

Los medios «alternativos» de solución de conflictos en el Derecho administrativo peruano (en especial, análisis de la transacción y el arbitraje en la Ley de Contratos y Adquisiciones del Estado)*

VÍCTOR SEBASTIÁN BACA ONETO**

1. Planteamiento

Sobre la base de la reconocida crisis de la Jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, JCA), ahogada en un pantano de casos sin resolver, no son pocos quienes han ponderado las virtudes de las llamadas «técnicas alternativas de solución de conflictos» en el Derecho administrativo, especialmente en el campo de la contratación pública, donde están expresamente previstas. Y no les falta razón, porque es cierto que tienen innegables ventajas: por un lado, disminuyen los plazos para la solución de los conflictos, en unos sectores donde esto es muy importante, al tiempo que aumentan la predictibilidad de la

* Estas páginas encuentra su origen en la participación del autor en el 1er Seminario Nacional sobre Arbitraje administrativo, organizado por CONSUCODE y la Universidad Ricardo Palma los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2005, enriquecido con los comentarios que en el debate posterior efectuaron Derik Latorre, Jaime Gray, Franz Kundmüller y, especialmente, Alfredo Bullard, que agradezco cordialmente. Además, le agradezco también a Roger Rubio sus valiosas observaciones al borrador de este trabajo.

** Abogado por la Universidad de Piura. Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid (España). Profesor de Derecho administrativo de la Universidad de Piura. Abogado asociado al Estudio Alva, Rubina & Molero.

resolución final, dado el carácter más técnico que se presume de quien está encargado de tomarla cuando se recurre a métodos de heterocomposición. Obviamente, no pretendemos negar estos méritos¹. Sin embargo, tampoco nos vamos a referir a ellos. A lo largo de estas páginas vamos a seguir un camino distinto, seguramente más arriesgado: analizar la «viabilidad teórica» del recurso a dichas técnicas. Es indudable que tienen ventajas prácticas, pero ¿se adecuan siempre a los principios básicos del Derecho administrativo o, incluso, del Estado de Derecho? Esa es la pregunta que pretendemos contestar.

2. La conciliación y el arbitraje en el marco de una clasificación de los mecanismos alternativos de solución de conflictos

Tradicionalmente, la doctrina distingue entre métodos «autocompositivos» y métodos «heterocompositivos» de solución de controversias: mientras que en los primeros son las propias partes quienes evitan o resuelven la controversia, como ocurre en la conciliación o en la transacción, en los segundos recurren a un tercero para hallar dicha solución, como sucede la mediación o en el arbitraje². Sin

¹ Para un estudio en el Derecho peruano de sus ventajas, véase Cantuarias Salaverry, F. y Aramburu Yzaga, M. D., *El arbitraje en el Perú: desarrollo actual y perspectivas futuras*, Fundación Luis Bustamante de la Fuente, Lima, 1994, pp. 52 y ss.; y Cantuarias Salaverry, F., «Razones por las cuales el arbitraje es inevitable», RIAM 2004, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeinevitable.html>.

² Rosa Moreno (*El arbitraje administrativo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 23) propone una clasificación diferente, pues distingue entre «técnicas filtro», que operan antes de que el conflicto llegue a instancias heterocompositivas (entre las que incluye las técnicas de autotutela y las técnicas de autocomposición, como la conciliación); y las «técnicas complementarias», por las que se busca resolver el litigio a través de instancias no jurisdiccionales, y que operan de forma heterocompositiva y alternativa a la jurisdicción contencioso administrativa (aunque él sostiene que lo hacen de modo no excluyente, de allí que sean «complementarias» a ella). Cabe indicar que este autor incluye en su clasificación a los métodos de autotutela, que tendrían especial relevancia en el Derecho administrativo, como sucede con los recursos administrativos; posición contraria a la que en Derecho peruano mantiene Kundmüller Caminiti («Obligatoriedad del arbitraje y otros temas de gestión de conflictos en la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado y su Reglamento», *Thémis-Revista de Derecho* 39, 1999, pp. 214 y 215), para quien la LCAE hace mal en regular en un mismo bloque los recursos impugnativos y el arbitraje, porque los presupuestos de ambos son distintos y los primeros no implican necesariamente «solución de controversias».

embargo, es posible también hacer otra clasificación, y distinguir entre los meros «procedimientos» para llegar a una solución extrajudicial, pero que no la garantizan, y los mecanismos por los cuales ésta se alcanza. Así, la conciliación, al igual que la mediación, sería únicamente un *procedimiento*, en cuya tramitación se agota, pues si concluye sin éxito, queda abierta la vía judicial (o la arbitral, como sucede en ciertos casos en nuestro país), «pero si las partes alcanzan un acuerdo, éste será un negocio jurídico cuya naturaleza y régimen jurídico no derivan, en lo esencial, del hecho de que haya sido alcanzado en un procedimiento de conciliación [...] el acuerdo eventualmente alcanzado en la conciliación se reconduce de ordinario a una transacción»³.

En consecuencia, pese a que nuestro ordenamiento jurídico administrativo hace expresa mención de la conciliación, y no de la transacción, como sucede en la contratación pública, y que existe una legislación específica sobre la conciliación⁴ (con características propias de la mediación, como la intervención necesaria de un tercero), a lo largo de este trabajo haremos referencia más bien a la transacción, al entender que es a través de dicho acuerdo que se produce la solución al conflicto, por lo que tendrá interés estudiar sus características y, especialmente, sus límites; análisis que posteriormente repetiremos en relación con el arbitraje.

3. La transacción en el Derecho administrativo: definición y límites

3.1. El Código civil y el requisito de disponibilidad en la transacción

La transacción es regulada en los arts. 1302 y ss. Cc., que la definen sobre la base de tres notas típicas: (1) la existencia de un asunto dudoso o litigioso; (2) que las partes solucionan sobre la base de concesiones recíprocas, las cuales no necesariamente deben tener por objeto la relación que ha constituido objeto de

³ Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho administrativo, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 19. En el mismo sentido, Rosa Moreno, J., El arbitraje administrativo, cit., p. 46.

⁴ Ley 26872, Ley de Conciliación (LC), y su Reglamento, aprobado por D.S. 001-98-JUS. No obstante, en nuestro ordenamiento la conciliación no es un «invento reciente», sino que se encontraba regulada ya desde el año 1854, como indica Kundmüller Caminiti, F., «Conciliación, siete motivos de reflexión», RJP 26, 2001, pp. 16 y 17.

la controversia entre las partes; y (3) de este modo se evita que se promueva un pleito o se finaliza el que ya está iniciado⁵.

Generalmente se entiende que «mediante la transacción, las partes sustituyen una relación jurídica litigiosa por otra relación que ellas mismas definen en el contrato de transacción»⁶. En consecuencia, no pretende determinar cuál era el «verdadero» contenido de la relación dudosa o litigiosa, sino que incluso impide conocerlo, al sustituirla por otra distinta, que también tiene su origen en la autonomía de las partes, fundamento de la transacción, que tiene carácter contractual. Así, no tiene sentido juzgar la validez del contenido de la transacción en función de su adecuación a la respuesta que, según Derecho, se hubiera dado a la obligación litigiosa: ésta ha desaparecido, siendo sustituida por otra distinta.

Por tanto, debido a que entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad, el contenido de toda transacción está limitado por las materias que sean disponibles para las partes: de allí que el art. 1305 Cc. establezca que sólo los derechos patrimoniales pueden ser objeto de transacción: así, por ejemplo, no puede inhabilitarse a un sujeto ni determinar una relación paterno-filial mediante transacción (aunque en este caso sí que se admita el reconocimiento). Es decir, nuestro ordenamiento exige expresamente como primer requisito la disponibilidad de la relación jurídica litigiosa⁷, al que será preciso agregar otro más: la disponibilidad de las prestaciones que las partes comprometen como consecuencia de la transacción.

3.2. La disponibilidad de la relación jurídica litigiosa y la transacción en el Derecho administrativo

En tanto son propios de toda transacción, estos dos requisitos serán igualmente exigibles en las que celebre la Administración pública. Sin embargo, en este caso la exigencia de «disponibilidad» encuentra un primer problema, pues para la Administración pública no existen materias propiamente disponibles, en tan-

⁵ Sobre los caracteres y elementos de la transacción, véase, entre otros, Loperena Rota, D., *La transacción en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, IVAP, Oñate, 2000, pp. 37 y ss.

⁶ Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 32.

⁷ También lo hace el art. 5 LC respecto a la conciliación.

to no goza de verdadera autonomía de la voluntad, al tener que justificar toda su actuación en la consecución del interés público, pues incluso cuando goza de discrecionalidad no tiene libertad⁸.

