción alguna. Solamente se ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador y este puede suspenderse al haberse iniciado un proceso judicial o arbitral, procesos en los cuales se definirá la existencia de responsabilidad del contratista

como factor determinante de la configuración de la infracción.

En relación a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, debemos señalar que no basta que se inicie un arbitraje para que se suspenda el procedimiento, sino que es necesario que el arbitraje se encuentre en trámite. El numeral 2 del artículo 244° del RLCE, señala que se entiende como un arbitraje en trámite a partir de la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral.

Hecho un breve antecedente respecto a la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE, así como de las características y circunstancias que tendrían que acaecer para que se suspenda un procedimiento administrativo sancionador, consideramos necesario analizar la facultad de los tribunales arbitrales para emitir medidas cautelares, y si éstas pueden disponer la suspensión de la sanción impuesta.

3. Respeto a la naturaleza, alcances y límites de las medidas cautelares que legalmente puede emitir un árbitro

Respecto a la potestad de dictar medidas cautelares por parte de los árbitros, tenemos dos posiciones. La primera señala que, dado que el arbitraje deviene de un consenso de las partes, los árbitros solo tendrán la potestad de dictar medidas cautelares cuando las partes se lo hayan conferido expresamente⁷.

La segunda, la cual compartimos, señala que por más que el convenio arbitral no establezca dicha facultad expresamente, si el árbitro tiene competencia para resolver sobre el fondo, también la tendrá para adoptar medidas cautelares destinadas a asegurar la eficacia de lo que se resuelva.

Independientemente de la posición que se adopte, tenemos que el Decreto Legislativo N° 1071 - Ley de Arbitraje -, otorga expresamente facultades a los árbitros para dictar medidas cautelares, y ello se observa del texto del artículo 47° que señala:

"Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere"

5 SUAY RINCÓN, José, Año 1989. *Sanciones administrativas*, España: Editorial Publicaciones del Real Colegio de España. pp 20.

6 "Artículo 63.- Tribunal de Contrataciones del Estado (...)

Tiene las siguientes funciones:

a. Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y postores durante el proceso de selección;
b. Aplicar las sanciones de inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, entidades y expertos independientes, según corresponda para cada caso; y,
c. Las demás funciones que le otorga la normativa."

7 Este criterio ha sido recogido en la legislación arbitral de Uruguay y Argentina.

necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime convenientes para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida."

Respecto a la naturaleza de las medidas cautelares, el Tribunal Constitucional, a través de la Sentencia de fecha 27 de octubre de 2006 recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI, señala que:

"Al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139 inciso 3), de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta."

Resulta interesante señalar que el Reglamento de Arbitraje de la Dirección Nacional de Arbitraje del OSCE, si bien está acorde con el Decreto Legislativo N° 1017 y 1071, es el único documento que otorga expresamente poderes de ejecución a los árbitros en relación a las medidas cautelares que puedan dictar:

"Artículo 53 Medidas cautelares.- (...) El Tribunal Arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares firmes dictadas por la autoridad judicial antes del inicio del proceso arbitral y cuenta con facultades para ejecutar sus propias medidas cautelares, salvo en los casos en que sea necesario el auxilio de la fuerza pública.

Respecto al poder de ejecución de medidas cautelares emitidas por árbitros, tenemos lo señalado por RIVERA⁸, quien señala que:

"(...) no puede sino concluirse que los árbitros pueden decidir sobre la procedencia de medidas cautelares y disponerlas, aunque en principio para su ejecución deben requerir el auxilio judicial. Anticipamos que decimos en principio,

porque, como explicamos más adelante, algunos autores sostienen que ciertas medidas que no requieren compulsión podrían ser ejecutadas directamente por los árbitros (por ejemplo, las medidas que se satisfacen con una mera notificación o una inscripción en un registro)."

Por lo tanto, debemos concluir, tal como lo señala ARRARTE⁹, que "ni la Ley ni la Constitución prohíben a los árbitros realizar actos de ejecución de sus propias decisiones, pues la limitación establecida está referida a realizar actos de ejecución que impliquen el uso de la fuerza, pues sin duda esto es un atributo exclusivo y excluyente del Estado."

ARRARTE señala una serie de medidas cautelares que no necesitan del ejercicio de la fuerza pública¹⁰. Señala por ejemplo, una medida cautelar conservativa o de no innovar (mantener el estado de cosas existente al momento de la interposición de la demanda), como sería el caso de la orden de no ejecución de una carta fianza de fiel cumplimiento otorgada para garantizar la ejecución de un contrato de obra, cuando lo que se discute en un proceso arbitral es si la resolución del mismo es válida o no.

