

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERU
FACULTAD DE DERECHO**



Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

Informe sobre Expediente N° E-2427

Autora

Daniela Cecilia Bernui Garcés

Código de la alumna

20105689

Profesor revisor

Alfredo Soria Aguilar

Lima, 2020

Resumen: El presente trabajo pretende realizar un análisis sobre las relaciones contractuales entre las Entidades Públicas y los sujetos privados. Específicamente, este trabajo analiza una controversia surgida en torno a la validez de las adendas de un contrato de arrendamiento suscrito entre un Gobierno Local y una empresa privada sobre un bien de titularidad estatal. El objetivo principal de ello es dilucidar la naturaleza jurídica de este tipo de contrataciones, con la finalidad de determinar cuáles son las normas aplicables a este tipo de controversias. Los objetivos secundarios se centran en analizar, por un lado, el razonamiento lógico jurídico aplicado por el Árbitro Único que resolvió la controversia y, por otro lado, evaluar si los argumentos de la defensa de la parte demandante fueron adecuados en este caso concreto. El mencionado análisis se desarrollará tomando en cuenta las normas del Derecho Administrativo y Arbitral y Civil que regulan las materias aplicables a la controversia, específicamente las normas consagradas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Ley del Procedimiento Contencioso Administrativo, la Ley de Arbitraje, la Ley de Contrataciones del Estado y las normas supletorias aplicables del Código Civil. Finalmente, después del análisis efectuado, concluimos que el análisis jurídico y lógico utilizado por el Árbitro Único respecto de la nulidad de las adendas al contrato de arrendamiento analizado fue incorrecta. El Árbitro Único concluyó que las adendas al contrato son actos administrativos, por lo que resultaba de aplicación la Ley del Procedimiento Administrativo General. A nuestro parecer, ni el contrato ni las adendas son actos administrativos, por lo que la Ley del Procedimiento Administrativo General no resultaba aplicable, sino más bien la Ordenanza Municipal, por ser la norma especial y las disposiciones supletorias del Código Civil.



ÍNDICE ANALÍTICO

TÉRMINOS Y ABREVIATURAS	5
INTRODUCCIÓN.....	6
I. NOMBRE DE LAS PARTES.....	8
II. ANTECEDENTES.....	8
II.1 Sobre la suscripción del Contrato.....	8
II.2 Sobre la suscripción de las Adendas	10
II.3 Sobre las controversias surgidas entre las partes.....	10
III. HECHOS PRINCIPALES DEL ARBITRAJE	12
IV. POSICIÓN DE LAS PARTES EN LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.....	15
IV.1 Posición de EZPARZA en la Demanda	15
IV.2 Posición de la MUNICIPALIDAD en la Contestación de la Demanda	17
V. POSICIÓN DE LAS PARTES EN LA RECONVENCIÓN, CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN Y ESCRITOS ADICIONALES	19
V.1 Posición de la MUNICIPALIDAD en la Reconvención	19
V.2 Posición de ESPARZA en la Contestación de la Reconvención	19
V.3 Respuesta de la MUNICIPALIDAD en escritos adicionales	20
VI. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.....	21
VII. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS	24
VIII. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	27
A. ¿Fue correcta la declaración de nulidad de las Adendas en virtud de la causal de incompetencia contemplada en la LPAG?	27
(i) La naturaleza de los contratos suscritos por la administración pública.....	28
(ii) La naturaleza del Contrato y sus Adendas en este caso concreto.....	35
(iii) Análisis de las normas aplicables al Contrato y sus Adendas para la determinación de su validez	38
B. ¿Es posible declarar la nulidad de actos administrativos en sede arbitral?	43
C. En caso la Adendas fueran actos administrativos, ¿resulta relevante analizar los requisitos y plazos de prescripción contemplados en la LPAG?.....	48
D. ¿Se debió declarar la responsabilidad de la administrativa pública o del personal a su servicio?.....	52
E. ¿Resultaba aplicable a este caso la teoría de los actos propios y la teoría de la	

imprevisión alegadas por ESPARZA?	53
(i) Sobre la teoría de los actos propios	53
(ii) Sobre la teoría de la imprevisión: excesiva onerosidad de la prestación.....	56
F. ¿El Árbitro Único incurrió en algún supuesto de incongruencias en el laudo?.....	59
(i) El arbitraje como jurisdicción	59
(ii) Aplicación supletoria de normas del Código Procesal Civil al arbitraje.....	60
(iii) El principio de congruencia en el arbitraje.....	61
IX. CONCLUSIONES.....	65
X. ANEXOS.....	66
XI. BIBLIOGRAFÍA.....	66



TÉRMINOS Y ABREVIATURAS

Con el objeto de facilitar la lectura del presente Informe; a continuación, presentamos una tabla que resume todos los términos y abreviaturas utilizados, acompañados de sus respectivas definiciones:

TÉRMINO O ABREVIATURA	DEFINICIÓN
“ESPARZA” o la “Demandante”	La empresa Inversiones Esparza - Triveño S.A.C.
“MUNICIPALIDAD” o la “Demandada”	La Municipalidad Distrital de Jesús María.
“Parte” o “Partes”	La Demandante y/o la Demandada y/o cualquiera de ellas.
“Adjudicación”	Adjudicación Directa N° 001-2007-CAP-MDJM.
“Contrato”	Contrato de Arrendamiento suscrito entre las Partes el 19 de setiembre de 2007.
“Primera Adenda”	La adenda suscrita el 25 de febrero de 2008.
“Segunda Adenda”	La adenda suscrita el 30 de diciembre de 2008.
“Adendas”	La Primera Adenda y Segunda Adenda conjuntamente.
“Constitución”	La Constitución Política del Perú.
“Ley de Arbitraje”	Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje.
“LGA”	Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley N° 25935, la cual ya no está vigente en nuestro ordenamiento.
“LOM”	Ley Orgánica de Municipalidades, aprobada por Ley N° 27972.
“LPAG”	Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobada por Ley N° 27444.
“LPCA”	Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo, aprobada por Ley N° 27584.
“LCE”	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, vigente al momento de la suscripción del Contrato.
“Reglamento de la LCE”	Reglamento la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, vigente al momento de la suscripción del Contrato.
“Ordenanza”	Ordenanza N° 237-2007-MDJM que regula el procedimiento de arrendamiento, afectación en uso o modificación del estado de posesión de los bienes de propiedad estatal administrados o en posesión de la MUNICIPALIDAD.
“ROF”	Ordenanza N° 220-MDJM que aprueba el Reglamento de Organizaciones y Funciones de la MUNICIPALIDAD.
“Concejo”	El Concejo Municipal de la MUNICIPALIDAD, integrado por el Alcalde y los Regidores.
“Comité”	El Comité de Gestión Patrimonial de la MUNICIPALIDAD, integrado por el Gerente de Administración, el Subgerente de Logística y el Gerente de Asesoría Jurídica.
“OCI”	La Oficina de Control Institucional de la MUNICIPALIDAD.
“CCL”	La Cámara de Comercio de Lima.
“Reglamento de la CCL”	Reglamento de Arbitraje de la CCL del año 2008.
“Reglamento de Bienes Estatales”	Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal, aprobado por Decreto Supremo N° 154-2001-EF, vigente al momento de la suscripción del Contrato.

INTRODUCCIÓN

Las relaciones contractuales entre las Entidades Públicas y los sujetos privados han sido arduamente reguladas y estudiadas en el Perú debido a su importancia económica y social. Sin embargo, no existe aún una postura uniforme sobre la naturaleza de este tipo de contrataciones, existiendo un debate intenso respecto de su naturaleza pública, privada o mixta. Desde luego, si bien este trabajo no pretende zanjar el debate doctrinario; sí busca contribuir a la discusión actual sobre la materia.

A lo largo del Expediente analizado para la elaboración del presente Informe de Relevancia Jurídica hemos podido evidenciar situaciones anormales en la suscripción de contratos entre Entidades Públicas y sujetos privados. Por ejemplo, advertimos que funcionarios públicos han faltado a su misión, actuando fuera del marco legal habilitante, generando no solo perjuicios a la propia Entidad, sino también al ciudadano, al que justamente están destinados a servir, y a la comunidad en general, al crear situaciones de inseguridad jurídica. Asimismo, evidenciamos la omisión de una norma aplicable al caso concreto por parte del árbitro encargado de administrar justicia. Si bien los árbitros no son servidores públicos propiamente dicho, desempeñan una función relevante para el Derecho en la medida que el arbitraje está considerado como una jurisdicción especial en nuestra Constitución.

El Expediente analizado contiene conceptos y discusiones interdisciplinarias, entre las que destacamos temas civiles, administrativos, contractuales, arbitrales y constitucionales. De esta manera, a través de un enfoque regulatorio, doctrinario y jurisprudencial, pretendemos aportar al debate jurídico, principalmente en tres áreas del Derecho: el Derecho Administrativo, el Derecho del Arbitraje y, finalmente, el Derecho Civil y Contractual.

Por un lado, existe una discusión compleja sobre el área del Derecho Administrativo, en donde analizaremos, sobre todo, los asuntos relacionados al principio de legalidad, manifestación de voluntad de las Entidades Públicas, los así denominados “contratos administrativos” y también veremos algunos temas municipales. Adicionalmente, incluiremos una reflexión sobre la nulidad del acto administrativo y los requisitos para declararla; finalizando con un breve análisis sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos.

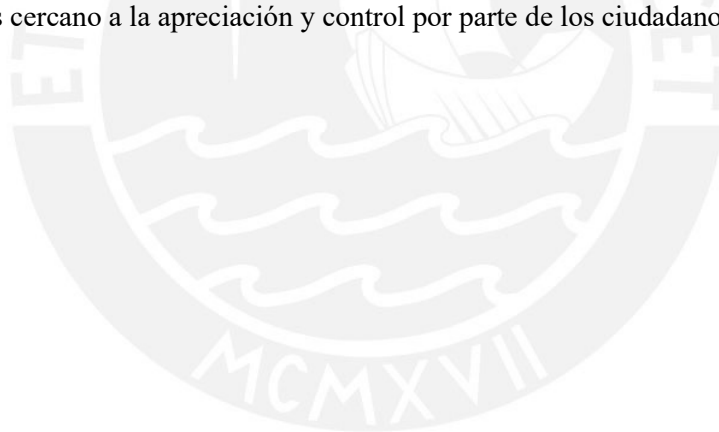
Por otro lado, destacamos el área de Derecho Arbitral, en donde analizaremos las materias arbitrables (arbitrabilidad objetiva), con especial enfoque en la arbitrabilidad de los actos administrativos, la función jurisdiccional del arbitraje, los principios jurisdiccionales aplicables al arbitraje, específicamente, el principio de congruencia aplicado a laudos arbitrables y la aplicación supletoria de normas procesales consagradas en el Código Procesal Civil. Finalmente, analizamos la actuación del Árbitro Único en la resolución del caso.

De manera adicional, destacamos que hemos incluido una discusión y análisis respecto del área el Derecho Civil, especialmente, el área relacionada a Derecho de los Contratos. El motivo de ello es que, a nuestro criterio, existió un error en la aplicación de una norma administrativa a una relación contractual regida principalmente por el Derecho Civil.

Todas las materias mencionadas serán abordadas, en mayor o menor medida, en el presente Informe

de Relevancia Jurídica, el mismo que está dividido en dos etapas. En la primera etapa, empezaremos describiendo brevemente los principales hechos ocurridos en este caso y las controversias surgidas entre las partes. Seguidamente, haremos un recuento de los principales hechos que surgieron en el proceso arbitral, poniendo especial énfasis en el análisis de la posición de cada parte en los principales escritos (Demanda, Contestación de la Demanda, Reconvención y su respectiva Contestación). Luego, haremos un detalle exhaustivo del laudo arbitral, tomando en cuenta la posición del árbitro sobre cada uno de los puntos controvertidos fijados. En la segunda etapa, expondremos los principales problemas jurídicos identificados con una breve descripción de lo que determinaremos en cada uno de ellos. Acto seguido, daremos nuestra posición fundamentada sobre cada problema jurídico. El Informe terminará con un breve recuento de las conclusiones arribadas en el análisis del Expediente, incluyendo nuestra apreciación sobre lo resuelto en el laudo.