Esta exigencia produce una primera diferencia entre la transacción «administrativa» y la «privada». Así, se ha discutido cuándo una obligación es «dudosa» o «litigiosa», y si es necesario que la falta de certeza sobre ésta sea objetiva: es decir, que realmente haya un fundamento jurídico sólido que justifique la posible controversia. Generalmente, en Derecho privado esta pregunta se responde negativamente. Sin embargo, en el caso de la Administración pública la solución cambia, pues ésta gestiona intereses ajenos y no puede decidir libremente, por lo que *deben existir razones demostrables que hagan aconsejable la transacción*; es decir, ha de existir una incertidumbre objetiva⁹. Y, además, esta adecuación de la actuación administrativa a los intereses generales debe ser susceptible de control judicial. Es decir, la decisión de transar puede ser impugnada por los posibles interesados, para lo cual se ha recurrido a la técnica de los actos separables, nacida en Francia y luego extendida a otros ordenamientos jurídicos¹⁰.

Y, si el interés público lo justifica y existe una controversia objetiva, ¿sobre qué materias puede transar la Administración pública? De acuerdo a las disposiciones del Código civil, su campo natural de aplicación serían las controver-

⁸ Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 110. Si bien no es un tema agotado, existe una notable línea doctrinal según la cual la Administración pública no goza de autonomía de la voluntad, tampoco cuando contrata. Al respecto, pueden verse los trabajos de Ariño Ortiz, G., «El contrato administrativo en el Derecho español», p. 73; de Solas Rafezas, R., *Contratos administrativos y contratos privados de la Administración*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 147 y ss.; del mismo autor «Comentario al art. 4 TRLCAP. Libertad de pactos», en Ariño y asociados, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, I, El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, pp. 237 y ss.; García de Enterría, E., «Ámbito de aplicación de la Ley (arts. 1 a 9, inclusive)», en *Comentarios a la ley de Contratos de las Administraciones públicas*, dir. Gómez-Ferrer Morant, R., 2ª edición, Civitas, Madrid, 2004, pp. 109 y ss.; y, muy especialmente, Rebollo Puig, M., «Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la contratación pública», en *La contratación pública en el horizonte de la integración europea*, V Congreso Luso-Hispano de profesores de Derecho administrativo, INAP, Madrid, 2004, pp. 41 y ss.

⁹ Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 102.

¹⁰ *Ibidem*, p. 110. Más aún, con razón se ha sostenido que el acto por el cual se aprueba el contrato de transacción sería revisable de oficio. Al respecto, véase el reciente trabajo de Santamaría Arinas, R. J., «Revisión de oficio de transacciones judiciales en las que es parte la Administración», REDA 127, 2005, pp. 464 y ss.

sias sobre cuestiones patrimoniales, entre las que jugarían un papel muy destacado las referidas a la ejecución de los contratos públicos, como, por ejemplo, sucedería si el contratista y Administración no están de acuerdo en el monto de la liquidación.

Sin embargo, lo cierto es que admisibilidad de la transacción en el Derecho administrativo encuentra reticencias adicionales, pues las controversias entre la Administración y los ciudadanos casi siempre tienen su origen en una previa actuación de la primera, cuya validez (adecuación al ordenamiento jurídico) los segundos discuten, como fundamento para satisfacer una pretensión. Y no son pocos los autores que niegan que la Administración pública pueda transar sobre la legalidad de sus actos, pues se trata del ejercicio de una potestad, y éstas son por naturaleza indisponibles¹¹.

¿Cuál es la solución de esta cuestión? Al respecto, en el Derecho español algún autor ha distinguido entre las transacciones que tienen por objeto relaciones jurídicas creadas por actos anulables y las creadas por actos nulos. En el primer supuesto, la Administración no está obligada a anular el acto administrativo (al menos no de oficio), pues en estos casos será precisa la previa declaración de lesividad, de modo que para anular el acto éste no sólo debe ser inválido, sino además perjudicial para los intereses generales. Se trata, por tan-

¹¹ Así, por ejemplo, según Rosa Moreno (El arbitraje administrativo, cit., p. 49), la conciliación (y el acuerdo transaccional que la culmina) ha de limitarse a las cuestiones conflictivas que se deriven de la ejecución de los contratos y a las relativas a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas; pero éstas «no pueden transigir ni llegar a solución de avenencia sobre la legalidad de un acto administrativo, es decir, de una disposición unilateral en la que se exterioriza el imperium». En realidad, fuera de estas materias, según ciertos autores la transacción conllevaría una vulneración del principio de legalidad, pues implica una solución distinta a la «adecuada a Derecho», aquella que darían los jueces, a la que sustituye. Así, por ejemplo, según Clavero Arévalo («Posibilidades de transacción con la Administración local», Revista de Estudios de la Vida Local 74, 1954, p. 163) mientras que «la Administración se rige por el principio de legalidad y jurisdicción [...] la esencia de la transacción es ceder en parte, claudicar en parte de los derechos que corresponden a quienes transigen, y no debemos olvidar que la Administración encuentra su vida reglada en la ley, no puede ceder ni transigir en aquellos derechos que, en función del interés público, le vienen otorgados indeclinablemente por el interés objetivo». Y más adelante sostendrá este autor que «si el origen de los derechos de la Administración es el derecho objetivo, con carácter indeclinable, la transacción no deberá intentarse; si, por el contrario, esos pretendidos derechos son contrarios a la Ley, tampoco debe transigirse, sino darle plena razón en vía gubernativa al administrado» (pp. 166 y 167), admitiendo a continuación que solo en casos de revisión de la discrecionalidad se podría justificar la idea transaccional (p. 167).

to, de una potestad discrecional. Por el contrario, cuando el acto es nulo, es decir, está afectado por los vicios más graves, la Administración pública está obligada a anularlo (salvo las excepciones que prevé el art. 106 LRJ-PAC). Y así, la Administración no podrá transigir sobre un acto «nulo», porque estaría renunciando al ejercicio de una potestad, por lo que la transacción celebrada sería igualmente inválida; pero sí lo podrá hacer respecto a un acto anulable, pues simplemente se compromete a ejercer su potestad en determinado sentido, previa valoración del interés general¹².

Esta solución, ¿puede ser importada a nuestro ordenamiento? Si bien no es directamente aplicable a la actuación de la Administración pública, tiene interés lo dispuesto por los arts. 1308 y 1309 del Cc.. Así, según el primero la transacción sólo puede tener por objeto obligaciones dudosas o litigiosa anulables (siempre que además las partes conozcan el vicio), pues si fueran nulas, también lo sería la transacción. Sin embargo, el art. 1309 Cc. establece una excepción a esta regla, pues cuando la duda o controversia gire en torno a la validez del acto, se admite la transacción tanto si está afectado por un vicio de nulidad como si se trata de un vicio de anulabilidad.

En consecuencia, en el Derecho privado se admite la transacción incluso sobre actos nulos, algo no tan extraordinario, ya que las partes de la relación gozan de la autonomía de la voluntad suficiente como para reemplazarla por otra distinta *también en este caso*. Sin embargo, como ya se ha indicado, la Administración no goza de dicha autonomía de la voluntad, lo que ha llevado incluso a negar la posibilidad de que ésta transe, o a limitar dicha capacidad a los conflictos que tengan por objeto actos anulables. Por tanto, la solución del Cc. no es trasladable a la Administración pública, debiendo obtenerse ésta a partir de la interpretación y aplicación de su ordenamiento común y normal: el Derecho administrativo¹³.

Y el primer obstáculo para trasladar la teoría de HUERGO LORA al Perú se encuentra en el régimen jurídico de la invalidez previsto por la LPAG. Así, según esta norma en nuestro ordenamiento únicamente existiría la nulidad de pleno derecho, lo que sería equivalente a una prohibición general de la transac-

¹² Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial..., cit., pp. 110 y ss.

¹³ Sobre esta expresión y su contenido, véase el conocido trabajo de Clavero Arévalo, M., «Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal», en Estudios de Derecho administrativo, Civitas, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.; antes publicado en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1952, pp. 544 y ss.

ción. Sin embargo, dicha consagración de la nulidad de pleno derecho es *meramente formal*, porque en realidad bajo dicha denominación la LPAG recoge la anulabilidad, tanto por la prescriptibilidad de la acción como porque exige para que la Administración pública revise sus actos de oficio no sólo su inadecuación al ordenamiento jurídico, *sino también que así lo recomiende el interés general*. Es decir, el único «grado de invalidez» reconocido expresamente en el Perú sería la anulabilidad¹⁴, con lo que la solución sería justamente la contraria a la que inicialmente apuntábamos: un reconocimiento general de la posibilidad de que la Administración transe cuando se discuta la validez de sus actos.