Ahora bien, antes de entrar a analizar la materia del presente trabajo, resulta interesante realizarse el siguiente cuestionamiento, el cual consideramos tiene una importancia no solo doctrinaria, sino eminentemente práctica: ¿Las medidas cautelares solicitadas por las partes, pueden ser conocidas por árbitros designados pero aún no instalados?

Sobre el particular, ARRARTE¹¹ ha señalado que:

"(...) es claro que un Tribunal Arbitral podrá dictar medidas cautelares, en tanto tenga competencia para ello; es decir, desde su instalación, hasta el momento en el que las partes le hayan otorgado potestades en el convenio arbitral o en el Acta de Instalación. Esto es, tendrá competencia para dictar medidas cautelares hasta el momento de la ejecución de laudo, supuesto en el cual estaríamos frente a medidas de ejecución." (El subrayado es agregado)

Como se podrá apreciar, según la citada autora un tribunal arbitral solo podrá dictar medidas cautelares desde su instalación y no antes. No obstante veamos si ello es así. El artículo 47° de la Ley de Arbitraje señala lo siguiente:

8 RIVERA, Julio César, Año 2011. "Medidas Precautorias en los Procedimientos Arbitrales (con especial referencia al Derecho Argentino). Argentina Buenos Aires. pp. 346.

9 ARRARTE, Ana María. Año 2008. "Apuntes sobre las medidas cautelares en el sistema arbitral peruano", Lima: Revista Peruana de Derecho N° 7. pp 135.

10 Ibid. pp 136.

11 Ibid. pp 140.

"Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquier de las partes, podrá adoptar medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida (...)" (El subrayado es agregado)

Como se podrá apreciar, el artículo bajo comentario no habla de instalación del tribunal arbitral, sino de constitución, lo cual tiene una sutil pero importante diferencia. En primer lugar, debemos de señalar que en ningún extremo de nuestra Ley de Arbitraje se señala la instalación del tribunal arbitral como un acto normativamente reconocido, menos aún obligatorio o imperativo para los árbitros y las partes.

La instalación de un tribunal arbitral se ha hecho una práctica común y tiene como finalidad marcar un momento en el cual las partes van a fijar las reglas aplicables (en caso de un arbitraje ad hoc), y se va a otorgar un plazo para presentar la demanda así como cancelar los honorarios de los árbitros. No obstante debemos señalar que no es un imperativo legal que los árbitros estén obligados a "instalarse", al menos la Ley de Arbitraje no lo señala.

Si bien el RLCE en su artículo 227^{o12} reconoce a la instalación como un acto dentro de un proceso arbitral, consideramos que dicho acto solo resulta importante en el sentido que marca el momento en el cual se suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida.

Por lo tanto, debemos de concluir que cuando la norma señala *"una vez constituido el tribunal arbitral"*, se refiere a un tribunal arbitral si bien no instalado, firme en su designación, vale

decir, sin cuestionamiento alguno de las partes. Dicho momento ha sido discutido, pues algunos consideran que un tribunal arbitral se constituye con la simple designación del Presidente del tribunal arbitral, y otros consideran que un tribunal arbitral se constituye cuando la designación del Presidente o del árbitro único, según el caso, queda consentida, vale decir, no ha sido recusado dentro del plazo pactado por las partes.

Sea una u otra posición, tenemos que un tribunal arbitral no necesita instalarse para dictar una medida cautelar, al menos la norma no lo conmina a ello, siendo que bastaría que quede debidamente constituido, esto es, conformado sin cuestionamiento de las partes, para que pueda válidamente y dentro del marco de la Ley de Arbitraje dictar una medida cautelar.

4. Por lo tanto, ¿puede un árbitro, a través de una medida cautelar, suspender una sanción administrativa emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE?

En primer lugar, debemos mencionar que la decisión que contiene la sanción emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE es una resolución administrativa, cuya vía una vez agotada solo puede ser dejada sin efecto mediante la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, tal como se desprende del artículo 250^o del RLCE¹³.