Finalmente, mencionamos que la elección del Expediente analizado se basó principalmente en *(i)* los temas discutidos y *(ii)* en los actores involucrados. La primera razón se debe a que el Derecho Arbitral, Civil y Administrativo ha sido principalmente las áreas del Derecho en la que me he desempeñado a lo largo de mis prácticas pre profesionales y como bachiller en mi centro de labores. La segunda razón se refiere a la participación de un Gobierno Local. Si bien no me he desempeñado en el área del Derecho Municipal, se trata de una materia que me genera gran interés y curiosidad pues las Municipalidades son los primeros órganos de gobiernos que tienen contacto con la población civil en general y los que desarrollan obras y servicios en un ámbito de su localidad, siendo el órgano administrativo más cercano a la apreciación y control por parte de los ciudadanos.



I. NOMBRE DE LAS PARTES

1. La demandante es la empresa “Inversiones Esparza - Triveño S.A.C” (en adelante, “ESPARZA” o, indistintamente, la “Demandante”).
2. La demandada es la Municipalidad Distrital de Jesús María (en adelante, la “MUNICIPALIDAD” o, indistintamente, la “Demandada”). Esta última, realizó una Reconvención demandando a ESPARZA.
3. En adelante, cuando en el presente Informe se haga referencia individual a ESPARZA o la MUNICIPALIDAD, se le podrá denominar como la “Parte” y, cuando la referencia sea conjunta, como las “Partes”.

II. ANTECEDENTES

II.1 Sobre la suscripción del Contrato

4. El Comité de Gestión Patrimonial (en adelante, el “Comité”) es el órgano colegiado y autónomo de la MUNICIPALIDAD encargado de, entre otros, coordinar y realizar el planeamiento de la administración de los bienes de propiedad municipal, así como aprobar los contratos de arrendamiento. Está integrado por tres miembros: el Gerente de Administración, el Subgerente de Logística y el Gerente de Asesoría Jurídica¹.
5. El 06 de setiembre de 2007, el Comité publicó las Bases Administrativas del proceso de selección por Adjudicación Directa N° 001-2007-CAP/MDJM (en adelante, la “Adjudicación”) para el arrendamiento, reparación y modernización del “Estadio Municipal” ubicado en jirón Nazca s/n, distrito de Jesús María.
6. Es importante mencionar que dicho proceso de selección se realizó al amparo de lo dispuesto en la Ordenanza N° 237-MDJM, que regula el procedimiento de arrendamiento, afectación en uso o modificación del estado de posesión de los bienes de propiedad estatal administrados o en posesión de la Municipalidad (en adelante, la “Ordenanza”).
7. El 13 de setiembre del mismo año, luego de evaluar las propuestas presentadas por los postores, el Comité otorgó la Buena Pro a ESPARZA, quien presentó la mejor propuesta técnica y económica.
8. Así, el 19 de setiembre de 2007, ESPARZA y la MUNICIPALIDAD suscribieron el Contrato de Arrendamiento (en adelante, el “Contrato”) derivado de la Adjudicación, mediante el cual esta última dio en arrendamiento del Estadio Municipal a cambio de una renta convenida.
9. Luego de la suscripción del Contrato, el 16 de octubre de 2007, mediante Acuerdo de Concejo N° 064-2007/MDJM, el Concejo Municipal de la MUNICIPALIDAD (en adelante, el

¹ De acuerdo con el artículo 7°, 8° y 9° de la Ordenanza N° 237-MDJM.

“Concejo”) ratificó el Contrato, tal como lo requería la Ordenanza.

10. A continuación, describiremos brevemente las principales disposiciones del Contrato:

PRINCIPALES DISPOSICIONES DEL CONTRATO	
Contratante	MUNICIPALIDAD.
Contratista	ESPARZA.
Fecha	19 de septiembre de 2007.
Objeto	El arrendamiento del inmueble denominado “Estadio Municipal”, propiedad de la MUNICIPALIDAD ² .
Plazo	10 (diez) años, contados desde el día siguiente de la suscripción del Contrato. El plazo de arrendamiento podrá ser renovado por acuerdo entre las Partes ³ .
Renta mensual	S/ 6,700.00 más el 10% del valor de las entradas vendidas por ESPARZA ⁴ .
Mejoras	ESPARZA se obligó a realizar mejoras en el inmueble arrendado por un valor no mejor a US\$ 214,671.69, detalladas en el Anexo II del Contrato ⁵ .
Penalidades	ESPARZA será acreedora de una penalidad en caso de incumplimiento por cada día calendario de retraso injustificado. La penalidad tendrá un monto máximo equivalente al 10% del valor de tasación para efectos del alquiler mensual, la cual se aplicará de manera automática a los pagos de arrendamiento ⁶ .
Cláusula arbitral	Las Partes acordaron que cualquier controversia que surja desde la celebración del Contrato será resuelta mediante Arbitraje, conforme al Centro de Arbitraje al que decidan someterse ⁷ .

11. El Contrato incluía tres Anexos. El Anexo I presentaba una “Memoria descriptiva del Estadio Municipal”, siendo lo más relevante el destacar que las instalaciones del Estadio Municipal “no se encuentran en buen estado”, “no cuentan con aparatos eléctricos”, “se recomienda el cambio de piso”, “se recomienda la demolición”, entre otras deficiencias.
12. El Anexo II del Contrato presentaba la relación de todas las mejoras que ESPARZA se obligó a realizar en el Estadio Municipal, las cuales debían realizarse en cuatro etapas, como veremos a continuación:

ETAPA	MEJORAS	TOTAL DE INVERSIÓN
Primera Etapa	▪ Mejora de la pista atlética de asfalto (US\$ 12,065.68).	US\$ 178,324.00
	▪ Instalación de una cancha sintética de fútbol (US\$ 134,258.32).	
	▪ Instalación de iluminación profesional (US\$32,000.00).	
Segunda Etapa	▪ Mejora de baños y camerino (US\$ 6,953.40).	US\$ 15,874.03
	▪ Implementación de un cerco eléctrico (US\$ 4,920.63).	
	▪ Mejora de las zonas de tránsito (US\$ 4,000.00).	

² De acuerdo al artículo 4° del Contrato.

³ De acuerdo al artículo 5° del Contrato.

⁴ De acuerdo al artículo 6° del Contrato.

⁵ De acuerdo al artículo 7° y 9° del Contrato.

⁶ De acuerdo al artículo 14° del Contrato.

⁷ De acuerdo al artículo 16° del Contrato.

Tercera Etapa	▪ Construcción de cafetería, zona de entrega de materiales y oficina (US\$ 7,680.00).	US\$ 10,537.14
	▪ Implementación de 6 tribunas (US\$ 2,857.14).	
Cuarta Etapa	▪ Mejora del cerco del Estado (US\$ 7,936.51).	US\$ 9,936.51
	▪ Pintado completo del local (US\$ 2,000.00).	

13. Finalmente, el Anexo III del Contrato detallaba las zonas del Estadio Municipal objeto de arrendamiento:

ZONA	ÁREA	CALIDAD DE LA ZONA
A	17,104.38 m ²	Objeto de arrendamiento
B	1,565.78 m ²	-
C	1,169.44 m ²	-
D	1,074.39 m ²	Objeto de arrendamiento
E	1,357.49 m ²	-

II.2 Sobre la suscripción de las Adendas

14. Posteriormente, con fecha 25 de febrero de 2008, las Partes suscribieron la primera adenda al Contrato (en adelante, la “Primera Adenda”) realizando, entre otros, las siguientes modificaciones:

- Sobre la Renta: Se redujo el monto de la renta, fijándose en S/ 5,500.00 (incluidos los impuestos) como única contraprestación.
- Sobre las mejoras: Se modificó el plazo de ejecución de la segunda etapa de las mejoras.

15. Meses después, el 30 de diciembre de 2008, las Partes suscribieron la segunda adenda al Contrato (en adelante, la “Segunda Adenda”), modificando lo siguiente:

- Sobre las mejoras: Se modificó el plazo de ejecución de la segunda y tercera etapa de las mejoras.
- Sobre el plazo: Se modificó el plazo del arrendamiento del Contrato, ampliándose a 15 años, contados a partir del día siguiente de la firma del Contrato.

16. Es importante mencionar que, mediante Resolución de Gerencia de Administración N° 501-2008-MDJM-GA de fecha 30 de diciembre de 2008, se resolvió “*incorporar al acervo documentario de la Corporación Municipal la Segunda Adenda al Contrato de Arrendamiento [...]*”.

II.3 Sobre las controversias surgidas entre las partes

17. El Contrato vino ejecutándose con normalidad desde el año 2007. Tanto ESPARZA como la MUNICIPALIDAD acataron todas las estipulaciones del Contrato, así como las modificaciones introducidas por la Primera Adenda y Segunda Adenda (en adelante, en conjunto, las “Adendas”), incluso la relacionada con la reducción del monto de la renta.

18. Es decir, si bien en un primer momento, ESPARZA pagó el monto de S/ 6,700.00 más el 10% de las entradas vendidas por concepto de renta, a partir de la suscripción de la Primera Adenda, ESPARZA redujo el monto de la renta a S/ 5,500.00 como única contraprestación, sin recibir queja alguna por parte de la MUNICIPALIDAD.
19. No obstante, el 02 de marzo de 2011, la MUNICIPALIDAD envió a ESPARZA la carta notarial N° 051-2011-MDJM-GA, mediante la cual comunicó que las Adendas serían inválidas por no haber sido ratificadas por el Concejo Municipal, tal como lo requería la Ordenanza. Además, comunicó que éstas carecían de los respectivos Informes Técnicos y Legales que sustenten su contenido, por lo que no habían sido perfeccionadas de conformidad con la ley. En ese sentido, la MUNICIPALIDAD informó que, a la fecha, sólo se mantenía vigente el Contrato original suscrito entre las Partes el 19 de setiembre de 2007.
20. El 03 de marzo de 2011, la MUNICIPALIDAD envió a ESPARZA una segunda carta notarial N° 056-2011-MDJM-GA, mediante la cual realizó una “Liquidación Total de los Adeudos”, la cual abarcó los siguientes conceptos:
 - Por concepto de renta mensual entre los meses de noviembre de 2007 hasta febrero de 2011, la suma de S/ 55,4000.00.
 - Por concepto de penalidades, la suma de S/ 127,922.50.
 - Por concepto del 10% del valor de las entradas, deberá calcularse el monto, requiriendo a ESPARZA cumplir con informar.
21. En respuesta, el 17 de marzo de 2011, ESPARZA envió la carta notarial N° 16431-2011 a la MUNICIPALIDAD, alegando que las Adendas habían sido válidamente suscritas por el Gerente de Administración, contando; además, con el visto bueno de las Gerencias y Subgerencias de Desarrollo Económico y Social, de Obras Públicas, de Desarrollo Urbano, de Asesoría Jurídica, de Administración, entre otros. Asimismo, ESPARZA manifestó que la ratificación de las Adendas por el Concejo Municipal era un acto de administración interna, el cual no podría ser oponible a ESPARZA.
22. Finalmente, ESPARZA señaló que la Liquidación de Adeudos realizada por parte de la MUNICIPALIDAD carecía de sentido por ser de aplicación lo dispuesto en la Adendas. Además, manifestó que la base de cálculo de la penalidad establecida en el Contrato carecía de precisiones que permitan determinar adecuadamente los importes.
23. No obstante los descargos realizados por ESPARZA, con fecha 22 de julio de 2011, la MUNICIPALIDAD remitió a ESPARZA el Requerimiento de Pago N° 48-2011-MDJM-GR-SGRyEC, donde la emplazó a cancelar el monto de S/ 217,847.53, por concepto de renta mensual, penalidades aplicables por la demora en el pago y por concepto del 10% de las entradas vendidas a los usuarios, deducidos los impuestos por ley.