No obstante, es preciso hacer una salvedad: aunque no esté prevista expresamente, sería conveniente introducir una categoría especial, que permita la anulación de los actos más gravemente viciados más allá de los plazos de recurso. Este papel, como sucede en Francia o en el Derecho comunitario, quizá lo podría jugar la «inexistencia», con la consecuencia de que los conflictos sobre los actos afectados por estos vicios no serían susceptibles de transacción: se trataría de vicios «de orden público», y por tanto la Administración pública estaría obligada a declararlos.

3.3. La disponibilidad sobre las prestaciones recíprocas y la transacción en el Derecho administrativo

No basta que la materia litigiosa sea disponible para que la transacción sea válida: es necesario además que sean también disponibles las prestaciones a las que se obligan las partes en el acuerdo¹⁵. Al respecto, y a diferencia de lo que sucede entre los particulares, existen ciertos límites para las prestaciones que puede comprometer la Administración, pues no podría obligarse a dictar un acto administrativo, respecto a una relación distinta a la litigiosa, a cambio de

¹⁴ Al respecto, puede verse mi trabajo, «La ley 27444, de Procedimiento Administrativo General, y la mal llamada «nulidad de pleno derecho», en RPJ 48, 2006, Compendio especializado, pp. 7 y ss.

¹⁵ La importancia del elemento de las «recíprocas concesiones» es tal que para algún autor su existencia es la que determina qué materias son transables, pues «cuando el debate sea un objeto insusceptible de modular en intensidad, calidad o cantidad, cuando no se pueda optar más que entre blanco o negro, nos hallamos ante una materia insusceptible de transacción, ya que no pueden hacerse recíprocas concesiones sobre ese objeto como lo exige la naturaleza de la institución transaccional» (Loperena Rota, D., *La transacción...*, cit., p. 236).

una contraprestación, que bien puede ser la renuncia del interesado a impugnar esta última. En este caso, siempre que el nuevo acto no tenga relación con el interés general que se buscaba alcanzar con el primero, se estaría ejerciendo una potestad administrativa para fines distintos a los previstos por el ordenamiento, con lo que se incurriría en una desviación de poder¹⁶.

No obstante, quizá el tema más interesante que este segundo requisito plantea se da en la contratación pública, donde justamente la transacción parece encontrar su campo de aplicación más importante. Así, y limitándonos a la fase de la ejecución contractual, pudiera ser que en ésta surjan controversias entre la Administración y el contratista respecto al contenido de sus obligaciones, y que podrías solucionar mediante un acuerdo, consecuencia de una conciliación. Sin embargo, a diferencia de lo que sucede cuando dos particulares contratan entre sí, en este caso el contenido del acuerdo estará limitado por el contenido del acuerdo original, pues lo contrario implicaría desconocer el principio de inalterabilidad del contrato, y convertir en letra muerta las exigencias del procedimiento de selección de contratistas.

A diferencia de los particulares, la Administración no contrata con quien quiere, sino con quien puede, debiendo para ello adecuarse a un procedimiento, que pretende asegurar la satisfacción del interés general (ha de adjudicarse el contrato a la mejor oferta) como la concurrencia entre todos los interesados, que tienen igual título para optar a un bien de titularidad pública, es decir, al que todos tienen el mismo derecho. Así, mientras que en los contratos privados se pone en juego la justicia conmutativa, los contratos públicos son expresión de la justicia distributiva¹⁷.

¹⁶ Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 116.

¹⁷ Sobre los contratos públicos como actos en ejercicio de la justicia distributiva, y, por tanto, actos en ejercicio de la potestad pública, pues sólo ésta puede otorgar y denegar lo que es «cosa pública», véase Martínez López-Muñoz, J. L., «Naturaleza de los contratos públicos a la luz del Derecho español, su fundamento y sus consecuencias», en *Derecho administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 960; y, del mismo autor, «Prólogo» al libro de Macera Tiragallo, B.-F., *La teoría francesa de los actos separables y su incorporación por el Derecho público español*, Cedecs, Barcelona, 2001, pp. 23 y ss. Esta esencial diferencia entre los contratos públicos (tanto administrativos como privados de la Administración) y los contratos celebrados entre privados es desconocida por Cantuarias Salaverri («El arbitraje frente a la ley orgánica del sistema nacional de control y de la contraloría general de la República», RIAM, 2004, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/artarbcont.html>), para quien el hecho de que los recursos invertidos en las obras públicas no sean de libre disposi-

Por tanto, al contratar la Administración debe someterse a unas reglas, y según ellas elegir la mejor propuesta. Pero si cambia el contenido del contrato, mejorando la situación del contratista, todos aquellos que participaron en el procedimiento y que presentaron sus ofertas según la convocatoria original se podrían ver perjudicados, ya que ¿quién asegura que no hubieran sido los adjudicatarios según las nuevas condiciones? En consecuencia, estas modificaciones estarían prohibidas, *incluso cuando se producen de mutuo acuerdo*, siempre que supongan para el contratista beneficios superiores a los previstos al adjudicarse el contrato, en aplicación del «principio de inalterabilidad», que encuentra su razón de ser en la igualdad de los ciudadanos ante los beneficios públicos¹⁸. En consecuencia, se trata de un límite a la transacción que conviene no olvidar¹⁹, y que haría conveniente que dichos acuerdos sean también publicados en el portal del Sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado (www.seace.gob.pe), como una exigencia del principio de transparencia.

ción no cambia la naturaleza del contrato, que sigue siendo un simple y común contrato de obra. Es un contrato de obra, sí, pero un contrato público de obra: de allí las especiales características de su fase *in fieri*.

¹⁸ En palabras de de Solas Rafecas (*Contratos administrativos...*, cit.) «de nada serviría exigir un procedimiento de selección de contratistas si, posteriormente, pudieran las partes modificar el contrato» (p. 40). Así, se busca evitar que el contratista «obtenga un beneficio económico superior al previsto en la licitación o unas condiciones para el cumplimiento de sus obligaciones mejores que las inicialmente establecidas. De no ser así, los otros particulares concurrentes a la licitación podrían haber presentado unas proposiciones diferentes o quienes no concurrieron podrían haberlo hecho» (p. 43). No obstante, este principio no impide toda modificación del contenido del contrato (admitida como consecuencia del ejercicio del *ius variandi*), sino «únicamente podrá requerir que la alteración no suponga para el contratista unos beneficios superiores a los previstos en el momento de la adjudicación y perfeccionamiento del contrato» (p. 43)

¹⁹ Como bien indica Sergio Hinojosa («Concesiones de obras públicas, espacios para la renegociación y fuentes de controversias», *Thémis-Revista de Derecho*, 39, 1999, pp. 121 y ss.), son muchas las situaciones que durante la vida de un contrato de concesión pueden aconsejar su modificación, y que pueden conllevar una «renegociación» (o transacción), cuyo objeto se limita al monto de las indemnizaciones que, en caso de perjuicio, debe recibir el contratista, y las condiciones a que deba sujetarse la realización de nuevas obras y su repercusión en el régimen económico de la concesión (p. 124). Sin embargo, estas «transacciones» tendrán que realizarse con mucho cuidado, ya que no pueden implicar una mejoría de la situación del contratista, que vulnerase el derecho de quienes pretendieron convertirse en adjudicatarios del contrato.

4. El arbitraje en el Derecho administrativo peruano

Pese a la importancia que en algunos supuestos pueda llegar a tener la conciliación o la transacción, la realidad muestra que las partes no suelen ponerse de acuerdo, y requieren de la intervención de un tercero para que solucione la controversia, sometiéndose, esta vez sí, a Derecho. Es decir, para que se resuelva la disputa intentando determinar cuál *debería ser* el contenido de la relación litigiosa, sin limitarse a sustituirla por otra nueva o distinta. Y este papel le corresponde a los jueces y árbitros. De allí la importancia de la institución del arbitraje, cuyo análisis abordaremos a continuación, centrándonos en dos aspectos que, a partir de nuestra legislación, pueden ser debatidos: las materias arbitrables y la constitucionalidad de un arbitraje obligatorio.

4.1. La más que probable inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio: una propuesta de solución

4.1.a. *El arbitraje obligatorio es inconstitucional...*

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, nuestra Constitución hace numerosas referencias al arbitraje, cuya admisión por tanto no dejaría ningún tipo de dudas. Así, el art. 62 CP establece que los conflictos derivados de la relación contractual *sólo se solucionan en la vía arbitral o la judicial*, previsión que el art. 63 CP completa, al indicar que también el Estado puede recurrir al arbitraje para solucionar dichos conflictos. Finalmente, el art. 139 CP, quizá el más importante para la cuestión que abordamos en este epígrafe, establece como un principio de la función jurisdiccional su unidad y exclusividad, indicando que «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral».