Ahora bien, asumamos que quien pretende dejar sin efecto una sanción válidamente emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, solicita sólo la suspensión de los efectos de dicha sanción. Ante dicho supuesto, tenemos lo regulado en el artículo 248^o del RLCE¹⁴, en el que una vez más el legislador reafirma que este tipo de decisiones de sanción, para ser dejadas en suspenso, requieren de una medida cautelar dictada dentro de un

12 *Artículo 227^o.- Instalación*

Salvo que las partes se hayan sometido a un arbitraje institucional, una vez que los árbitros hayan aceptado sus cargos, cualquiera de las partes deberá solicitar al OSCE, la instalación del árbitro único o del tribunal arbitral, dentro de los cinco (5) días siguientes a la aceptación de estos, según corresponda.

Realizada la instalación del árbitro único o tribunal arbitral, se trate o no de arbitraje institucional, las Entidades deberán registrar en el SEACE los nombres y apellidos completos del árbitro único o de los árbitros que conforman el tribunal arbitral, así como de aquellos que eventualmente sustituyan a estos.

La instalación del árbitro único o del tribunal arbitral suspende el procedimiento administrativo sancionador que se haya iniciado por la materia controvertida.

Dicha suspensión continuará durante el desarrollo del proceso arbitral y únicamente podrá ser levantada cuando dicho proceso concluya con el laudo debidamente consentido o sea declarado archivado por el árbitro o tribunal arbitral, según corresponda.

13 *Artículo 250.- Acción Contencioso Administrativo*

Procede la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, de conformidad con la Ley de la materia, contra:

a) La resolución que impone una sanción; o

b) La resolución que se pronuncia respecto de la reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria."

14 *Artículo 248.- Suspensión de las sanciones*

La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada en un proceso judicial. Cancelada o extinta bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.

La vigencia de las sanciones también se suspende por la interposición del recurso de reconsideración, de conformidad con lo dispuesto en el presente Reglamento, y mientras éste no sea resuelto por el Tribunal.

Lo indicado en los párrafos anteriores resulta aplicable a las sanciones económicas impuestas por el Tribunal, en cuanto sea aplicable."

proceso judicial, excluyendo de esa posibilidad a las medidas cautelares que emiten los árbitros.

El legislador ha optado por dicha opción dado que las sanciones impuestas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE no forman parte, ni pueden formar parte del ámbito del convenio arbitral, en razón de su naturaleza y de su contenido, al tratarse del ejercicio de una de las atribuciones del Estado consistente en imponer una pena ante la comisión de un ilícito tipificado como sanción.

En efecto, recordemos que la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del OSCE es independiente de la jurisdicción con la que cuenta un árbitro.

Un árbitro posee competencia a partir de un acuerdo de las partes descrito en un convenio arbitral, y por ende, su competencia se circunscribe a lo que las partes en común acuerdo le han delimitado resolver, siempre dentro del marco de los derechos de libre disponibilidad.

En cambio, la potestad sancionadora con la que cuenta el Tribunal de Contrataciones del OSCE no deviene de un acuerdo de las partes, sino de la propia LCE y, por consiguiente, un árbitro no puede dejar sin efecto la potestad de sancionar pues estaría extralimitándose en la competencia que las propias partes le han otorgado y a un mandato imperativo de la LCE.

Por lo tanto, una vez iniciado el procedimiento administrativo sancionador, si bien originalmente el actuar del Tribunal de Contrataciones del OSCE puede derivar de la relación contractual entre el contratista y la Entidad, ya iniciado aquél, éste se desarrolla entre el infractor y la autoridad. En consecuencia, esta relación procesal es externa a la contractual y, por ende, ajena también a los alcances comprendidos en el ámbito de la materia arbitrable establecida en el convenio arbitral.

Teniendo en cuenta ello, debemos de concluir que un árbitro se encuentra impedido de suspender, a través de una medida cautelar, una sanción válidamente impuesta por el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

No obstante que al parecer la conclusión es clara, existen hoy en día árbitros que están dictando medidas cautelares a fin de suspender una sanción impuesta válidamente por el Tribunal de Contrataciones del OSCE. En efecto, a manera de ejemplo, hemos tomado conocimiento del Expediente N° 1766-2013 seguido ante el Cuarto Juzgado Constitucional de Lima, el cual contiene el proceso de amparo seguido entre el OSCE

contra HK Consulting S.A.C. y contra el Árbitro Único Giancarlo Alvis Santos.

En el presente caso, el OSCE ha interpuesto una acción de amparo contra la Resolución emitida por el Árbitro Único a fin de dejar sin efecto la medida cautelar otorgada por este último, la cual suspende los efectos de la sanción impuesta por el OSCE al Consorcio IDC-HK.