III. HECHOS PRINCIPALES DEL ARBITRAJE

24. El 09 de febrero de 2012, ESPARZA envió a la MUNICIPALIDAD una comunicación con la finalidad de someter a un proceso arbitral las controversias surgidas entre ellas, proponiendo que las controversias sean resueltas mediante un Arbitraje Nacional de Derecho Ad Hoc.
25. El 17 de febrero de 2012, la MUNICIPALIDAD respondió dicha comunicación manifestando que en aplicación del literal d) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, "Ley de Arbitraje"), la designación del Árbitro Único deberá ser realizada por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, "CCL").
26. Así, el 23 de febrero de 2012, ESPARZA cursó una comunicación a la CCL, señalando que a tenor de lo que establece el inciso tercero del artículo 24° del Reglamento de Arbitraje de la CCL (en adelante, el "Reglamento de la CCL"), el Concejo Superior de Arbitraje de la CCL deberá designar al Árbitro Único.
27. Mediante Resolución N° 382-2012/CSA-CA-CCL del 21 de marzo de 2012, el Concejo Superior de la CCL designó como Árbitro Único al Dr. José Domingo Rivalora Reisz.
28. Con fecha 04 de mayo de 2012, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, en la que se fijaron ciertas reglas del arbitraje y, además, se dejó constancia de la inasistencia de la MUNICIPALIDAD, quien fue debidamente notificada.
29. Mediante Resolución N° 1 del 08 de mayo, se tuvo por apersonado al proceso a la MUNICIPALIDAD, tomándose en cuenta los motivos de su inasistencia⁸.
30. Con fecha 18 de mayo de 2012, ESPARZA presentó su Demanda contra la MUNICIPALIDAD. Sus pretensiones fueron las siguientes:
 - **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Dejar sin efecto el cobro de merced conductiva ascendente al monto de S/ 55,400.00, producto de la renta desde noviembre de 2007 hasta febrero de 2011.
 - **PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Dejar sin efecto el cobro de penalidades ascendentes al monto de S/ 127,922.50.
 - **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Dejar sin efecto el cobro del 10% del valor de las entradas vendidas por ESPARZA.
 - **TERCER PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que se condene a la MUNICIPALIDAD a

⁸ Mediante escrito del 07 de mayo de 2012, la MUNICIPALIDAD manifestó que el motivo de su inasistencia a la Audiencia se debió a que el mismo día, a la misma hora, la Fiscal Adjunta Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionario de Lima, se constituyó en las instalaciones de la MUNICIPALIDAD para verificar el cumplimiento de algunos requerimientos efectuados por la Fiscalía, entrevistándose con el Procurador Público Municipal.

pagar los gastos arbitrales.

31. Con fecha 06 de junio de 2012, la MUNICIPALIDAD presentó su Contestación de Demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos. Asimismo, formuló Reconvención, cuya única pretensión fue la siguiente:
- **PRETENSIÓN ÚNICA:** Que se declare la nulidad de las Adendas del Contrato por haber sido suscritas por órgano incompetente, por contravenir normas legales y por prescindir de las normas esenciales del procedimiento y de las formas prescritas por la normativa aplicable.
32. El 02 de julio de 2012, ESPARZA presentó su Contestación de Reconvención, solicitando al Árbitro Único se sirva declarar la Reconvención alternativamente inadmisibles o infundada pues la Reconvención carecía de todo fundamento de hecho y de derecho que la sustente. Asimismo, argumentó que ni Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, “LCE”) ni su Reglamento (en adelante, “Reglamento de la LCE”), resultarían aplicables a la controversia, pues éstas se refieren a la nulidad de los actos administrativos y las Adendas no son actos administrativos. Además, manifestó que la única ley aplicable a la controversia es la Ley de Arbitraje.
33. El 18 de julio de 2012, se realizó la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y de Admisión de Medios Probatorios, donde se dejó constancia de la inasistencia de ESPARZA. En dicha Audiencia se fijaron 8 puntos controvertidos, los cuales resumiremos a continuación:

N°	PUNTO CONTROVERTIDO
1°	Determinar si las Adendas fueron suscritas por órgano competente.
2°	Determinar si las modificaciones introducidas por las Adendas debieron sujetarse a lo dispuesto en la Ordenanza.
3°	Determinar si con las Adendas se incurrió en algún supuesto de nulidad previsto en la LCE, su Reglamento o la Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Ley N° 27444 (en adelante, “LPAG”).
4°	De ser el caso, determinar si la nulidad es convalidable, subsanable o confirmable.
5°	De ser el caso, determinar si las Adendas fueron convalidadas, subsanadas o confirmadas.
6°	Determinar si existe una deuda pendiente de ESPARZA frente a la MUNICIPALIDAD.
7°	Determinar si corresponde declarar la inexistencia e inexigibilidad del crédito que la MUNICIPALIDAD mantendría frente a ESPARZA.
8°	Determinar a quién y en qué proporción le corresponde asumir los gastos arbitrales.

34. El mismo día, la MUNICIPALIDAD presentó un escrito pronunciándose sobre la Contestación de la Reconvención de ESPARZA, precisando que, si bien la ley adjetiva es la Ley de Arbitraje y el Reglamento de la CCL, la ley sustantiva es la Ordenanza, la LPAG y, en su defecto, la LCE y su Reglamento.
35. Mediante Resolución N° 5 del 26 de julio de 2012, el Árbitro Único, requirió a las Partes presentar la documentación que fuere relevante para aclarar sus posiciones, con el propósito

de que este se pronuncie adecuadamente sobre los puntos controvertidos:

N°	DOCUMENTACIÓN REQUERIDA
1°	Presentar el acto administrativo o norma donde conste la facultad de Julio César Haro Orbegoso (Gerente de Administración de la MUNICIPALIDAD) para suscribir las Adendas.
2°	Informar si existen otros contratos de arrendamiento que hayan sido ratificados por Concejo Municipal.
3°	Presentar copia del Informe N° 003-2010-2-2180, elaborado por la Oficina de Control Institucional (en adelante, "OCI").
4° - 5°	Precisar si existe algún documento sobre la validez o eficacia de las Adendas.
6°	Aclarar si existe deuda pendiente a favor de la MUNICIPALIDAD por el mes de noviembre de 2007.
7°	Aclarar cómo se calcula la penalidad.

36. La MUNICIPALIDAD, mediante escrito del 14 de agosto de 2012, aclaró su posición y presentó la documentación requerida por la Resolución N° 5.
37. ESPARZA, mediante escrito del 20 de agosto de 2012, aclaró su posición reiterando que las Adendas no constituyen actos administrativos.
38. El 23 de agosto de 2012, la MUNICIPALIDAD presentó el expediente administrativo con todos los requerimientos de pago efectuados a ESPARZA, para que sea tomado en cuenta por el Árbitro para mejor resolver.
39. Mediante Resolución N° 8 de fecha 10 de setiembre, el Árbitro aceptó el medio probatorio ofrecido por la MUNICIPALIDAD, otorgándole 5 días de plazo a ESPARZA para pronunciarse al respecto.
40. El 26 de setiembre se realizó la Audiencia de Informe Orales en donde las Partes sustentaron su posición respecto de la materia controvertida. Asimismo, el Árbitro otorgó un plazo de 5 días hábiles a las Partes para (i) precisar cuáles habían sido los actos de ejecución contractual sucedidos entre la celebración del Contrato y su ratificación y (ii) si se inició algún procedimiento disciplinario al ex Gerente Administrativo que suscribió las Adendas o si dicho funcionario había sido informado de las consecuencias generadas por la suscripción de las mismas.
41. Con fecha 15 de octubre, la MUNICIPALIDAD, cumplió con informar que (i) el único acto de ejecución contractual fue el pago de la merced conductiva correspondiente al primer mes de arrendamiento; y (ii) que, a la fecha, no existía ningún procedimiento disciplinario contra el ex Gerente Administrativo, en tanto el proceso arbitral se encontraba aún en trámite.
42. El 24 de octubre de 2012, ESPARZA presentó sus alegatos finales, concluyendo que el artículo 31° de la Ordenanza sobre la ratificación por Acuerdo de Concejo no contiene ningún requisito de validez, ni acarrea la sanción de nulidad, por lo que las Adendas serían jurídicamente válidas. Del mismo modo, con fecha 25 de octubre, la MUNICIPALIDAD presentó sus alegatos finales.

43. Finalmente, el 03 de enero de 2013, el Árbitro emitió la Resolución N° 13, mediante la cual dictó el Laudo de Derecho declarando fundada la Reconvención de la MUNICIPALIDAD y, en consecuencia, declaró nulas las Adendas al Contrato.

IV. POSICIÓN DE LAS PARTES EN LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

44. Habiendo resumido los principales hechos ocurrido en el proceso arbitral, a continuación, ahondaremos en las posiciones de las Partes en los principales escritos.

IV.1 Posición de EZPARZA en la Demanda

45. De acuerdo a ESPARZA, las modificaciones que introdujeron las Adendas son plenamente válidas y eficaces pues éstas contaban con la aprobación de las Gerencias que intervinieron en la suscripción del Contrato.
46. A criterio de ESPARZA, “[p]rueba de que entraron en vigencia al día siguiente de su publicación, son los recibos de pago por concepto de renta que hemos venido efectuando ante la misma corporación municipal, siendo que se ha venido abonando la suma consignada en la adenda del 28 de febrero del año 2008, es decir la suma de S/. 5,500.00 [...], siendo estos importes recibidos a entera satisfacción por parte de la Municipalidad”⁹.
47. Asimismo, ESPARZA manifestó que la ratificación de las Adendas es un acto interno de la MUNICIPALIDAD, que no afecta la vigencia de las mismas. Veamos:

*“En cuanto a que las adendas suscritas no han sido ratificadas por el Concejo Municipal, debemos señalar que **ELLO CONSTITUYE UN ACTO DE ADMINISTRACIÓN INTERNA**. Pues, alegremente hechos ajenos a nuestra voluntad y que no se encuentran a nuestro alcance no pueden ser atribuidos a nuestra parte, **más aún cuando el Gerente de Administración de la corporación municipal ostentaba el cargo de Presidente del Comité de Gestión Patrimonial, por lo que estaba facultado para conducir los procesos de suscripción de convenios en virtud de los cuales se afecte en uso los bienes de propiedad, en posesión o administrados por la Municipalidad, tal como lo dispone la Ordenanza N° 237-MDJM**”¹⁰ (énfasis y subrayado del texto original).*

48. ESPARZA sustentó su posición en la teoría de los actos propios, derivada del principio de la buena fe y en la teoría de la imprevisión.
49. De acuerdo a lo manifestado por ESPARZA, “[l]a Teoría de los Actos Propios es una regla de Derecho, derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria respecto del propio comportamiento

⁹ Demanda, párrafo 2.5.3.

¹⁰ Demanda, párrafos 2.5.4 y 2.5.5.

anterior efectuado por el mismo sujeto”¹¹. La base y la importancia de ello, a criterio de ESPARZA, “radica en el hecho que **el Sistema Jurídico debe exigir a las partes un comportamiento coherente, ajeno a los cambios de conducta perjudiciales, desestimando toda actuación que implique un obrar incompatible con la confianza que –merced a tales actos anteriores– se ha suscitado en otro sujeto**”¹² (énfasis del texto original).