¿Cuáles son las características del arbitraje? Sin ánimo de profundizar en esta cuestión, bien puede decirse que dos de sus notas típicas son la voluntariedad, que influye tanto al tomar la decisión de someter el conflicto a arbitraje como al designar árbitros, y que excluye un control judicial, salvo los tasados supuestos de recurso de anulación contra los laudos. Es decir, el arbitraje es un procedimiento esencialmente voluntario por el cual se decide someter la controversia al conocimiento de un tercero, para que éste la resuelva, con los mismos efectos que tendría una sentencia firme dictada por un juez.

En consecuencia, el carácter voluntario del arbitraje parece excluir, por definición, la posibilidad de que éste sea impuesto obligatoriamente. Es decir, una ley no podría establecer como obligatorio el sometimiento a arbitraje de determinados conflictos, excluyendo así su control judicial, pues esto sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, y crearía una «jurisdicción especial»²⁰. La razón de dicha exigencia radica en que mediante «el convenio arbitral, las partes renuncian a la tutela judicial a la que tienen derecho y la sustituyen por una forma alternativa de tutela, el arbitraje [y] tal desapoderamiento [...] del ejercicio de un derecho fundamental sólo es admisible en cuanto se basa en el consentimiento explícito de su titular»²¹. Al respecto existe una gran unanimidad doctrinal²², y tal ha sido además la postura asumida por el Tribunal constitucional español (TCE) cuando el asunto les fue planteado.

Así, el TCE consideró inconstitucional el primer párrafo del art. 38.2 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, que presumía incorporado a todo contrato un convenio arbitral, salvo cláusula en contrario, pues en la práctica implicaba la obligación de acudir a la vía arbitral, ya que no eran muchas las posibilidades que se tenía de convencer de lo contrario a la otra parte. En palabras del TCE, «la autonomía de la voluntad de las partes —de todas las partes— constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuando que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. Por tanto, resulta contrario a la Constitución que la Ley suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje de la Junta que es lo que hace en el párrafo primero del artículo 38.2. La primera nota del derecho a la tutela consiste en la libre facultad que tiene el demandante

²⁰ La situación es distinta respecto al establecimiento de mecanismos obligatorios de conciliación, pues nada obliga a llegar a un acuerdo y a excluir así el control judicial.

²¹ Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 154.

²² Así, en este sentido, además del trabajo citado en la nota previa, véanse Tornos Más, J., «Medios complementarios a la resolución judicial de los conflictos administrativos», RAP 136, 1995, p. 160, por nota; y Trayter Jiménez, J. M., «El arbitraje de Derecho administrativo», RAP 143, 1997, p. 80. Por su parte, Rosa Moreno (El arbitraje administrativo, cit., p. 79) se muestra «radicalmente opuesto» al arbitraje obligatorio, aunque no cuestiona su constitucionalidad. Pareciera que en contra se manifiesta Loperena Rota (La transacción..., cit., p. 250), quien, al analizar el art. 107 de la LRJ-PAC, afirma que «no [le] convence el argumento de que el arbitraje es voluntario o no es arbitraje». Sin embargo, lo cierto es que a la figura prevista en el art. 107 LRJ-PAC le faltan todos los elementos característicos del arbitraje, pues no sólo puede ser forzosa, sino que no es «alternativa» a la vía judicial, pues únicamente sustituye al recurso administrativo, por lo que el «laudo» sería impugnabile ante la JCA.

para incoar el proceso y someter al demandado a los efectos del mismo. Quebranta, por tanto, la esencia misma de la tutela judicial tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella»²³. De allí que algún autor haya sostenido que el arbitraje, más que un mecanismo «alternativo» para la solución de conflictos, es en realidad un mecanismo «complementario» a la vía judicial²⁴.

Sin embargo, nuestra legislación de contratos públicos establece un procedimiento arbitral obligatorio. ¿Es esto constitucional? Según lo expuesto previamente, todo parece indicar que no. Pero, ¿son trasladables estos argumentos a nuestro ordenamiento, o aquí sí sería admisible un arbitraje forzoso? La razón de esta duda radica en la redacción del ya citado art. 139 CP, según el cual «no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, *con excepción de la militar y la arbitral*». ¿Implica este artículo otorgarle al arbitraje el carácter de «jurisdicción especial», con lo que quedarían salvados los obstáculos que planteaba la constitucionalidad de las leyes que lo impusieran de modo forzoso?

Al respecto, creemos que el arbitraje es voluntario o no es arbitraje, y nuestra Constitución no puede haber estado ajena a este asunto. Por tanto, el art. 139 CP debe interpretarse como una admisión *expresa* de la constitucionalidad del arbitraje, en tanto implica —en los casos en que así lo pacten las partes— la exclusión del control judicial sobre ciertas materias. Es decir, únicamente se pretende admitir que las partes puedan, de común acuerdo, negar la *exclusividad* de la función judicial, resolviendo sus conflictos extrajudicialmente con la misma eficacia que una sentencia, pero en modo alguno negar que esto, en tanto

²³ Fundamento jurídico 3º de la STCE 174/1995, de 23 de noviembre. Al respecto, puede verse el trabajo de Carazo Liébana, M^a. J., «Sobre la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en materia de transporte (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de noviembre de 1995)», *Revista de Derecho Mercantil* 222, 1996, pp. 1305 y ss. Sobre esta cuestión también puede citarse la STCE 56/1990, que en su fundamento jurídico 47 establece que admitir el arbitraje obligatorio implicaría reconocer una Jurisdicción especial. Por su parte, la Corte costituzionale italiana también se ha manifestado en contra de la constitucionalidad del arbitraje obligatorio, especialmente a partir de la sentencia 127/1977, de 14 de julio. Finalmente, cabe mencionar que la administrative dispute resolution Act (Public Law 101-552, 101st Congress) insiste también en el carácter voluntario del arbitraje en más de una ocasión: § 582.a, §582.c, y §585. Puede encontrarse una traducción y comentario de esta norma en Delgado Piqueras, F., «La «administrative dispute resolution Act» de los Estados Unidos: introducción, traducción y notas», *RAP* 131, 1993, pp. 557 y ss.

²⁴ Tornos Más, J., «Medios complementarios...», *cit.*, p. 152.

renuncia al derecho a la tutela judicial efectiva, sólo pueda hacerse de común acuerdo.

No obstante, es cierto que no faltará quien argumente que, al imponer el arbitraje o al establecer que serán obligatorias cláusulas arbitrales en ciertos contratos, siempre queda en las manos de las partes, de cada una de ellas, el decidir si contratar o no: si una de ellas no quiere someterse a arbitraje, que no contrate²⁵. Sin embargo, este argumento nunca podrá ser empleado en el caso de los contratos públicos, porque entre éstos y los privados existe una gran diferencia: cuando contrata la Administración, lo hace distribuyendo bienes a los que todos tienen igual título para optar. En consecuencia, en este caso es aún más claro que no pueden establecerse cláusulas que impongan la elección entre someterse a arbitraje o no contratar, porque no sólo se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, sino también los principios propios de la contratación pública: quienes no estén dispuestos a renunciar a un derecho, no podrían ejercer otro.

Finalmente, en el caso de la Administración pública existe un argumento adicional para criticar la constitucionalidad de las fórmulas de arbitraje obligatorio, pues no debe olvidarse que el art. 148 CP establece que «las resoluciones administrativas que causen estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa». Es decir, la Constitución le reconoce a los particulares un derecho a impugnar mediante la acción contencioso-administrativa *todos* los actos administrativos que causen estado. Y, si bien un particular puede renunciar a ejercerlo, acudiendo al arbitraje, es cuando menos discutible que una ley pueda disponer de él, negándolo, como ocurriría si se imponen fórmulas arbitrales forzosas²⁶.

²⁵ Así, por ejemplo, en Cantuarias Salaverry, F., «Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales», *Advocatus*, 7, 2002-II, p. 182, por nota (también publicado en RIAM, 2003, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/arbitrajeestado.html>); y Kundmüller Caminiti, F., «Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en el marco formativo sobre contrataciones y adquisiciones del Estado: el arbitraje de Derecho administrativo», *RJP* 51, 2003, p. 229.

²⁶ En consecuencia, no compartimos la posición de Kundmüller Caminiti («Obligatoriedad del arbitraje...», cit., pp. 218 y 220), quien admite la obligatoriedad del arbitraje en el LCAE, exigiendo únicamente que «las partes involucradas conozcan a cabalidad que dicha «obligatoriedad» existe y cuáles son sus consecuencias respecto del arbitraje» (p. 218).

4.1.b. ... al menos cuando se refiere al contratista. Una solución práctica para un problema teórico.