Explicemos el contexto y antecedente de dicho caso. Tenemos que debido a que el Consorcio acumuló el monto máximo de la penalidad establecido en el Contrato N° 035-2009-MTC/20, Provías Nacional procedió con resolver el contrato. El desacuerdo del Consorcio con la decisión de la Entidad fue llevado a arbitraje por éste, en el cual mediante laudo de fecha 1 de octubre de 2010, se declararon infundadas las pretensiones del Consorcio.

Asimismo, la Primera Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundado el recurso de anulación interpuesto por el Consorcio IDC - HK contra el Laudo Arbitral; en consecuencia, la resolución del contrato realizada por la Entidad quedó firme.

Es así que Provías Nacional solicitó al Tribunal de Contrataciones del OSCE el inicio del procedimiento administrativo sancionador contra el Consorcio, a fin de que éste sea sancionado de acuerdo a lo resuelto en el laudo referido.

Con fecha 9 de octubre de 2012, el Tribunal de Contrataciones del OSCE emitió la Resolución N° 107-2012-TC-S2, en la cual se resolvió sancionar a la empresa Instituto de Consultoría S.A., integrante del Consorcio por un periodo de catorce (14) meses de inhabilitación temporal en su derecho de participar en procesos de selección y contratar con el Estado, así como a la empresa HK Consulting S.A.C. por un periodo de doce (12) meses por el mismo concepto.

No obstante que nos encontrábamos ante una sanción válida emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, sorpresivamente en un arbitraje seguido entre las dos empresas consorciadas, el Árbitro Único decidió emitir una medida cautelar a fin de dejar en suspenso las dos resoluciones del Tribunal de Contrataciones del OSCE, en las cuales se impone y reafirma la sanción administrativa a las dos empresas integrantes del Consorcio, de acuerdo a la causal establecida en el literal b) del artículo 51.2 de la LCE.

Es así que conocida dicha acción, OSCE inicia una acción de amparo contra la Resolución Cautelar. Fundamenta su legitimidad para obrar en el tercer supuesto de procedencia de amparo arbitral

por aplicación del artículo 5° inciso 2 del Código Procesal Constitucional, señalado en la Sentencia 0142-2011, Caso Minera María Julia S.M.R.L de fecha 21 de septiembre de 2011 (Sentencia María Julia), establecida por el Tribunal Constitucional como precedente vinculante, que indica lo siguiente:

“No podrá declararse la improcedencia del amparo arbitral por aplicación del artículo 5° inciso 2) del Código Procesal Constitucional, en los siguientes supuestos: (...) c) Cuando el amparo sea interpuesto por un tercero que no forma parte del convenio arbitral y se sustente en la afectación directa y manifiesta de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho arbitraje, salvo que dicho tercero esté comprendido en el supuesto del artículo 14° del Decreto Legislativo N.º 1071.”

Al respecto, es necesario recalcar que el OSCE no se encuentra en el supuesto del artículo 14° de la Ley de Arbitraje, pues como hemos señalado, el OSCE no ha suscrito contrato o convenio arbitral alguno ni ha otorgado su consentimiento para someterse a arbitraje con las empresas HK Consulting S.A.C. e Instituto de Consultoría S.A. (que conforman el Consorcio IDC - HK), con lo cual mantiene su posición como tercero ajeno y no vinculado a la relación jurídica procesal del arbitraje, que ve afectados sus derechos constitucionales como consecuencia del mismo.

Ahora bien, la emisión de una medida cautelar que suspende una sanción, evidencia que el Árbitro Único ha excedido ampliamente sus facultades, pues si bien está ejerciendo la potestad otorgada a éste por las partes (las empresas consorciadas), las decisiones que deriven de este encargo sólo pueden alcanzar a las partes procesales del arbitraje y no a terceros ajenos a la relación jurídica sustantiva, como es el OSCE en este caso. En ese orden de ideas, carece de fundamento que en un arbitraje que se está llevando a cabo entre dos consorciados -que han sido sancionados por el OSCE- y que tiene carácter netamente privado, se obtenga una medida cautelar que deje sin efecto su propia sanción.

De la misma manera, se debe tomar en cuenta que las decisiones del Árbitro Único sólo pueden recaer sobre derechos disponibles de las partes del convenio arbitral, razón por la cual éste habría excedido sus facultades al haber emitido una decisión que versa y dispone sobre materia administrativa sancionadora emitida por el OSCE en ejercicio de su imperio.