50. Lo anterior es así, “por cuanto no solo la buena fe, sino también **la seguridad jurídica se encontraría gravemente resentida** [...]. Nadie puede ponerse de tal modo en contradicción con sus propios actos, y no puede –por tanto– ejercer **una conducta incompatible con la asumida anteriormente, en otras palabras, NADIE PUEDE BENEFICIARSE DE SU PROPIO ERROR**”¹³ (énfasis y subrayado del texto original).
51. Dicho de otro modo, si existe una relación jurídica entre dos sujetos, en la cual uno de ellos obra previamente de determinada manera, y, posteriormente, obra de manera contradictoria con sus propios actos, esa conducta posterior no podrá ser tutelada por nuestro ordenamiento jurídico. De acuerdo a ESPARZA, una persona no puede beneficiarse de su propio error, toda vez que se estaría perjudicando la confianza legítima depositada por la otra persona, dentro de una relación jurídica consensuada.
52. ESPARZA señaló que la teoría de los actos propios requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada, los cuales describió de la siguiente manera¹⁴:
- **Una primera conducta vinculante:** Ésta debe ser eficaz, relevante y generar confianza en el receptor. De acuerdo a ESPARZA, la primera conducta de la MUNICIPALIDAD fue la suscripción de las Adendas, la cual fue eficaz, relevante y generó confianza legítima en ESPARZA.
 - **Una pretensión contradictoria:** Consiste en una nueva conducta, posterior a la primera, que contiene la pretensión de un derecho subjetivo, la cual sería lícita si no entrara en contradicción con la primera conducta. Lo que ocurre es que el receptor ha confiado en la vigencia de la primera conducta, por lo que resultaría inadmisibles ejercer dicho derecho que, aunque válido, es contradictorio con la primera conducta. De acuerdo a ESPARZA, la pretensión contradictoria de la MUNICIPALIDAD consiste en el cobro de la renta mensual de S/6,700.00, las penalidades y el 10% de las ventas vendidas por ESPARZA. La razón de ello es que la MUNICIPALIDAD siempre aceptó los únicos pagos de S/. 5,500.00, a su entera satisfacción sin haber hecho reclamo alguno.
 - **Identidad en los sujetos:** El sujeto que efectuó la primera conducta debe ser el mismo que pretende luego ejercer un derecho, contradiciendo esa primera conducta. En este caso, la MUNICIPALIDAD fue la parte que realizó ambas conductas y ESPARZA la receptora de

¹¹ Demanda, párrafo 3.1.1.

¹² Demanda, párrafo 3.1.2.

¹³ Demanda, párrafo 3.1.3.

¹⁴ Demanda, párrafo 3.4.

las mismas.

53. Respecto del principio de la buena fe, ESPARZA señaló que “[...] *los Principios Generales constituyen normas jurídicas básicas en la organización social que revelan el sistema en el que reposa la sociedad [...]. El Principio General es, entonces, la expresión de una norma de justicia elemental que, como tal, no admite excepciones*”¹⁵ (el énfasis es del texto original).
54. Así, este principio “[...] *impone a las personas el deber de obrar correctamente, tal como lo haría una persona honorable y diligente*”¹⁶. Al respecto, el artículo 1362° del Código Civil, establece que “[l]os contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. De acuerdo a ESPARZA, ello significa que se debe actuar:

“[...] *de acuerdo con lo que verosíblemente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión, en ese sentido, **LA BUENA FE EN LA CELEBRACIÓN DE LOS CONTRATOS**, impone a las partes la obligación de hablar claro [...]. **LA BUENA FE EN LA INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS**, significa que los hombres deben creer y confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales [...]. **LA BUENA FE EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO** exige que los negocios jurídicos deben cumplirse de acuerdo a lo convenido*”¹⁷ (énfasis y subrayado del texto original).

55. Así, la MUNICIPALIDAD habría actuado de mala fe al desconocer las Adendas suscritas por ambas Partes. A criterio de ESPARZA, ello significaría incurrir en un supuesto de abuso de derecho, el cual se encuentra prohibido por la Constitución y el ordenamiento.
56. Finalmente, ESPARZA sustentó su posición en la teoría de la imprevisión. De acuerdo a ello, “*si la prestación a cargo de una de las partes se tornaba excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá solicitar la resolución del contrato. Y es que la buena fe en la ejecución del contrato se opone a que pretenda hacérselo valer rígidamente cuando las circunstancias en las cuales se celebró han variados sustancialmente, tornándolo injusto*”¹⁸.

IV.2 Posición de la MUNICIPALIDAD en la Contestación de la Demanda

57. En respuesta, la MUNICIPALIDAD solicitó que se declare infundada la Demanda, pues las Adendas serían nulas e ineficaces por haber sido suscritas por órgano incompetente, contravenir normas legales, prescindir de las normas esenciales del procedimiento municipal y de la forma prescrita por la normativa aplicable.
58. De acuerdo a la Ordenanza, el Comité, en forma colegiada, tiene directa y exclusivamente la responsabilidad de la administración de los bienes de propiedad de la MUNICIPALIDAD. El

¹⁵ Demanda, párrafo 3.2.1.

¹⁶ Demanda, párrafo 3.3.1.

¹⁷ Demanda, párrafo 3.3.2.1.

¹⁸ Demanda, párrafo 3.3.2.3.

Comité es el único con facultades para aprobar los contratos de arrendamiento, los cuales deberán ser remitidos al Concejo Municipal para su ratificación y, en ningún caso, podrán exceder los 10 años.

59. Sobre dicho marco normativo, luego de suscrito el Contrato, el Comité lo remitió al Concejo Municipal, quien resolvió ratificar el Contrato mediante Acuerdo de Concejo N° 064-2007/MDJM del 16 de octubre de 2007.
60. Sin embargo, con fecha 25 de febrero y 30 de diciembre de 2008, el Gerente de Administración, el señor Julio Cesar Haro Orbegoso –miembro del Comité– de manera individual, suscribió las Adendas al Contrato con ESPARZA, reduciendo el monto de la renta pactada en el Contrato, modificando el plazo de ejecución de las mejoras y extendiendo el plazo de arrendamiento a 15 años.
61. Respecto de ello, la OCI, mediante Informe N° 003-2010-2-2180 de fecha 23 de setiembre de 2010, realizó una evaluación especial, señalando que “[...] *las adendas no han sido puestas en conocimiento ni ratificadas por el Concejo Municipal, habiéndose modificado sin el debido sustento técnico y legal, el periodo de gracia, el plazo de duración de los contratos, así como los montos de arrendamiento*”¹⁹.
62. La MUNICIPALIDAD manifestó, además, que las Adendas serían nulas e ineficaces por haber sido suscritas por funcionario incompetente, ello en base a la LCE y su Reglamento:

*“[S]e advierte que las adendas del Contrato original fueron suscritas por un funcionario que no ostentaba las facultades para suscribirlas; transgrediendo de esta manera lo dispuesto en el artículo 139° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece ‘**El contrato será suscrito por la Entidad, a través de funcionario competente o debidamente autorizado** [...]’. En el presente caso, la primera y segunda adenda del contrato original [...] fueron suscritas por el Gerente de Administración de la MDJM, señor Julio Cesar Haro Orbegoso; **no habiendo actuado este en forma colegiada con los demás integrantes del Comité** [...]. De otro lado, si nos remitimos al entonces vigente Reglamento de Organización y Funciones de la MDJM, [...] veremos que el gerente de Administración no era competente para suscribir adendas de un Contrato que se suscribió en mérito de un Proceso de Selección, recayendo dicha atribución en el Gerente Municipal”²⁰ (énfasis y subrayado del texto original).*
63. Adicionalmente, manifestó que tanto el artículo 56° de la LCE, como el 144° del Reglamento de la LCE, señalan que los contratos deberán ser suscritos por la Entidad, a través de funcionario competente, bajo sanción de nulidad.
64. La MUNICIPALIDAD también señaló que las Adendas eran nulas e ineficaces por transgredir normas legales, esto es, los artículos 23°, 26°, 30° y 31° de la Ordenanza. Sobre ello, la MUNICIPALIDAD señaló lo siguiente:

¹⁹ Contestación de la Demanda, párrafo 4.xii.

²⁰ Contestación de la Demanda, párrafos 7 al 9.

“[...] *transgrediendo toda normatividad que regula el procedimiento [...] la MDJM con ESPARZA suscriben la primera adenda al contrato original, **alterando el área total arrendada** [...]. Asimismo, [...] **modificaron el monto de la contraprestación** [...]. Posteriormente, [...] las partes acordaron **prorrogar el plazo de arrendamiento fijado en la cláusula quinta del contrato original a 15 años**. [...]. Finalmente, dichas adendas tampoco fueron puestas en conocimiento del Concejo Municipal ni ratificadas por el mismo, conforme lo dispone la Ordenanza”²¹ (énfasis y subrayado del texto original).*

65. También se estaría transgrediendo el artículo 143° del Reglamento de la LCE, según el cual las modificaciones contractuales no deben variar las condiciones originales que motivaron la selección del contratista. Al respecto, la MUNICIPALIDAD señaló que “*las adendas al contrato violan flagrantemente lo dispuesto en las Bases [...]. Se cambia el área del Estadio a arrendar, se reduce la merced conductiva, se amplía el plazo de ejecución de las remodelaciones al Estadio a cargo de ESPARZA; y lo que es peor aún, se amplía el plazo del contrato a 15 años en clara contravención de lo dispuesto en el artículo 26° de la Ordenanza*”²².
66. Por todas esas razones, la MUNICIPALIDAD manifestó que las Adendas no tendrían efectos, siendo que el Contrato es el único que goza de plena validez y vigencia, por lo que este debe ser cumplido por ESPARZA a cabalidad.

V. POSICIÓN DE LAS PARTES EN LA RECONVENCIÓN, CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN Y ESCRITOS ADICIONALES

V.1 Posición de la MUNICIPALIDAD en la Reconvención

67. Mediante su escrito de Reconvención, la MUNICIPALIDAD solicitó se declare la nulidad de las Adendas del Contrato por haber sido suscritas por órgano incompetente, por contravenir normas legales y por prescindir de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la normativa aplicable. La MUNICIPALIDAD se limitó a señalar que “[r]especto a los fundamentos fácticos y jurídicos que respaldan nuestra reconvención, nos remitimos a lo expuesto en líneas precedentes solicitando sean tomadas en cuenta al momento de resolver la reconvención planteada”²³.

V.2 Posición de ESPARZA en la Contestación de la Reconvención

68. Respecto de la Reconvención, ESPARZA solicitó que ésta sea declarada alternativamente inadmisibles o infundada pues, de acuerdo al artículo 38° del Reglamento de la CCL, los escritos deben contener los hechos en los que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula.
69. En virtud de ello, ESPARZA argumentó que “*la reconvención formulada por la*

²¹ Contestación de la Demanda, párrafos 17 y 20.

²² Contestación de la Demanda, párrafo 19.

²³ Reconvención, segundo párrafo, foja 151.

Municipalidad [...] carece de todo fundamento de hecho que la sustente [...], no solo legal, sino jurídico, porque no existe norma alguna o disposición en el Reglamento de la CCL que autorice a fundamentar una pretensión reconvenicional, con los mismos fundamentos con los que se sustenta la contestación de la demanda”²⁴.

70. Asimismo, ESPARZA manifestó que la LCE y su Reglamento se refieren a la facultad de todas las Entidades Públicas para declarar de oficio la nulidad de los actos administrativos. En ese sentido, ESPARZA se realiza la siguiente pregunta:

“¿La primera y segunda adenda al contrato [...] constituyen actos administrativos? Y la respuesta puede ser solo negativa, porque conforme se aprecia de la base legal de estas, las mismas no se sustentan en la Ley de Procedimiento Administrativo General o la Ley de Contrataciones del Estado, sino en la Ley General de Arbitraje. A mayor abundamiento, si las adendas antes mencionadas fuesen actos administrativos, entonces ¿Por qué razón la propia MDJM al amparo de las normas con las que ahora pretende sustentar su pretensión reconvenicional no declaró de oficio la nulidad que ahora demanda?”²⁵.