Sin embargo, lo cierto es que si el arbitraje no fuera obligatorio, se convertiría con casi total seguridad en una posibilidad más teórica que real, reconocida en las normas pero no utilizada en la práctica, debido a que los funcionarios encargados de decidir evitarían recurrir a él, debido al lógico temor que en ellos generaría la amenaza de cualquier posible «responsabilidad» que pudiera exigir-seles si el laudo no era favorable para la Administración pública, por haberse apartado del camino «normal», el judicial, en donde además aquella gozaba de todas las ventajas propias de su condición de demandada.

Por tanto, se hace necesario, desde un planteamiento pragmático, hallar una salida que permita salvar la inconstitucionalidad del arbitraje forzoso y que al mismo tiempo permita que el arbitraje funcione y sea utilizado. Afortunadamente, dicha solución existe. Así, bastaría con establecer que la Administración pública en ciertas materias (como la contratación pública) tendrá que acudir al arbitraje, salvo decisión motivada en contra, para invertir la tendencia y convertirlo en la regla general. Si los funcionarios tuvieran que justificar el no acudir al arbitraje, ese mismo temor que antes les impedía utilizarlo, les haría ahora emplear dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Así, este sistema tiene dos ventajas: permite alcanzar los fines que con la introducción del arbitraje se buscan, respetando además la naturaleza de éste, y sin desconocer ningún derecho fundamental. Sin entrar a la debatida cuestión de si la Administración pública tiene «derechos fundamentales», y entre ellos el de tutela judicial efectiva²⁷, el mecanismo propuesto no lo afectaría en ningún

²⁷ La discusión en torno a si las personas jurídicas públicas pueden ser titulares de derechos fundamentales ha sido apasionante, y de ella hemos dado cuenta ya hace algunos años (Véase Abruña Puyol, A., Baca Oneto, V. S., y Zegarra Mulánovich, A. «Algunas ideas para el estudio de la autonomía universitaria en el ordenamiento peruano», *Revista de Derecho de la Universidad de Piura* 1, 2000, pp. 23 y 24. Así, en contra de lo sostenido por autores como Lasagasbaster («Derechos fundamentales y personas jurídicas de Derecho público», en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 651 y ss.) y Díaz Lema («¿Tienen derechos fundamentales las personas jurídico-públicas?», *RAP* 120, 1989, pp. 79 y ss.) quienes bajo ciertas circunstancias les reconocen algunos derechos, como el de tutela judicial efectiva, creemos que las personas jurídico-públicas no pueden ser titulares de derechos fundamentales, pues su propia existencia no es anterior a su reconocimiento jurídico. Además, como ha reconocido el TCE en su sentencia 64/1988, en los artículos que establecen los principios de tutela

caso, porque el arbitraje no se convierte en forzoso (pues podría apartarse de él mediante resolución motivada): sino simplemente en «preferente», salvo que el interés general exija excluirlo, todo ello en virtud del principio de vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico.

Sin embargo, no hay sistema perfecto, y el arriba indicado no se libra de algunas críticas. Como algún autor ha sostenido, el control judicial de la actividad de la Administración pública es también un mecanismo de protección del interés general y del principio de legalidad, y en ciertos casos éstos podrían verse afectados cuando se acude al arbitraje, ya que la actividad administrativa sería enjuiciada por un sujeto nombrado, al menos en parte, por la propia Administración²⁸. De allí la importancia de determinar claramente en qué materias el arbitraje es posible y en cuáles no, para evitar que se convierta en una vía de escape al control judicial de la actividad administrativa.

4.2. El ejercicio de potestades administrativas y los límites de las materias arbitrables

4.2.a. Lo que dice la teoría general: la indisponibilidad del ejercicio de potestades públicas como límite al arbitraje

Así, es cuando menos discutible que el arbitraje forzoso sea constitucional. Pero, ya sea voluntario u obligatorio, ¿sobre qué materias es posible que la Administración pública se someta a un arbitraje? Al respecto, la doctrina exige la «disponibilidad» de la materia²⁹, lo que se encuentra recogido en el art. 1.4 LGA, que excluye las materias «directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público». Es decir, se excluyen expresamente del arbitraje los conflictos que versen sobre el ejercicio de potestades administrativas. No obstante, el problema no se soluciona con dicha

judicial efectiva «no sólo se reconocen derechos fundamentales, sino también objetivas garantías del procedimiento judicial del Estado de Derecho, por lo que ha podido ser establecido que pueden reconocerse a favor de organizaciones estatales». Es decir, se predicán igualmente de estas últimas, pero en tanto garantías objetivas del procedimiento.

²⁸ Sobre este riesgo, véase Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 205.

²⁹ Por todos, véase Cassese, S., «L'arbitrato nel diritto amministrativo», RTDP 2-1996, pp. 324 y ss.

afirmación, sino que únicamente se pospone, pues ahora es preciso preguntarse cuándo nos encontramos ante una de esas materias excluidas.

En general, puede decirse que el control de validez o invalidez de los actos por los cuales la Administración pública ejerce sus potestades está excluido del arbitraje. Así sucede, por ejemplo, en el Derecho alemán³⁰ o en el Derecho italiano³¹. Por su parte, en el Derecho francés se excluye del arbitraje, como regla general, el contencioso de la legalidad³², porque «la Administración no puede disponer sobre los bienes y derechos de que es titular (sea cual sea su contenido) y porque no puede liberarse a voluntad del control de la jurisdicción administrativa, que es a lo que llevaría directamente el arbitraje»³³. Finalmente, en el ordenamiento jurídico español también se sostiene que «cuando la Administración ejecuta potestades y dicta actos unilaterales difícilmente podrá admitirse que, en caso de oposición de un particular, pueda la propia Administración remitir la solución del conflicto (en el que se discutirá su apreciación de lo que sea de interés general) a un tercero ajeno al orden jurisdiccional. En todos estos supuestos [...] la decisión administrativa solo puede ser revisada por un órgano administrativo o por el Poder judicial»³⁴. Y así, para gran parte de la doctrina sólo podrán someterse a arbitraje las controversias patrimoniales y, especialmente, las que surjan respecto a la *ejecución e interpretación* de un contrato público³⁵.

³⁰ Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial..., cit., p. 179.

³¹ *Ibidem*, p. 189.

³² Entre otros, Jarrosson, Ch., «L'arbitrage en droit public», AJDA 1997, p. 20; y Patrikios, A., L'arbitrage en matière administrative, LGDJ, Paris, 1997, pp. 65, 66, 82 y 186 (el entrecuillado en esta última), para quien «con seguridad es inadmisibles reconocer a los árbitros la potestad de anular actos dictados por los titulares del poder público, actos que sólo pueden ser anulados por los órganos de la jurisdicción administrativa siguiendo el procedimiento legalmente establecido» (citado por Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial..., cit., p. 186, por nota). Sin embargo, los límites al arbitraje se difuminan considerablemente cuando se trata de arbitrajes internacionales, caso en que la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 13 de junio de 1996, asunto société KFTCIC c. société Icori Estero et autre, ha establecido que no debe tenerse en cuenta la legislación estatal, sino solo las exigencias del orden público internacional, que prohibiría valerse de las disposiciones de orden interno o de la ley del contrato para sustraerse a un arbitraje previamente convenido.

³³ Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial..., cit., p. 187.

³⁴ Tornos Más, J., «Medios complementarios...», cit., p. 176...

³⁵ Huergo Lora, A., La resolución extrajudicial..., cit., p. 197 (aunque este autor - pp. 203 y ss.- expresa grandes reservas para admitir el arbitraje en cuestiones jurídico administrativas, reservando esta técnica a supuestos excepcionales, como las grandes inversiones o proyec-

No obstante, es preciso responder una objeción, que fácilmente podría plantearse. Y es que hemos admitido que las partes transen sobre una relación jurídica anulable, ¿por qué no podrían acudir al arbitraje en los mismos casos? Es decir, ¿por qué establecer más límites para el arbitraje que para la transacción? Y existe una razón, que justifica esta diferencia: mientras que la transacción únicamente impide el control de la validez de la relación litigiosa, pero no de aquélla que la sustituye ni tampoco de la concurrencia de los requisitos de la transacción; el arbitraje implica la exclusión de todo control judicial, salvo las causas tasadas de recurso de anulación de laudo (arts. 61 y 73 LGA)³⁶, de modo que es lógico que existan mayores reservas, pues podría servir como un instrumento para que la Administración desplace el interés público, cuya satisfacción debe buscar, amparada en que sus actos no serían controlables más que por unos árbitros en cuya designación ha intervenido³⁷.