Dicho esto, la medida cautelar ordenada por el Árbitro Único no sólo permitiría que empresas como las que forman parte del Consorcio puedan seguir contratando con el Estado, pese

a sanciones impuestas válidamente, sino que en el caso concreto también deja en estado de indefensión a la Entidad, pues a pesar de tener una decisión firme respecto a los incumplimientos del Consorcio, no le es posible mantener los efectos de la sanción impuesta, hecho que tiene como únicos beneficiarios a las empresas que forman parte del Consorcio, y como gran perjudicada a la Entidad quien tendrá que seguir contratando con empresas que se encuentran válidamente sancionadas.

No obstante que resulta cuestionable el actuar de dichos árbitros, sí queremos resaltar que resulta positiva la Sentencia recaída en el Expediente N° 00142-2011-PA/TC (caso María Julia, antes aludido), pues a partir de una de sus tres excepciones para que proceda un “amparo arbitral” - el supuesto en el cual un tercero se vea perjudicado en sus derechos, como lo es en este caso el OSCE - se pueden hacer valer derechos ante un Juez Constitucional a través de una acción de amparo, a fin de dejar sin efecto las indebidas medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales que dejan sin efecto o suspenden sanciones correctamente impuestas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE.

5. Propuesta normativa

Tal como se ha señalado, resulta hoy en día una preocupación latente que más de un árbitro se sienta con las facultades suficientes para suspender sanciones válidamente emitidas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE. Siendo ello así, consideramos que el OSCE debe hacer un esfuerzo para elaborar una precisión normativa, específicamente al artículo 248° del RLCE.

El referido artículo establece los parámetros de procedencia para la suspensión de las sanciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, a saber:

“Artículo 248°.- Suspensión de las sanciones.

La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada solo en un proceso judicial. Cancelada o extinta bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.”
(El subrayado es agregado)

Tal como lo hemos mencionado, consideramos que el artículo 250° del RLCE, al establecer que la decisión que contiene la sanción emitida por el Tribunal del OSCE es una resolución administrativa, cuya vía una vez agotada, solo puede ser dejada sin efecto mediante la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial,

debemos concluir que es "solo un juez contencioso administrativo quien puede válidamente emitir una medida cautelar a fin de dejar en suspenso la sanción interpuesta por el OSCE, y es dentro de este razonamiento que se debe leer el artículo 248° del RLCE antes citado."

No obstante que al parecer no ha quedado claro que solo un juez contencioso administrativo puede dictar una medida cautelar que suspenda una sanción administrativa, consideramos que resulta necesario ser más precisos en la redacción del artículo 248°, por lo que consideramos que debe añadirse el siguiente texto (subrayado):

"Artículo 248°.- Suspensión de las sanciones. *La vigencia de las sanciones se suspende por medida cautelar dictada solo en un proceso judicial, no siendo válidas las medidas cautelares dictadas por un árbitro o tribunal arbitral con ese fin. El Tribunal de Contrataciones del OSCE no se encontrará obligado a acatar las medidas cautelares que no provengan de mandato judicial. Cancelada o extinta bajo cualquier otra forma dicha medida cautelar, la sanción continuará su curso por el periodo restante al momento de la suspensión, siempre que la resolución del Tribunal que dispuso la sanción no haya sido revocada por mandato judicial firme.*

Ahora bien, si bien queda claro que solo un Juez puede dictar válidamente una medida cautelar para suspender una sanción emitida por el Tribunal de Contrataciones del OSCE, cabe preguntarse: ¿Cualquier Juez?

Hacemos este razonamiento dado que resulta preocupante lo que está sucediendo respecto a las sanciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del OSCE. En la práctica, y valga decir que es una práctica indebida por parte de los contratistas, jueces en distintas provincias del país están emitiendo medidas cautelares que dejan sin efecto las sanciones emitidas por OSCE. La figura es la siguiente: Una persona natural, independiente de la relación contractual entre el contratista y la entidad, inicia un proceso civil por ejemplo, de obligación de dar suma de dinero, contra el contratista, cuya materia controvertida en nada se relaciona con la sanción impuesta por OSCE.

No obstante ello, la persona natural interpone una medida cautelar a fin de que se deje sin efecto o se suspenda la sanción interpuesta al contratista (su contraparte) por el OSCE, dado

que se incrementa el riesgo de no hacerse con su acreencia. Lamentablemente, los jueces de dichas localidades están accediendo a otorgar las medidas cautelares solicitadas.