71. Es decir, ni la LCE ni su Reglamento resultarían aplicables al procedimiento arbitral, sino únicamente la Ley de Arbitraje²⁶. Por dicha razón, a criterio de ESPARZA, la pretensión reconvenicional de la MUNICIPALIDAD carecía de fundamentación jurídica que la sustente.
72. Finalmente, señaló que la MUNICIPALIDAD no utilizó medios probatorios para sustentar su pretensión pues “[...] no se pueden utilizar medios probatorios destinados a acreditar los fundamentos de una contestación de la demanda, para probar los fundamentos de una reconvenición puesto que [...] ambas pretensiones son distintas, y si ambas pretensiones son distintas, los fundamentos de hecho, derecho y medios de prueba no pueden ser iguales”²⁷.

V.3 Respuesta de la MUNICIPALIDAD en escritos adicionales

73. En respuesta, mediante escrito del 18 de julio de 2012, la MUNICIPALIDAD se limitó a precisar que la norma adjetiva es diferente a la norma sustantiva. Veamos:

*“[...] el decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje, así como complementariamente el reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima establecen los **dispositivos procedimentales** aplicables a un proceso arbitral determinado, y en modo alguno contienen **dispositivos sustantivos para resolver la presente controversia**, pues para ello se deberá acudir [...] a la Ordenanza [...]; la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General; o, en su defecto, a la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento vigente” (énfasis del texto original)²⁸.*

²⁴ Contestación de la Reconvenición, puntos 2.2 y 2.3.

²⁵ Contestación de la Reconvenición, punto 2.5.1.

²⁶ Para acreditar ello, ESPARZA presenta el Oficio N° 522-2011-MDJM/GAJyRC en calidad de medio probatorio, en donde la MUNICIPALIDAD aclaró que la norma aplicable a la controversia es el Decreto Legislativo N° 1071 y no la Ley N° 26572 –antigua Ley General de Arbitraje.

²⁷ Contestación de la Reconvenición, punto 2.5.3.

²⁸ Escrito de la MUNICIPALIDAD de fecha 18 de julio de 2012, párrafo 3 de la Sección I.

74. Adicionalmente, señaló que “[c]omo todo acto administrativo, tanto las adendas como el Contrato primigenio debieron reunir los requisitos establecidos en la precitada Ordenanza; de lo contrario, éstos devienen en nulos. La institución de la nulidad de los actos administrativos se encuentra descrito en las artículos 10° al 13° de la Ley de Procedimiento Administrativo General [...]”²⁹. Finalmente, solicitó al Árbitro Único pronunciarse sobre la norma aplicable a la controversia.
75. Posteriormente, mediante escrito del 14 de agosto de 2012, la MUNICIPALIDAD aclaró su posición y añadió que de acuerdo al numeral 1 del artículo 3° de la LPAG, un requisito de validez del acto administrativo es que este sea suscrito por órgano competente. En ese sentido, se incurriría en causal de nulidad del acto administrativo contemplado en los incisos 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG, pues las Adendas fueron suscritas por un funcionario municipal que no gozaba con las facultades para ello.
76. Finalmente, mediante escrito del 25 de octubre de 2012, la MUNICIPALIDAD presentó sus alegatos finales en donde concluyó que la normativa aplicable al procedimiento era la LPAG, la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante, “LOM”) la Ordenanza, la LCE y su Reglamento. En virtud de dichas normas, las Adendas resultarían nulas. Asimismo, explicó que la teoría de los actos propios no resultaría aplicable, pues ésta requiere que no exista una causal de justificación, es decir, que la ley no legitime el comportamiento contradictorio. Además, la MUNICIPALIDAD adjuntó el Reglamento de Organizaciones y Funciones, aprobado por Ordenanza N° 220-MDJM del 27 de marzo de 2007 (en adelante, “ROF”).

VI. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

77. Después de analizar cada uno de los argumentos planteados por las Partes, el Árbitro decidió declarar infundadas las pretensiones de ESPARZA y fundada la Reconvención de la MUNICIPALIDAD.
78. La razón de ello fue que ESPARZA nunca cumplió con acreditar que el Gerente de Administración, señor Julio Cesar Haro Orbegoso, tenía facultades para suscribir las Adendas en nombre de la MUNICIPALIDAD, por lo que las Adendas incurrirían en causal de nulidad por haber sido suscritas por órgano incompetente, en virtud del inciso 2 del artículo 10° de la LPAG, en concordancia con el inciso 1 del artículo 3° de la misma norma. A continuación, desarrollaremos los argumentos del Árbitro respecto de cada punto controvertido.
- **Sobre el primer punto controvertido: Determinar si las Adendas fueron suscritas por órgano competente**
79. De la revisión de las Adendas, se puede apreciar que éstas fueron suscritas únicamente por el Gerente de Administración, el señor Julio Cesar Haro Orbegoso. En ese sentido, resulta necesario determinar si dicho funcionario tenía o no las competencias para suscribir dichas Adendas en nombre de la MUNICIPALIDAD.

²⁹ Escrito de la MUNICIPALIDAD de fecha 18 de julio de 2012, párrafo 4 y 5 de la Sección II.

80. Como punto de partida, el Árbitro señaló que la competencia es el conjunto de atribuciones, facultades o poderes correspondientes a un órgano u organismo de la administración pública, las cuales le permiten decidir válidamente sobre determinada materia previamente establecida en la Constitución o en normas de rango legal.
81. La competencia se rige por el principio de legalidad. Es decir, las competencias no se presumen, sino que deben ser atribuidas de forma clara y expresa. De allí que la competencia constituye un requisito esencial de validez de todo acto administrativo.
82. Ahora bien, tomando en cuenta la Constitución Política del Perú (en adelante, la “Constitución”) y el régimen legal aplicable, las Municipalidades son competentes para aprobar sus propias Ordenanzas y determinar el régimen de administración de sus bienes.
83. En este caso particular, debemos tomar en cuenta el ROF y la Ordenanza. De acuerdo a los artículos 36° y 37° del ROF, la Gerencia de Administración no tenía las facultades para suscribir contratos en representación de la MUNICIPALIDAD. Por el contrario, los artículos 7° y 8° del ROF señalan que el órgano competente es la Gerencia Municipal. Lo anterior, en concordancia con el artículo 27° de la LOM, el cual establece que la administración municipal está bajo la dirección y responsabilidad del Gerente Municipal.
84. En la Demanda, ESPARZA manifestó que, a la fecha de suscripción de las Adendas, el señor Julio Cesar Haro Orbegoso, Gerente de Administración, ostentaba; además, el cargo de Presidente del Comité de Gestión Patrimonial. Sobre este aspecto, el Árbitro Único advirtió que ESPARZA no cumplió con acreditar que el señor Haro ejerció dicho cargo en el Comité. Por el contrario, la MUNICIPALIDAD ha negado en varias ocasiones que dicho funcionario ostentaba el cargo de Presidente, aportando diversos medios probatorios.
85. Sin perjuicio de ello, el Árbitro analizó si (i) el Comité, como órgano colegiado, tenía facultades para suscribir contratos, como es el caso de las Adendas y, adicionalmente, (ii) si uno de los miembros del Comité, actuando a título individual, podría suscribir las Adendas materia del arbitraje.
86. Respecto de (i) las facultades del Comité como órgano colegiado, arribó a la conclusión que ninguna disposición de la Ordenanza facultaba al Comité a suscribir contratos en nombre de la MUNICIPALIDAD, sino más bien, el Comité tenía únicamente facultades para “aprobar” contratos. Así, el Árbitro realizó un breve análisis sobre la diferencia entre los “actos de decisión” y los “actos de ejecución”, concluyendo que el Comité únicamente tenía la facultad de decidir sobre la celebración de un contrato, más no de ejecutar o suscribir un contrato. Afirmar lo contrario implicaría hacer una interpretación extensiva de las competencias de dicho Comité, lo cual se encuentra prohibido en virtud del principio de legalidad.
87. Respecto de (ii) las facultades individuales del señor Haro, el Árbitro resaltó que ESPARZA no cumplió con acreditar que el funcionario en cuestión tenía facultades y competencias para

suscribir las Adendas, por lo que se concluyó que éstas fueron suscritas por funcionario incompetente.

▪ **Sobre el segundo punto controvertido: Determinar si las modificaciones introducidas por las Adendas debieron sujetarse a lo dispuesto en la Ordenanza**

88. Habiendo concluido que las Adendas fueron suscritas por órgano incompetente, el Árbitro Único consideró que carecía de sentido pronunciarse sobre este punto.

▪ **Sobre el tercer punto controvertido: Determinar si con las Adendas se incurrió en algún supuesto de nulidad**

89. El Árbitro sostuvo que la LCE y su Reglamento no resultaban aplicables a la presente controversia pues estas normas tienen por objeto regular supuestos de hecho distintos a los discutidos en este caso. Sin embargo, la LPAG sí sería aplicable a este caso pues, no cabe duda que la MUNICIPALIDAD siguió un procedimiento administrativo para la gestión de sus bienes. Así, señaló que el Contrato es un contrato administrativo, el cual persigue un objetivo público.

90. La manera en la cual un órgano de la administración forma su voluntad está regida por el Derecho Administrativo. A diferencia de los particulares, los cuales expresan su voluntad a través de un acto jurídico, la administración pública expresa su consentimiento a través de un acto administrativo. En ese sentido, resultarían aplicables los requisitos de validez del acto administrativo contempladas en el artículo 3° de la LPAG. Al no cumplir con el requisito de competencia, el Árbitro Único declaró que las Adendas resultarían nulas de acuerdo al inciso 2 del artículo 10° de la LPAG.

▪ **Sobre el cuarto punto controvertido: Determinar si las causales de nulidad son convalidables, subsanables o confirmables**

91. De acuerdo al principio de conservación del acto administrativo, se concluyó que el vicio de las Adendas no se encuentra previsto en el artículo 14° de la LPAG, en consecuencia, la MUNICIPALIDAD no podría subsanarlas, conservarlas ni convalidarlas.

92. Respecto de este punto, el Árbitro analizó si existía la posibilidad de que las Adendas sean convalidadas en aplicación de la teoría de los actos propios invocada por ESPARAZA. Después de analizar los tres elementos necesarios para su aplicación, concluyó que ésta no resultaría aplicable, toda vez que no ocurrió el primer elemento. Es decir, no hubo una primera actuación relevante pues ésta presupone una actuación válida y eficaz. Solo un acto válido es relevante para el Derecho. En cambio, las Adendas, en tanto actos administrativos nulos, no pueden ser considerados relevantes.

▪ **Sobre el quinto punto controvertido: Determinar si las causales de nulidad fueron convalidadas, subsanadas o confirmadas**

93. Se concluyó que carecía de objeto pronunciarse sobre este punto.

- **Sobre el sexto y séptimo punto controvertido: Determinar si existe deuda pendiente de parte de ESPARZA y si corresponde declarar la inexistencia e inexigibilidad de la deuda**

94. De la revisión de la Reconvención, el Árbitro concluyó que no se había incluido una pretensión mediante la cual se ordene a ESPARZA pagar los montos controvertidos a favor de la MUNICIPALIDAD. En ese sentido, decidió no condenar a ESPARZA al pago de los montos exigidos por la MUNICIPALIDAD, a fin de no incurrir en un pronunciamiento que vaya más allá de lo solicitado.

95. Sin perjuicio de lo anterior, el Árbitro decidió que sí correspondía declarar que todo crédito y débito derivado del Contrato (y no de las Adendas) resultaría existente y, además, exigible. Así, el Árbitro Único declaró que los créditos a favor de la MUNICIPALIDAD por concepto de renta, 10% de las entradas vendidas y penalidades por los meses de diciembre de 2007 a febrero de 2011 nacidos del Contrato resultarían existentes y válidos.