4.2.b. *El Derecho peruano y el arbitraje en materia de contratación pública*

Como ya se ha indicado previamente, el art. 62 CP admite la posibilidad de solucionar mediante arbitraje los conflictos derivados de la *relación contractual*, previsión que el art. 63 CP extiende a los contratos de los que forme parte el Estado. En el plano legislativo, el art. 2 LGA autoriza que se sometan a arbitraje

tos de dimensión internacional); Tornos Más, J., «Medios complementarios...», cit., p. 176; Trayter Jiménez, J. M., «El arbitraje...», cit., p. 95. Por su parte, Rosa Moreno (El arbitraje administrativo, cit., pp. 108 y ss.), admitiendo la aplicación del arbitraje a las materias contractuales, entiende que también sería aplicable en todos los litigios que versen sobre determinación de cantidad (como la expropiación forzosa o la responsabilidad patrimonial de la Administración) y en el ejercicio de potestades discrecionales. Sin embargo, Huergo Lora (La resolución extrajudicial..., cit., pp. 198 y ss.) se pronuncia en contra de la admisibilidad del arbitraje en este último supuesto, pues la discrecionalidad habría existido antes de la toma de la decisión, y no cuando ésta es objeto de litigio. También en contra de que sea posible recurrir al arbitraje cuando se trate del ejercicio de potestades discrecionales, porque la Administración tampoco en este caso dispone de autonomía de la voluntad, Sanz Rubiales, I., «Algunos problemas de la regulación de los Contratos Públicos en el Derecho peruano», en Derecho administrativo, Jurista Editores y Asociación peruana de Derecho administrativo, Lima, 2004, pp. 657 y 658.

³⁶ De no ser así, si la legalidad de los laudos arbitrales pudiera ser discutida ante el Poder judicial, el arbitraje perdería toda utilidad y sentido. En este sentido, por ejemplo, Carazo Liébana M^a. J. «Sobre la constitucionalidad...», cit., 1317 y 1318.

³⁷ HUERGO LORA, A., La resolución extrajudicial..., cit., p. 175.

«las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas de derecho público entre sí»³⁸. Finalmente, el art. 53.2 LCAE dispone que «las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o *invalidéz*, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje», previsión que es completada en otros artículos y en el RLCAE.

4.2.b.1. El arbitraje sobre la validez o invalidez del contrato

Habitualmente, la doctrina limita el papel del arbitraje a los conflictos surgidos en torno a la *ejecución e interpretación* de los contratos públicos; es decir, a aquellas controversias que versen sobre la *relación contractual*, como lo dispone la CP, y no sobre la validez del acto que la origina³⁹. La razón es simple: ya sea que se acepte la teoría de los actos separables⁴⁰ o se entienda que ésta es innecesaria por nacer el contrato de un acto administrativo unilateral⁴¹, lo cierto es que se

³⁸ Por su parte, el art. 92 LGA establece una disposición similar para el «arbitraje internacional», que en el caso del realizado fuera del país Cantuarias Salaverry («Participación...», cit., p. 179) denomina «extranjero».

³⁹ Sobre la diferencia entre el negocio jurídico y la relación jurídica que éste crea, regula, modifica o extingue, pueden verse, entre muchos otros, los trabajos de de Castro, F., *Derecho civil de España*, I, Civitas, Madrid, 1984, reproducción facsímil de la edición original del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos de 1949, p. 103, por nota; Díez-Picazo, L., «Los llamados contratos forzosos», ADC 1959, pp. 101 y ss.; y Pérez Serrano, N., «El nuevo sentido del contrato», RDPr 1943, p. 477.

⁴⁰ Así, por ejemplo, según Patrikios (*L'arbitrage en matière administrative*, LGDJ, Paris, 1997, citado por Huergo Lora, A., *La resolución extrajudicial...*, cit., p. 186), es dudoso que se pueda someter a arbitraje una cuestión litigiosa relativa a los actos separables de un contrato, mientras que sí podría hacerse en otro tipo de cuestiones encomendadas a la jurisdicción administrativa, como las relativas a la responsabilidad contractual.

⁴¹ Sobre el nacimiento «unilateral» del contrato público, que es tal por contener una verdadera relación contractual, véase Martínez López-Muñoz, J. L., «Naturaleza de los contratos públicos...», pp. 947 y ss.; y también los trabajos de de los Mozos Touya, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, pp. 337 y 348 y ss.; Macera Tiragallo, B.-F., *La teoría francesa...*, cit., passim; y Monedero Gil, J. I., *Doctrina del contrato del Estado*, IEF, Madrid, 1977, passim; así como mi tesis doctoral, dirigida por el prof. Martínez López-Muñoz, y titulada *La invalidez de los contratos públicos*, de pronta publicación.

estaría discutiendo la adecuación a derecho de un *acto administrativo*, por el que la Administración pública ejerce una potestad, al distribuir bienes a los que todos tienen igual derecho a optar. Y, como hemos visto más arriba, la doctrina excluye este supuesto de la aplicación del arbitraje.

Sin embargo, nuestra legislación, empleando un criterio muy discutible, no cumple con estas condiciones. Así, en primer lugar, el art. 53.2 LCAE, establece que «las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o *invalidez*, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje». Es decir, somete a arbitraje una controversia sobre la *validez* del contrato, siempre y cuando surja una vez que éste haya sido suscrito, lo que únicamente podría ocurrir en los casos previstos en el segundo párrafo del art. 57 LCAE: cuando el contrato sea inválido por haberse desconocido los requisitos de capacidad indicados en el art. 9 LCAE. En estos supuestos solo sería posible la declaración de oficio de invalidez (al haber quedado firme el contrato para todos los postores no adjudicatarios), estableciendo el art. 202 RLCAE, que todos los conflictos referidos a dicha revisión de oficio se podrán someter a conciliación y/o arbitraje⁴². Es decir, pareciera que nuestra legislación permite discutir, vía arbitraje, el ejercicio de la potestad de revisión de oficio... lo que es ciertamente criticable, además de contradictorio con lo dispuesto por el art.1 inciso 4 LGA, que, con razón, excluye del arbitraje el ejercicio de potestades públicas.

4.2.b.2. El arbitraje en la ejecución del contrato

El campo propio del arbitraje en el Derecho público son «los conflictos que surjan en la aplicación e interpretación de toda clase de contratos y convenios celebrados por la Administración»⁴³. Es decir, como bien dice nuestra Constitución, las controversias referidas a la «relación contractual», o, como dice el

⁴² A estos conflictos hay que entender que se refiere el art. 274 RLCAE, según el cual, si las partes no cumplen con incorporar un convenio arbitral, se entenderá incluido de pleno derecho una cláusula estableciendo que «todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho...», previniéndose una cláusula similar para el Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje de CONSUMECODE.

⁴³ Trayter Jiménez, J. M., «El arbitraje...», cit., p. 95.

art. 41.b LCAE, todas las que surjan durante la etapa de ejecución del contrato, en las que se incluyen las referidas a la recepción o liquidación (arts. 234 y 269 RLCAE), la resolución (arts. 227 y 267 RLCAE), las valoraciones o metrados (art. 257 RLCAE), la ampliación de plazo (art. 259 RLCAE), las observaciones respecto a la recepción de la obra (art. 268 RLCAE), y, en general, toda controversia derivada del contrato, incluso por vicios ocultos (art. 270 RLCAE).

Sin embargo, tampoco en este supuesto el arbitraje se libra de dificultades. Así, por ejemplo, no es posible oponer reparo alguno a un arbitraje respecto del monto de la liquidación. Pero no sucede lo mismo en otros casos, en donde es posible que nos encontremos ante el ejercicio de potestades públicas, como sucede con el ejercicio del *ius variandi*, al que ARIÑO ORTIZ llama *potestas variandi*⁴⁴, supuesto en que se ha discutido la admisibilidad del arbitraje, dado que estaría enjuiciándose la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una potestad administrativa⁴⁵.

En realidad, esta dificultad de encaje del arbitraje puede explicar uno de los asuntos más controvertidos de la legislación peruana, como es la exclusión que hace el art. 41.b de «las controversias surgidas en la ejecución de adicionales de obra, metrados no previstos contractualmente y mayores prestaciones de supervisión, respecto de las cuales la Contraloría General ejerce el control previo y serán resueltas por ésta de acuerdo a los procedimientos establecidos por el indicado Organismo Supervisor de Control para tal efecto»⁴⁶. Es discutible la

⁴⁴ Ariño Ortiz, G., Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos, IEA, Madrid, 1968, pp. 226 y ss.

⁴⁵ Sanz Rubiales, I., «Algunos problemas...», cit., pp. 657 y 658. Para una posición diametralmente opuesta, pues considera que principios como la universalidad y autonomía de la cláusula compromisoria y la potestad del Tribunal arbitral para definir su propia competencia justificarían la admisibilidad del arbitraje respecto a los actos administrativos contractuales, salvo que exista una previsión normativa en contra, véase Gil Echeverry, J. H., «El arbitraje en las relaciones del Estado», Primer congreso mundial de arbitraje - Ponencias y ejes temáticos. Panamá (18 al 22 de octubre de 1999), RIAM <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama/b-01.html>. No obstante, como dicho autor reconoce, sus afirmaciones no son compartidas por los Tribunales de Colombia, su país de origen.