En efecto, solo en el Juzgado Civil de Huamanga, Ayacucho, al día de hoy (diciembre 2013) se tienen diez (10) medidas cautelares que han suspendido sanciones válidamente emitidas por el OSCE.¹⁵ Se ha podido hacer una investigación, sin ser una información oficial, y se ha detectado que existen diversos procedimientos administrativos sancionadores que han culminado con sanción al contratista, pero que se encuentran suspendidos por medidas cautelares dictadas principalmente en las provincias de Huamanga, Datem del Marañon, Iñapari, Maynas – Tarapoto, entre otros juzgados.

Dado que finalmente es una orden de un juez, una vez notificado el Tribunal de Contrataciones del OSCE con dichas medidas cautelares, se encuentra obligado a dejar en suspenso la sanción interpuesta al contratista hasta que se resuelva el proceso civil seguido entre la persona natural y el contratista en una localidad que no es siquiera la misma localidad donde se firmó el contrato entre la entidad y el contratista. Luego de ocurrida la suspensión de la sanción, producto del dictado de la medida cautelar, ya será facultad de la Procuraduría Pública del OSCE solicitar la oposición a dichas medidas cautelares.

Como se podrá apreciar, esta situación por demás preocupante, definitivamente desnaturaliza el poder de control del Poder Judicial ante una sanción válidamente emitida por el Tribunal del OSCE. Cuando el artículo 250° del RLCE establece que la decisión que contiene la sanción emitida por el Tribunal del OSCE es una resolución administrativa, cuya vía una vez agotada solo puede ser dejada sin efecto mediante la acción contencioso administrativa ante el Poder Judicial, se debe concluir sin duda que es solo un juez contencioso administrativo quien puede válidamente emitir una medida cautelar a fin de dejar en suspenso la sanción interpuesta por el OSCE.

Consideramos que un Juez de un ámbito de competencia diferente o un árbitro, pueda dictar válidamente una medida cautelar para dejar en suspenso una sanción, pues no solo no tiene competencia para ello, sino que dicha medida cautelar se otorga en un proceso que en nada se relaciona con el contrato suscrito entre el contratista y el Estado Peruano.

15 Los expedientes a los cuales hemos tenido conocimiento son los siguientes: Exp. N° 135-2013-46; Exp. N° 371-2013-28; Exp. N° 377-2013-44; Exp. N° 380-2013-84; Exp. N° 408-2013-16; Exp. N° 424-2013-9; Exp. N° 475-2013-91; Exp. N° 531-2013-51; Exp. N° 527-2013-62; Exp. N° 524-2013-47.

6. Reflexiones finales

El arbitraje ha sido creado como una herramienta útil para resolver de la manera más eficiente las controversias que surjan entre las partes, quienes libremente han decidido optar por la jurisdicción arbitral y no la ordinaria a cargo del Poder Judicial. Si bien tanto la Constitución Política del Perú como el Tribunal Constitucional reconocen al arbitraje como jurisdicción, ello no implica que los árbitros tengan la facultad de impartir justicia de manera general como lo hace un juez, todo lo contrario; deben tener en claro que su competencia es limitada a la controversia que determinadas partes han decidido otorgarle a partir de un convenio arbitral, cualquiera sea su forma, y sus decisiones no pueden afectar a terceros que no forman parte de la controversia.

El ser árbitro es una labor que debe tomarse con responsabilidad, y en el Perú, un país moderno en

lo que el desarrollo del arbitraje se refiere, debe generarse una conciencia general que para ser árbitro se debe poseer un conocimiento suficiente no solo respecto al fondo del asunto, sino respecto de la forma, y con ello nos referimos a que un árbitro tiene que tener en claro hasta dónde alcanzan sus competencias a fin de no incurrir en ilegalidades.

Se ha trabajado arduamente para que el arbitraje sea visto como una institución sólida, independiente y confiable, no obstante estas decisiones por parte de algunos árbitros, sea por desconocedores de la materia, o porque conocedores, es aprovechado para realizar actuaciones por demás ilegales, menoscaban al arbitraje como institución, institución que si bien todavía existe un margen por desarrollar, hoy en día podemos decir que el arbitraje está ayudando sin duda al desarrollo del país, siempre y cuando sea correctamente utilizado. 