- **Sobre el octavo punto controvertido: determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos del proceso**

96. Se determinó que corresponde pagar los gastos arbitrales en partes iguales.

VII. PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

97. Conforme a lo expuesto, en este proceso arbitral, ESPARZA y la MUNICIPALIDAD discutieron sus diferencias, principalmente, en relación a (i) la validez y eficacia de las Adendas que modifican y redujeron, entre otras cuestiones, la renta pactada en el Contrato; y, (ii) la naturaleza de las Adendas al Contrato.

98. Sobre el punto (i) ESPARZA señaló que las Adendas que reducen el monto de la renta pactada en el Contrato son plenamente válidas y eficaces; mientras que la MUNICIPALIDAD sostuvo que estas son nulas por haber sido suscritas por órgano incompetente y por no haber seguido el procedimiento descrito en la Ordenanza para su suscripción y posterior ratificación.

99. Sobre el punto (ii) ESPARZA sostuvo que las Adendas son acuerdos privados entre las partes, por lo que no resulta aplicable la LPAG ni la LCE; mientras que la MUNICIPALIDAD sostuvo que las Adendas, así como el Contrato, son actos administrativos, regidos por la Ordenanza, al ser la norma especial; por la LPAG, al ser la norma que rige todos los procedimientos administrativos; y, supletoriamente, por la LCE, al ser la norma que regula todos los contratos celebrados por la administración pública.

100. No obstante las discusiones planteadas, la Demandante planteó un petitorio donde no solicitó al Árbitro Único pronunciarse sobre la validez, eficacia y naturaleza de las Adendas.

ESPARZA se limitó a solicitar que se “deje sin efecto” las reclamaciones realizadas por la MUNICIPALIDAD, utilizando para ello argumentos que no resultaban aplicables a las discusiones planteadas. Por su parte, en la Reconvención, la MUNICIPALIDAD planteó un petitorio donde únicamente solicitó al Árbitro Único declarar la nulidad de las Adendas en virtud de la LPAG y la LCE, sin establecer una pretensión referente a la condena de ESPARZA sobre los montos adeudados en virtud del Contrato, lo cual resultaba una consecuencia lógica de ampararse la pretensión de nulidad planteada.

101. Adicionalmente, en la Contestación de la Reconvención, ESPARZA no profundizó en la discusión sobre la naturaleza de las Adendas, señalando simplemente que éstas no eran actos administrativos. ESPARZA nunca argumentó cuál era la real naturaleza de éstos actos, aceptando, finalmente, la aplicación de la LPAG.

102. De acuerdo a todas las cuestiones analizadas, en este acápite, plantearemos los principales Problemas Jurídicos Identificados, los cuales recaen en el análisis de las posiciones de ambas Partes en el proceso arbitral, incluyendo el análisis sobre los argumentos esbozados por el Árbitro Único. Destacamos que los Problemas Jurídicos Identificados no se relacionan necesariamente con los Puntos Controvertidos fijados en el arbitraje, pues nuestro objetivo es analizar incluso aquellas cuestiones que no han sido adecuadamente analizadas o discutidas a lo largo del proceso arbitral, pero que consideramos interesante traer a colación, tomando en cuenta las circunstancias del caso concreto.

103. A continuación, presentamos los principales Problemas Jurídicos Identificados, acompañados de una breve descripción sobre los asuntos que determinaremos en cada uno de ellos:

A. ¿Fue correcta la declaración de nulidad de las Adendas en virtud de la causal de incompetencia contemplada en la LPAG?

104. Sobre el Primer Problema, analizaremos la aplicabilidad de la LPAG a la presente controversia.

105. Según la Demandante, la LPAG no resultaba aplicable toda vez que las Adendas no son actos administrativos.

106. Según la Demandada, la LPAG es de aplicación pues el Contrato y Adendas son actos administrativos. Señaló también que la Ordenanza es la norma especial que reguló el procedimiento de arrendamiento del Estadio Municipal. Finalmente, refiere que, supletoriamente, la LCE y su Reglamento son aplicables al caso en tanto regulan los contratos públicos.

B. ¿Es posible declarar la nulidad de actos administrativos en sede arbitral?

107. El Segundo Problema parte de la conclusión arribada por el Árbitro Único sobre la naturaleza de las Adendas. Como mencionamos, este resolvió que las Adendas eran actos administrativos, por lo que LPAG resultaba aplicable. Así, en este punto determinaremos si es posible discutir

sobre la legalidad y validez de los actos administrativos en sede arbitral, de acuerdo a nuestra Constitución y las normas que rigen la materia. En términos jurídicos, analizaremos la arbitrabilidad objetiva de los actos administrativos.

108. En este caso, ESPARZA no discutió a profundidad la naturaleza de las Adendas, aceptando, finalmente, la posición de la MUNICIPALIDAD sobre la aplicación de la LPAG al caso concreto.
109. Sobre la arbitrabilidad, el Árbitro Único hizo un somero análisis en el acápite IV de su Laudo, concluyendo que la presente controversia constituía una materia arbitrable, por lo que resolvió, sin mayor inconveniente, declarar la nulidad de los actos administrativos (Adendas) en virtud de la causal de incompetencia contemplada en la LPAG.

C. En caso las Adendas fueran actos administrativos, ¿resulta relevante analizar los requisitos y plazos de prescripción contemplados en la LPAG?

110. El Tercer Problema surge como una consecuencia lógica del Segundo Problema. Si las Adendas son actos administrativos y éstos son arbitrables, entonces, la consecuencia lógica sería la aplicación de la LPAG por parte del Árbitro Único, pues dicha norma regula el supuesto específico de la nulidad de los actos administrativos.
111. En ese sentido, determinaremos si resultaba indispensable analizar los requisitos para la declaración de nulidad de un acto administrativo contemplados en la LPAG, así como los plazos de prescripción que esta norma contempla.

D. ¿Se debió declarar la responsabilidad de la administración pública o del personal a su servicio?

112. Sobre el Cuarto Problema, analizaremos las consecuencias lógicas de considerar a las Adendas como actos administrativos. Es decir, sobre este aspecto, analizaremos el artículo 11° de la LPAG, el cual determina que la resolución que declara la nulidad de un acto administrativo debe, a su vez, disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido.
113. Mencionamos que este Problema es solo una situación hipotética que surge a raíz de la declaración de nulidad de las Adendas, en virtud de la LPAG. Naturalmente, este punto no fue discutido en el arbitraje ni por las Partes ni por el Árbitro Único.

E. ¿Resultaba aplicable a este caso concreto la teoría de los actos propios y la teoría de la imprevisión alegadas por ESPARZA?

114. Sobre el Quinto Problema, analizaremos los principales argumentos de la defensa de ESPARZA en relación a las pretensiones planteadas.

115. Como mencionamos, ESPARZA señaló que en virtud de la teoría de los actos propios y de la teoría de la imprevisión, la MUNICIPALIDAD había perdido su derecho de reclamar la nulidad de las Adendas, en la medida que ésta había aceptado la renta modificada por las Adendas, sin queja alguna.
116. Sin embargo, sobre este aspecto, la MUNICIPALIDAD, argumentó que la teoría de los actos propios no resultaba aplicable a la presente controversia, en la medida que el ordenamiento jurídico permite cuestionar actos nulos. Sobre la teoría de la imprevisión, guardó silencio.

F. ¿El Árbitro Único incurrió en algún supuesto de incongruencia en el laudo?

117. Sobre el Sexto y último Problema, determinaremos si fue correcto que el Árbitro Único no condene a ESPARZA a pagar a la MUNICIPALIDAD los montos adeudados en virtud del Contrato.
118. En este punto, determinaremos si dicha inhibición se trata de un supuesto de incongruencias por defecto (*infra petita*) o si, por el contrario, su pronunciamiento hubiera incurrido en el supuesto de incongruencias por exceso (*extra petita* o *ultra petita*).
119. Como mencionamos, la MUNICIPALIDAD planteó un petitorio en el cual no estableció reclamo alguno sobre el pago de la deuda de ESPARZA, lo cual resultaba una consecuencia natural en caso la pretensión de nulidad de las Adendas resulte amparada.
120. Finalmente, resaltamos que los Problemas Jurídicos Identificados en este acápite son presentados en un orden estratégico, el cual nos permitirá realizar el análisis de cada caso con mayor facilidad.

VIII. ANÁLISIS Y TOMA DE POSICIÓN SOBRE CADA UNO DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

121. Presentados los Problemas Jurídicos Identificados y las cuestiones a determinar en cada uno de los casos, plantearemos nuestra posición sobre ellos en el mismo orden propuesto.

A. ¿Fue correcta la declaración de nulidad de las Adendas en virtud de la causal de incompetencia contemplada en la LPAG?

122. La respuesta a esta pregunta es negativa. Si bien las Adendas, efectivamente, estaban viciadas de nulidad, consideramos que dicha nulidad debió ser declarada en función del inciso 1 del artículo 219° del Código Civil, en concordancia con los artículos 4° y 59° de la Ordenanza, y no en virtud del artículo 10° de la LPAG. Para desarrollar nuestra posición analizaremos; (i) en primer lugar, la naturaleza de los contratos suscritos por la administración pública; (ii) en segundo lugar, la naturaleza del Contrato y de las Adendas en este caso concreto y; (iii) finalmente, las normas aplicables al Contrato y sus Adendas para la determinación de su validez.

(i) *La naturaleza de los contratos suscritos por la administración pública*

123. La administración pública es el poder destinado a servir al interés general utilizando diversos mecanismos para que dicho servicio sea real y efectivo. Entre los mecanismos que están a disposición de la administración pública para el cumplimiento de sus fines, podemos destacar la emisión de normas, la participación directa en la economía mediante empresas estatales, la ejecución de su propio presupuesto y, desde luego, la colaboración con terceros³⁰. En este último supuesto están comprendidos los contratos que suscribe la administración pública.
124. No existe un criterio uniforme para identificar la nomenclatura de los contratos que suscribe la administración. En la doctrina y jurisprudencia actual podemos encontrar referencias como “contrato público”, “contrato estatal”, “convenio administrativo”, “contrato de la administración”, entre otros³¹.
125. Sobre la naturaleza de los contratos suscritos por un ente administrativo, hemos podido identificar hasta tres teorías distintas. En la primera, todos los contratos de la administración pública son regidos por el Derecho Común. En la segunda, todos los contratos de la administración pública son de Derecho Público. La tercera señala que unos contratos de la administración son regidos por el Derecho Común, mientras que otros por el Derecho Público.
126. De acuerdo a la primera teoría, José María BOQUERA afirma lo siguiente:
- “[T]odos los contratos de la Administración son civiles, parte de la convicción de que el Estado [...] a los que habitualmente denominamos Administraciones Públicas, son sujetos dotados de capacidad jurídico-privada y de poder público. **Con su capacidad privada pueden ponerse de acuerdo con otros sujetos para crearse y atribuirse recíprocas consecuencias jurídicas.** Con su poder público-administrativo, aquéllas crean unilateralmente e imponen consecuencias jurídicas a otras personas. **Con la capacidad jurídico-privada celebran contratos civiles y con el poder público administrativo dan nacimiento a actos administrativos.** ‘El contrato –dice STAINOV– es únicamente una categoría de Derecho Civil [...] de tal manera que sólo hay un contrato, el contrato ordinario, el contrato de Derecho Civil’”³² (énfasis y subrayado añadidos).*
127. Sobre ello, se señala que, previo a la suscripción de estos contratos, existen actos administrativos referidos a la manifestación de voluntad de la entidad pública, los cuales son perfectamente separables del contrato mismo. Se trata de la “teoría de los actos separables”, nacida en Francia como respuesta a cierta jurisprudencia que establecía que solo las partes del contrato estaban legitimadas para cuestionar su validez. Para evitar esta situación, se consideraba que existen actos separables del contrato, los cuales podían ser cuestionados por cualquier interesado en la vía contencioso-administrativa. El problema radicaría en que la anulación de estos actos no pregonaba necesariamente la anulación del contrato mismo³³.