⁴⁶ Esta norma debe ser concordada con el art. 23 LOCGR, según la cual la resolución de la CGR que resuelve las controversias surgidas en la ejecución de los adicionales de obra y aquellas por las cuales decide la ejecución o pago de dichos adicionales no serían controlables mediante arbitraje, de acuerdo al art. 1.4 LGA, al constituir actos en ejercicio de una potestad pública. Sobre esta cuestión, desde una postura muy crítica con los arts. 41.b

atribución a la CGR de la potestad de realizar este control y de las facultades que, según el art. 266 RLCAE, tiene para aprobar el gasto y también la ejecución de las obras adicionales (explicable esta última porque permite evitar que se realicen las obras y luego deban pagarse en todo caso para evitar el enriquecimiento sin causa) cuando superen al 15% del monto del contrato original. Sin embargo, su exclusión del arbitraje no es descabellada, porque se trataría del control de lo que habitualmente se sostiene que constituye un acto ejecutorio, dictado en ejercicio de una potestad administrativa: el *ius variandi*⁴⁷.

4.2.c. El arbitraje de inversiones

Finalmente, el arbitraje encuentra un campo especialmente propicio para su aplicación en los conflictos entre sujetos de distintas nacionalidades o entre un Estado y un extranjero, debido a las dificultades que se presentan al momento de decidir cuál será la jurisdicción encargada de resolver las controversias que pudieran presentarse, dada la recíproca desconfianza a un foro «controlado» por el otro. Y este campo está en crecimiento constante, por la cada vez mayor internacionalización del capital y de las inversiones, que pretenden atraerse garantizando la mayor seguridad jurídica posible. En dicho contexto han proliferado los TBI⁴⁸, y el CIADI, que durante muchos años apenas funcionó, ha visto notablemente

LCAE y 23 LOCGR, Campos Medina, A., «Limitación de resolver mediante arbitraje obras adicionales y mayores prestaciones en contratos de obra pública: ¿prohibición para arbitrar o licencia para incumplir», BJCCL año III, número 4, 2004, http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/4/voz_arbitro1.htm; Cantuarias Salaverry, F., «El arbitraje frente a la ley orgánica...», cit.; y Ortega Piana, M. A., «Algunas reflexiones sobre la competencia de la Contraloría General de la República respecto de los presupuestos adicionales de obra pública», *Advocatus*, 7, 2002-II, pp. 429 y ss.

⁴⁷ En contra, quizá influenciado por su condición de experto en Derecho civil y no en Derecho administrativo,

Ortega Piana («Algunas reflexiones...», cit., p. 434) sostiene que «resulta obvio que en lo referente a la aprobación de adicionales no está comprometido *ius imperium* alguno, por lo que no es razón suficiente que permita justificar la exclusión del arbitraje». Quizá pudiera discutirse, como ha sucedido, que se trate de una verdadera potestad pública, pero de ningún modo es «obvio», al menos para un publicista, que conozca la discusión sobre la sustantivación del contrato administrativo, que no lo sea.

⁴⁸ Son múltiples las referencias al crecimiento exponencial del uso de dichos Tratados. Así, por ejemplo, Kundmüller Caminiti, F., «El arbitraje entre inversionistas y Estados, el declive del antiguo modelo «estadocéntrico/moderno» de gestión de conflictos, la proliferación de

incrementada su actividad⁴⁹, cumpliendo su papel en los arbitrajes referidos a las controversias que surjan entre un Estado y un ciudadano extranjero, siempre que afecten a una inversión directa, derivada de un contrato público o no⁵⁰.

En relación al tema que justifica estas páginas, pareciera que en el arbitraje de inversiones no se aplicarían las limitaciones que hemos visto se predicaban del arbitraje en el Derecho interno. Así, ya hemos indicado más arriba que en el Derecho francés se ha considerado que sería contrario al orden público internacional excusarse en disposiciones de Derecho interno para no someterse a un arbitraje previamente pactado, más aún cuando el instrumento empleado para ello es otro Tratado: un TBI. Ello explicaría que incluso autores que defienden criterios muy restrictivos para la admisión del arbitraje en el ámbito interno, aceptan que «el Convenio ha de abarcar también controversias cuyo conocimiento correspondería normalmente a la jurisdicción contencioso-administrativa»⁵¹.

Entonces, ¿las limitaciones para juzgar la validez o invalidez de los actos administrativos solo funcionarían en el Derecho interno? Al respecto, y sin pretender profundizar demasiado en un tema —como el arbitraje de inversiones— que merecería un estudio más detallado, que no es el momento de hacer, quizá una solución se encuentre en el contenido de las «condenas» de estos arbitrajes. Así, si bien el Tribunal arbitral podrá evaluar la adecuación de la actuación pública al ordenamiento jurídico, en su decisión determina la *responsabilidad* del Estado (a la que se hace constante referencia en los trabajos sobre la materia), estableciendo las obligaciones pecuniarias a las que se refiere el art. 54 CIADI; pero sin anular el acto, con lo que se respetaría tanto su competencia como la regla de que la validez e invalidez de un acto administrativo no es materia de arbitraje, de modo que se evitaría cualquier posible conflicto con el Derecho interno⁵².

tratados bilaterales de inversión, el Derecho internacional de las inversiones, el ICSID, la globalización y otros temas, (des)integrados en diez puntos caleidoscópicos», en BJCCL, año III, número 6, 2005, www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/voz_arbitro3.htm

⁴⁹ Kundmüller Caminiti, F., «ICSID, «bella durmiente» despabilada ante la atronadora globalización y el fragor creciente de las controversias en materia de inversión extranjera», RIAM, 2003, <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/inversion.html>

⁵⁰ Sobre esta distinción, son interesantes las reflexiones de Gualde, A., «El arbitraje internacional, los servicios públicos y la defensa del Estado», DA 267-268, 2003-2004, pp. 445 y ss.

⁵¹ Huergo Lora, A., Resolución extrajudicial..., cit., p. 231.

⁵² Los laudos del CIADI no requieren de exequatur, lo que constituye una de sus indudables ventajas. Sin embargo, esto no implica que el Estado renuncie a sus privilegios en materia de ejecución de sentencias. Y así, si un laudo «anulara» un acto del Poder público (la controver

4.2.d. De vuelta al Derecho peruano: ¿es posible una reinterpretación de los límites del arbitraje? Dos posibles (y controvertidas) propuestas de solución

4.2.d.1. Primera alternativa: el contenido meramente patrimonial del laudo arbitral

Si en el ámbito del arbitraje de inversiones es posible conciliar los límites de dicha institución con sus exigencias, cabe preguntarse si es posible hacer lo mismo en el arbitraje interno, máxime cuando el art. 63 CP establece que la inversión extranjera y la peruana se someten a las mismas condiciones, algo que no se cumpliría si la primera tuviera más facilidades para solucionar arbitrariamente sus controversias con el Estado.

Pese a la extensión de la cita, nos permitimos transcribir un texto que puede darnos algunas luces al respecto: «la verdad es que es imposible transitar y definir el aspecto patrimonial generado por los actos administrativos contractuales, sin entrar a resolver primero la legalidad o ilegalidad de dichos actos. Así, por ejemplo, en un contrato de obra pública, la administración, haciendo uso de su facultad de terminación unilateral, declara la caducidad e impone multas al contratista supuestamente incumplido. El tribunal arbitral, para resolver los efectos patrimoniales producidos por la terminación unilateral, necesariamente debe entrar en el análisis de la legalidad o ilegalidad del acto administrativo de caducidad. Si el acto administrativo se expidió ilegalmente por falta de competencia, falsa motivación o por violación del procedimiento, el tribunal deberá concluir su ilegalidad, como requisito necesario para condenar a la administración en perjuicios. No es posible una condena patrimonial contra el Estado sin que los árbitros verifiquen y concluyan que el acto administrativo generador de perjuicios es ilegal, arbitrario o nulo»⁵³.

Pareciera que según este autor el Tribunal arbitral se limitará a «condenar a la Administración en perjuicios», aunque para ello deba enjuiciar la conformidad a derecho del acto. Pero, ¿sería preciso que lo anule? Es decir, si el laudo se limita a establecer una indemnización, la anulación podría ser innecesaria, más aun cuando genera tantos problemas teóricos. En consecuencia, cuando hay un acto en ejercicio de potestades, aunque se juzgue su legalidad, se hace como

sia también puede tener su origen en una ley), el Estado tal vez podría negarse a ejecutarlo, alegando que es contrario al orden público interno o referido a una materia no arbitrable, amparándose los incisos a) y b) del art. 5 de la Convención de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

⁵³ Gil Echeverry, J. H., «El arbitraje en las relaciones del Estado», cit..

condición para que el laudo declare la responsabilidad patrimonial, sin necesidad de anularlo «formalmente». Así se salvarían todos los intereses en conflicto: el particular obtendría (al menos por equivalente) la satisfacción que pretende, sin desnaturalizar la figura del arbitraje en Derecho público.