³⁰ SALAZAR CHAVEZ, Ricardo (2004). *La contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato*. Lima, Perú. Revista Derecho & Sociedad N° 23, pág. 36.

³¹ MORON URBINA, Juan Carlos (2016). *La contratación estatal*. Gaceta Jurídica. Octubre, pág. 20 y 21.

³² BOQUERA OLIVER, José María (1999). *Los contratos de la administración desde 1950 hasta hoy*. Valencia, España. Revista de Administración Pública N° 150, p. 13.

³³ BACA ONETO; Víctor Sebastián (2009). *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de*

128. Bajo esta teoría, existen dos momentos. En primer lugar, los actos previos a la suscripción del contrato, es decir, los procedimientos necesarios para que la administración manifieste su voluntad de contratar y; en segundo lugar, el contrato en sí mismo. Así, resulta necesario “*distinguir entre la interpretación, efectos, cumplimiento y extinción de un contrato, que se rigen por el derecho privado, y su preparación y adjudicación, que se rigen por el orden contencioso-administrativo*”³⁴.
129. En nuestro país, la mayoría de los contratos suscritos por un ente administrativo solo pueden ser cuestionados mediante arbitraje, lo cual restringe el número de legitimados para ello. Los postores no adjudicatarios únicamente podrán impugnar los actos administrativos previos mediante recursos administrativos. Por tanto, en nuestro país sí se distingue el contrato de los actos administrativos previos. Así, se garantiza el derecho de los postores no adjudicatarios pues el contrato no se suscribe hasta que el recurso esté resuelto. Sin embargo, ocurre el mismo problema que en la legislación europea si nos ponemos en el supuesto en el cual el acto por el que se resolvió el recurso fuese apelado ante el Poder Judicial³⁵.
130. A manera de conclusión, podemos citar a Francisco GONZALES DE COSSÍO, quien señala lo siguiente:
- “[T]enemos un problema serio con una solución fácil, que resumiré con el siguiente eufemismo: el remedio a la ‘malaise française’ es el antídoto ‘anglaise’: un contrato entre un ente privado y un ente público se rige en su génesis por el Derecho administrativo. Pero ya concluido, es un contrato como cualquier otro. El régimen contractual es igual para ambas partes [...] No sería la primera materia en la cual se acepta la teoría de la doble personalidad del Estado: si bien soberano, cuando acude al mercado—cuando contrata—se le tratará como cualquier otro agente económico”³⁶ (énfasis y subrayado añadido).*
131. En la segunda teoría, los contratos administrativos son regidos Derecho Público. De acuerdo a la “teoría de la sustantividad”, los contratos administrativos son una institución jurídica propia, la cual goza de un régimen especial sustantivo. Basta con que uno de los sujetos contratantes sea la administración pública para que se introduzca un régimen de privilegios y sujeciones, lo cual hace imposible equiparlos a los contratos del Derecho Privado.
132. Otros autores señalan que los contratos administrativos no se explican sin la referencia al acto administrativo. De acuerdo a ello, los contratos administrativos se perfeccionan por un acto unilateral de la administración en ejercicio de una potestad pública³⁷. Así, la decisión

Contrataciones del Estado y su Reglamento. Circulo de Derecho Administrativo N° 7. Pág. 89.

³⁴ SORIANO HINOJOSA, Álvaro (2018). *Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia (Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 30 mayo 2018)*. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, p. 801.

³⁵ BACA ONETO; Víctor Sebastián (2009). *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.* Circulo de Derecho Administrativo N° 7. Pág. 90.

³⁶ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco (2012). *Arbitraje y Contratación Gubernamental.* Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, p. 131 - 132.

³⁷ ABRUÑA PUYOL, Antonio (2016). *Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo.* Revista Foro Jurídico N° 15, pág. 264 y 265.

administrativa estaría contenida en el correspondiente acto administrativo, por lo que deben ser igualmente considerados como tales³⁸. Ello se corrobora pues la administración tiene la potestad de revisar de oficio lo contratos y ejercer sus potestades unilateralmente³⁹.

133. También se define a éstos contratos como actos administrativos bilaterales, en tanto participa la voluntad del administrado. En consecuencia, al contrato administrativo se le aplicarían los mismos principios de la teoría general del acto administrativo (elementos, nulidades, vicios, extinciones, etc.), tomando en cuenta sus peculiaridades⁴⁰.
134. Finalmente, de acuerdo a la tercera teoría, la administración pública suscribe tanto contratos privados como públicos. Así, en aquellos casos donde el objeto del contrato esté más vinculado a un asunto de interés general y dicho interés se incorpore a su causa, se justifica que en aquel contrato la administración pública pueda hacer uso de las potestades, incidiendo sobre la relación contractual. Sin embargo, existen otros contratos, pertenecientes al derecho privado, donde no se justifica las grandes prerrogativas de la administración⁴¹. Bajo esta teoría, el Estado tiene dos personalidades, una privada, en donde la administración solo realiza actos de gestión *–ius gestionis–* y otra donde realiza actos soberanos o de imperio *–ius imperium*.
135. Bajo esta teoría, es posible que determinadas actuaciones o decisiones administrativas no estén regidas por el Derecho Público. Ello sucede cuando las actuaciones de las entidades, bajo marco legal específico habilitante, se sujeten al Derecho Común, despojándose de sus potestades públicas como sucede cuando una entidad pública concreta un contrato de estabilidad jurídica con un particular, o se somete a arbitraje para definir las controversias que pudiera suscitar su actuación⁴².
136. La posibilidad de que la administración pública suscriba tanto contratos privados como públicos está consagrada expresamente en la legislación española desde la primera Ley de Bases de Contratación del Estado, aprobada por Ley 198/1963. Dicha posibilidad es reproducida por las siguientes normas derogatorias y, finalmente, por la vigente Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Ley 9/2017. Ello podemos evidenciarlo en los siguientes artículos:

“Artículo 9.- Relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito del dominio público y en el ámbito patrimonial

[...]

2. **Quedan, asimismo, excluidos de la presente Ley los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de**

³⁸ JIMENEZ MURILLO, Roberto (2009). *Los contratos administrativos derivados de los actos administrativos patrimoniales estatales*. Circulo de Derecho Administrativo. Pág. 231.

³⁹ BACA ONETO; Víctor Sebastián (2009). *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Circulo de Derecho Administrativo N° 7. Pág. 91-92.

⁴⁰ CASSAGNE, Juan Carlos (2017). *Derecho Administrativo*. Tomo I, Palestra Editores, pág. 597 y 598.

⁴¹ BACA ONETO; Víctor Sebastián (2014). *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*. Revista Ius et Veritas N° 48, Julio 2014, pág. 286.

⁴² MORON URBINA, Juan Carlos (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima, Perú, Gaceta Jurídica, p. 195.

ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, **que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial**” (énfasis añadido).

“Artículo 24.- Régimen jurídico aplicable a los contratos del sector público
Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo **o de derecho privado**” (énfasis añadido).

“Artículo 26.- Contratos privados

[...]

2. **Los contratos privados que celebren las Administraciones Públicas se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por las Secciones 1.ª y 2.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo de la presente Ley con carácter general, y por sus disposiciones de desarrollo, aplicándose supletoriamente las restantes normas de derecho administrativo o, en su caso, las normas de derecho privado, según corresponda por razón del sujeto o entidad contratante. En lo que respecta a su efectos, modificación y extinción, estos contratos se regirán por el derecho privado**” (énfasis añadido).

137. Nos adherimos a esta teoría. En una primera aproximación, **consideramos que, en virtud del principio de coherencia y unidad normativa, los contratos de la administración participan y comparten la naturaleza del concepto general de “contrato”, sin que exista la necesidad de crear la institución jurídica diferenciada**, tal como la teoría de la sustantividad lo pregona. De hecho, “[...] *la solución razonable es entender, desde la unidad última del Derecho, que el contrato es un supraconcepto que abarca contratos que operan en el ámbito privado y contratos que lo hacen en el público*”⁴³.
138. Por lo tanto, es posible definir al contrato suscrito por un ente administrativo como un acuerdo de voluntades entre dos o más partes, destinados a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial⁴⁴. Lo que ocurre es que, **dependiendo de su naturaleza, en algunos contratos se justificará la inclusión de prerrogativas a favor de la administración y en otros no**. Así, “*los contratos que celebra la Administración Pública en el Perú puedan tener un régimen mixto con participación del derecho público y el derecho privado en diferentes grados de intensidad*”⁴⁵.
139. Es, justamente, el logro de la finalidad pública la que justifica que, en algunos casos, los contratos administrativos respondan a un régimen diferenciado del Derecho Común, con una

⁴³ MEILÁN GIL, José Luis (2011). *Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos*. Revista Derecho PUCP N° 66. Lima, Perú, pág. 229.

⁴⁴ De hecho, el Anexo N° 1 del Reglamento de la vigente Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, define “contrato” como “*el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y el Reglamento*”. Esta definición es prácticamente idéntica a la definición de contrato consagrada en el artículo 1351° del Código Civil. Esto denota que la referida norma no pretende definir al contrato como sinónimo de potestades exorbitantes de la administración pública, las cuales, a criterio de numerosos autores, es la razón que justifica la sustantividad del “contrato administrativo”. En otras palabras, el contrato definido en la vigente Ley de Contrataciones del Estado no contempla necesariamente la posibilidad de incluir prerrogativas unilaterales a favor de la administración para imponerse en la relación contractual.

⁴⁵ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2006). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Lima, Perú. Revista de Derecho Administrativo N° 2, p. 32
Recuperado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>>

mayor participación del Derecho Público. Nos referimos, particularmente, a los contratos en donde el Estado, a través de actos soberanos o de *ius imperium*, utiliza su poder adjudicador para la construcción de una obra pública, la adquisición de bienes, servicios o suministros utilizando fondos públicos. Cuando el Estado suscribe estos contratos, busca que la sociedad logre hacer realidad valores y metas programáticas. De allí que cuando exista un conflicto entre el interés de la entidad contratante y el privado, prevalezca el interés colectivo, sin perjuicio de mecanismos resarcitorios para la persona privada. En estos casos, es lógica la justificación de grandes prerrogativas estatales.

140. Sin embargo, existen otras situaciones en donde la administración pública actúa en pie de igualdad con los privados. Ello ocurre en los casos en donde la administración pública suscribe contratos típicos de compra venta, permuta, donación, arrendamiento, entre otros. “[C]uando **la ley permite u obliga al Estado, para resolver sus problemas o atender sus necesidades públicas, a usar las técnicas o procedimientos del derecho privado, está ‘privatizando’, tal como sucede en los casos de actos jurídicos, como el contrato de arrendamiento, el de compra venta o en ciertas operaciones económicas [...] en las cuales el Estado se somete al régimen del derecho privado**”⁴⁶ (énfasis subrayado añadidos).
141. En ese sentido, es posible afirmar que existen dos tipos diferentes de actuaciones estatales. El primero se refiere a contratos que, por su naturaleza, justifican la inclusión de un régimen especial de contrataciones con el Estado, régimen que responderá al Derecho Público. El segundo, por el contrario, se refiere a determinadas situaciones que no requieren dicho régimen especial, pues el Estado perfectamente puede actuar de acuerdo a las reglas de los agentes privados, claro está, siguiendo siempre los procedimientos y formalidades administrativas para la manifestación de su voluntad, los cuales sirven de garantía frente a los administrados.
142. Así lo manifiesta el doctor Rodolfo BARRA, cuando señala lo siguiente:

*“Habrá, tanto en nuestro sistema como en otros, casos en que la relación jurídica pública –por la presencia en ella de un sujeto público– se encontrará totalmente sometida a una regulación de Derecho público. **Habrá otros casos** –también en nuestro ordenamiento– **en los que la regulación primera será de Derecho privado, seguramente porque al legislador no le ha resultado de necesidad la regulación pública para asegurar el fin de justicia distributiva que supone la relación jurídica pública**”⁴⁷ (énfasis y subrayado añadido).*

a. Principales actores

143. Ahora bien, cualquiera sea el régimen al que esté sometido el contrato suscrito por la administración pública, los principales actores son, por un lado, la administración pública, la cual identifica una necesidad y programa la satisfacción de la misma a través de un mecanismo

⁴⁶ NEVA NEGRETE, Alfonso (1963). *Contratos privados de la administración pública*. México. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XIII, N° 51, julio – setiembre, p. 6.