4.2.d.2. El arbitraje como proceso plenamente subjetivo: la innecesariedad de atribuirle carácter revisor

Sin entrar en detalle en esta cuestión, que excede de ámbito del presente trabajo, es de todos conocido el debate sobre el carácter revisor de la Jurisdicción contencioso-administrativa⁵⁴. Así, en un primer momento se entendió que ante ella sólo se realizaba un proceso objetivo de anulación, lo que, entre otras cosas, se traducía en la exigencia de un acto administrativo previo, cuya validez se discutía. Sin embargo, este esquema ha sido progresivamente abandonado, siendo reemplazado por otro cada vez más subjetivo, que tenga por finalidad el reconocimiento de las pretensiones del recurrente. Y así se ha llegado hasta el momento actual, en donde dicho carácter revisor sólo significa la exigencia de una «actuación» administrativa previa (ya no de un acto), cuya adecuación con el ordenamiento jurídico es el objeto central inexcusable de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que se enjuicia como un paso previo para reconocer cualquier pretensión del recurrente, que sólo puede ser amparada, evidentemente, cuando dicha actuación no se ajuste a Derecho.

Es decir, el proceso contencioso-administrativo mantiene, pese a todo, cierto carácter impugnatorio, y por tanto revisor, sin que, en consecuencia, se haya admitido un sistema plenamente subjetivo, aunque se haya ampliado considerablemente el catálogo de la actividad administrativa impugnabile⁵⁵. Así, por ejemplo se admiten las «pretensiones prestacionales», por las cuales se reacciona frente a la inactividad material de la Administración, pero sin pedir la anulación de ningún acto administrativo⁵⁶. En este caso no es necesario ningún pronun-

⁵⁴ Sobre esta cuestión, véase, por todos, el trabajo de Fernández Torres, J. R., *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, Madrid, 1998, *passim*.

⁵⁵ Sobre el carácter impugnatorio (revisor, diríamos nosotros) de la Jurisdicción contencioso-administrativa, puede verse el trabajo de Huergo Lora, A., *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 211 y ss., en especial pp. 217 y ss.

⁵⁶ Sobre esta cuestión, véanse los trabajos de González-Varas Ibáñez, S., «Comentario al art. 32 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa», REDA 1000, 1998, pp. 332 y ss.;

ciamiento anulatorio, sino que únicamente se acogen las pretensiones de las partes. No obstante, aun aquí la sentencia (aunque no tenga nada que anular, pues esto sólo puede hacerse con los actos administrativos) debe declarar la disconformidad entre la actuación (o la falta de actuación) de la Administración pública y el ordenamiento jurídico, como presupuesto para un pronunciamiento condenatorio.

Pese a las posibles deficiencias que en ella puedan detectarse, éste es el camino seguido por nuestra Ley del Proceso contencioso-administrativo, Ley 27584. Así, según el art. 1 de dicha norma, su finalidad es el control jurídico de las *actuaciones* (y no actos) de la Administración pública sujetas a derecho administrativo y la *efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados*. Por tanto, el proceso contencioso-administrativo no sólo pretende el control de la legalidad de los actos administrativos, sino que busca controlar el sometimiento a derecho de toda la actuación (que incluye la vía de hecho y la inactividad material) de la Administración, para satisfacer de este modo los derechos e intereses de los administrados, expresados en sus pretensiones, entre las que se incluyen las de reconocimiento de una situación jurídica individualizada o de plena jurisdicción (art. 5.2) y las de actuación material (art. 5.4).

Sin embargo, lo cierto es que en la mayoría de los casos existe un acto administrativo, que debe ser anulado previamente a cualquier otro pronunciamiento judicial, que reconozca las pretensiones del demandante. Es una realidad, y marca una impronta (necesaria) en la mentalidad de los jueces. ¿Y en la de los árbitros? Ante un conflicto en donde se discute la resolución de un contrato o la denegación de una ampliatoria de plazo, aparece inevitablemente el temido «acto administrativo» previo, y surgen las preguntas: ¿debo anularlo? ¿puedo anularlo?

Como hemos visto más arriba, es muy discutible que *pueda* hacerlo. Sin embargo, y planteando esto como una mera hipótesis de trabajo, cuya corrección ha de ser contrastada en un futuro luego de un análisis más riguroso (pues la admisibilidad del arbitraje cuando hay potestades administrativas en juego sigue estando en discusión), acaso no *deba* hacerlo. En el arbitraje las partes plantean sus pretensiones (empleando los ejemplos anteriores, piden que no se

y Sánchez Morón, M., «El objeto del recurso contencioso-administrativo», en Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, dir. Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M., 2ª edición, Lex Nova, Valladolid, 2001, pp. 185 y ss.

resuelva el contrato, que se otorgue una indemnización por la resolución o que se concedan las ampliatorias), y sería sobre ellas que los árbitros tendrían que pronunciarse. Liberados en este caso del carácter revisor que se le ha atribuido a la Jurisdicción contencioso-administrativa, podrían llevar a cabo un proceso plenamente subjetivo, en donde el control de la legalidad del acto administrativo no juegue un papel tan relevante. Así, tendrían que limitarse a determinar quien tiene razón, y para ello es lógico que tendrán que determinar la corrección jurídica de la actuación administrativa (es decir, de los argumentos esgrimidos por la Administración). Pero en el laudo podrían limitarse a acoger o denegar las pretensiones, sin anular acto alguno.

5. Conclusión

Lógicamente, ahora es preciso responder la pregunta con se iniciaba este trabajo: ¿se adecua siempre el empleo de los medios alternativos de solución de conflictos a los principios básicos del Derecho administrativo? En el caso de los métodos «autocompositivos» únicamente lo harán cuando exista «disponibilidad» sobre la relación litigiosa o sobre las prestaciones a las que se comprometen las partes en el acuerdo transaccional. De este modo quedarían excluidos los casos en que el acto que dio origen a dicha relación esté afectado por un vicio especialmente grave (aunque en Perú esto no queda tan claro, debido a la consagración real de la anulabilidad como único grado de invalidez normativamente reconocido), y aquellos en donde la incertidumbre no sea objetiva. Además, es preciso tener mucho cuidado para no afectar el principio de inalterabilidad de los contratos públicos.

Por otro lado, en el caso del arbitraje, es muy discutible que éste pueda ser forzoso, en tanto limitaría el derecho a la tutela judicial efectiva, algo especialmente importante cuando se trata de actos de la Administración, que según la Constitución han de poder ser impugnados. Además, incluso cuando las partes acuden voluntariamente al arbitraje, éste encuentra ciertas limitaciones en el Derecho público, pues debe tratarse de «materias disponibles», entre las que no se incluyen ni el ejercicio de potestades ni las controversias en torno a la validez o invalidez de los actos administrativos, también cuando hayan dado origen a una relación contractual. En estos casos el laudo no podrá *anular* el acto administrativo, aunque deba estudiar todas las cuestiones planteadas (incluyendo su conformidad a derecho), como fundamento para dictar una condena pecunia-

ria contra la Administración pública. Por otro lado, y como una solución alternativa, cabe plantarse si, superando el carácter revisor que se le atribuye a la Jurisdicción contencioso-administrativa, el arbitraje podría limitarse a reconocer las pretensiones de las partes, sin necesidad de anular acto administrativo alguno.

6. Abreviaturas utilizadas

BJCCL	Arbitraje on Line. Boletín Jurídico de la Cámara de Comercio de Lima
Cc.	Código civil peruano
CGR	Contraloría General de la República
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (por sus siglas en castellano, en inglés ICSID)
CP	Constitución política de 1993
DA	Documentación administrativa (España)
LCAE	Decreto Supremo 083-2004-PCM, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
LGA	Ley 26572, Ley General de Arbitraje
LPAG	Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General
LRJ-PAC	Ley 30/1992, del Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (España)
LOCGR	Ley 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República
RAP	Revista de Administración pública (España)
RIAM	Revista Iberoamericana de Arbitraje y Mediación
RLCAE	D.S. 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado
RJP	Revista Jurídica del Perú
RTDP	Rivista Trimestrale di diritto pubblico (Italia)
RPJ	Revista Peruana de Jurisprudencia
STCE	Sentencia del Tribunal Constitucional Español
TBI	Tratado Bilateral de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
TCE	Tribunal Constitucional español



Círculo Peruano de Arbitraje