Recuperado de <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2688/5.pdf>>

⁴⁷ BARRA, Rodolfo (2008). *La sustantividad del contrato administrativo*. Buenos Aires, Argentina. Revista Ediciones Especiales, Primeras Jornadas Argentino Norteamericanas sobre Contratación Pública, p. 15.

Recurado de <https://www.academia.edu/29366556/La_sustantividad_del_contrato_administrativo_-_ED_182-1029>

contractual. Para ello, resulta sumamente relevante que la entidad actúe a través de funcionarios con competencias y con capacidad para contratar, de modo que ésta pueda manifestar válidamente su voluntad y el contrato quede perfeccionado correctamente.

144. Por otro lado, los agentes privados –o contratistas– son también protagonistas pues, éstos son considerados como colaboradores del Estado ya que, mediante su prestación se logrará la realización de determinado fin público.

b. Diferentes mecanismos de manifestación de voluntad

145. Estos actores deberán manifestar su voluntad de manera que el contrato quede consentido y perfeccionado. Como sabemos, **en el Derecho Común los agentes privados rigen su actuar por el principio de la autonomía de la voluntad**. En virtud de dicho principio, los individuos tienen la capacidad de regir sus propias relaciones jurídicas, gozando de amplias libertades de contratación, lo cual garantiza que las partes puedan pactar válidamente sobre todo aquello que no esté expresamente prohibido o atente contra el orden público y las buenas costumbres⁴⁸. No obstante, cuando éstos contratan con el Estado, la situación del contratista varía respecto del Derecho Privado, pues su voluntad tendrá que adaptarse a determinadas formalidades para ser válida y forjar un consentimiento reconocible para la administración pública⁴⁹.
146. En contraposición con el principio de la autonomía de la voluntad que rige la actuación de los privados, **en el Derecho Público rige el principio de legalidad**. El principio de legalidad es la predeterminación normativa de la actuación administrativa. **Este principio exige la formación de la voluntad administrativa conforme al ordenamiento, sin permitir la generación de consecuencias jurídicas a las actuaciones indebidas**. Así, en las actuaciones administrativas prevalece la subordinación a la legalidad, a diferencia de las actuaciones privadas en donde rige la libertad⁵⁰. En consecuencia, **la legalidad es el presupuesto de legitimidad de la actuación de la administración pública**.
147. La expresión y ejecución de **la voluntad de la administración pública se patentiza en la noción de “procedimiento”**. El procedimiento constituye el mecanismo previo de formación y preparación de la voluntad de la Administración Pública, el cual no debe confundirse con el contrato mismo⁵¹. Podemos encontrar una definición legal en el artículo 29° de la LPAG, así, “[s]e entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitadas en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”. En la doctrina, el procedimiento es definido como **la serie de actos progresivos y coligados encaminados a la consecución de un fin específico**.

⁴⁸ De acuerdo al artículo 62° de la Constitución y del artículo V del Título Preliminar del Código Civil.

⁴⁹ MORON URBINA, Juan Carlos y AGUILERA, Zita (2019). *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, Perú, pág. 97.

⁵⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2016). *La contratación estatal*. Gaceta Jurídica. Octubre, pág. 726.

⁵¹ DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2006). *El régimen de los contratos estatales en el Perú*. Lima, Perú. Revista de Derecho Administrativo N° 2, p. 17.

Recuperado de <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>>

148. Es necesario mencionar en este aspecto que estos actos administrativos que conforman el procedimiento deben ser emitidos por órgano o funcionario competente. De acuerdo al inciso 1 del artículo 3° de la LPAG, la competencia –entendida como “*la aptitud legal que surge del conjunto de facultades y atribuciones que corresponden a los órganos y sujetos estatales*”⁵²– es uno de los requisitos de validez del acto administrativo.
149. Por ejemplo, en el caso que nos concierne, para manifestar su voluntad de arrendar el Estadio Municipal, la MUNICIPALIDAD tuvo que seguir un procedimiento reglado, descrito en la Ordenanza, a través del órgano competente (Comité), el cual comprendía una serie de actos administrativos cuyo término consistía en la emisión del acto de adjudicación. La adjudicación y posterior ratificación por parte del Concejo es el acto final del procedimiento mediante el cual la MUNICIPALIDAD decidió vincularse con ESPARZA.
150. Cabe preguntarse, ¿es posible sostener que el acto de adjudicación emane consecuencias contractuales unilaterales? Consideramos que **el acto de adjudicación no tiene consecuencias contractuales unilaterales, pues hace falta la confluencia de la voluntad del contratista** para la suscripción y posterior perfeccionamiento del Contrato.

c. Perfeccionamiento del contrato

151. Una vez manifestada la voluntad de cada actor, el contrato deberá perfeccionarse para tener efectos jurídicos. Todos los contratos, independientemente de su naturaleza, se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos que, además, deban observar la forma señalada por la ley, bajo sanción de nulidad⁵³.
152. De acuerdo a MORÓN URBINA y ZITA AGUILERA, “[...] en el contrato estatal el consentimiento se forma por la voluntad administrativa con la voluntad del contratista, desarrolladas a través de procedimientos sustancialmente reglados en los que ambas manifestaciones de voluntad se van sucediendo hasta concretar el acuerdo dentro del marco legal”⁵⁴ (énfasis y subrayado añadidos). **El hecho de que el contrato de la administración deba seguir procedimientos reglados, no quiere decir que estemos frente a una figura regida por el Derecho Público necesariamente.** Lo que ocurre es que, en virtud del principio de legalidad, la voluntad de la administración pública debe sujetarse al Derecho que la delimita y define las formas válidas para el ejercicio del poder.
153. En la misma línea, MEILÁN GIL sostiene que los contratos administrativos nacen de la confluencia de la voluntad de la administración pública y del contratista. Lo que pasa es que la voluntad de la primera se forma a través de procedimientos mayormente reglados y regulados por ley, guiados por el principio de legalidad. La administración manifiesta su voluntad con el acto administrativo de adjudicación. Esta manifestación se deberá vincular con

⁵² CASSAGNE, Juan Carlos (2017). *Derecho Administrativo*. Tomo I, Palestra Editores, pág. 658.

⁵³ De acuerdo al artículo 1352° del Código Civil.

⁵⁴ MORON URBINA, Juan Carlos y AGUILERA, Zita (2019). *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, Perú, pág. 96.

la del contratista, formada a través del principio de la voluntad, para que nazca, finalmente, un contrato del cual se deriven derechos y obligaciones para ambas partes⁵⁵.

154. Sin perjuicio de ello, para perfeccionar el contrato en el caso que nos concierne, además de la confluencia de ambas voluntades, se requería la ratificación del Contrato por un órgano superior (Concejo Municipal), en virtud de las disposiciones de la Ordenanza. De acuerdo al marco normativo habilitante, únicamente el Concejo Municipal tenía competencias para aprobar el Contrato en representación de la MUNICIPALIDAD y perfeccionarlo válidamente.
155. Así, sobre esta primera sección, es posible concluir que **la administración pública suscribe contratos regidos mayormente por el Derecho Público y contratos mayormente regidos por el Derecho Privado. Cualquiera sea su naturaleza, ambos actores –Entidad y contratista– deberán manifestar su voluntad de acuerdo a las reglas aplicables a cada uno de ellos para, posteriormente, perfeccionar el contrato mediante el consentimiento y confluencia de ambas voluntades, siguiendo los procedimientos establecidos para ello.**
156. Habiendo concluido lo anterior, debemos analizar cuál es la naturaleza del Contrato y sus Adendas para, posteriormente, determinar las normas aplicables.

(ii) La naturaleza del Contrato y sus Adendas en este caso concreto

157. El Contrato bajo análisis regula la administración del patrimonio de la MUNICIPALIDAD con la finalidad de obtener determinada renta por el uso del bien objeto de arrendamiento, pero conservando la titularidad del mismo. Este Contrato fue suscrito en virtud de la Ordenanza, la misma que regula el procedimiento previo para dar en arrendamiento bienes de la MUNICIPALIDAD. Sin embargo, dicha Ordenanza regula únicamente ciertos aspectos referentes al procedimiento previo de arrendamiento, omitiendo toda mención a la naturaleza de estos contratos.
158. Por ello, para conocer cuál es la naturaleza del Contrato y, en consecuencia, de sus Adendas, consideramos que resulta de utilidad conocer cuál es la naturaleza del bien arrendado. En este caso, el bien objeto de arrendamiento es el Estado Municipal.
159. De acuerdo a las Bases de la Adjudicación para el arrendamiento del Estadio Municipal, advertimos que, además de la Ordenanza, se hace referencia al Reglamento General de Procedimientos Administrativos de los Bienes de Propiedad Estatal, aprobado por Decreto Supremo N° 154-2001-EF⁵⁶ (en adelante, “Reglamento de Bienes Estatales”).

⁵⁵ MEILÁN GIL, José Luis (2011). *Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos*. Revista Derecho PUCP N° 66. Lima, Perú, pág. 237 - 242.

⁵⁶ Esta norma fue derogada por la Ley General del Sistema Nacional de Bienes estatales, aprobada por Ley N° 29151 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA. Al respecto, destacamos que el Reglamento de la nueva Ley dispone en su artículo 2° que los bienes de dominio público son “[a]quellos bienes estatales, destinados al uso público [...]; aquellos que sirven de soporte para la prestación de cualquier servicio público como los palacios, sedes gubernativas e institucionales, escuelas, hospitales, **estadios**, aportes reglamentarios, bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional, establecimientos penitenciarios, museos, cementerios, puertos, aeropuertos y otros destinados al cumplimiento de los fines de responsabilidad estatal, o cuya concesión compete al Estado [...]”

160. Del análisis del Reglamento de Bienes Estatales, apreciamos que dicho cuerpo normativo de jerarquía infra legal, está pensado para regular bienes de dominio privado de la administración. Ello pues dicho Reglamento disciplina los diversos procedimientos de disposición, transferencia de titularidad, de administración y gestión de bienes estatales. Ello es corroborado por Walter VÁSQUEZ cuando menciona lo siguiente:

“El mencionado dispositivo disciplina bienes negociables (dentro del tráfico económico). es decir, se trata de un régimen del dominio privado estatal. Asimismo, cabe observar que la mayoría de sus disposiciones no han sido concebidas para regular la totalidad de bienes estatales (como por ejemplo los créditos o los intangibles), sino únicamente a los bienes corporales. Consecuentemente, para efectos prácticos, podrá señalarse que el D.S. 154-2001-EF es un cuerpo jurídico aplicable a los bienes estatales corporales de dominio privado”⁵⁷
(énfasis y subrayado añadidos).

161. Teniendo ello en consideración, los artículos II y III del Reglamento de Bienes Estatales definen los bienes de dominio público y privado de la siguiente manera:

“ARTICULO II.- Bienes de dominio público

Son bienes de dominio público:

- a) **Los bienes destinados al uso público**, constituidos por las obras públicas de aprovechamiento o utilización general, cuya conservación y mantenimiento le corresponde a una entidad estatal.
- b) **Los bienes de servicio público**, que son aquéllos destinados directamente al cumplimiento de los fines públicos de responsabilidad de las entidades estatales; así como los bienes destinados directamente a la prestación de servicios públicos o administrativos.
- c) **Los bienes reservados y afectados en uso a la defensa nacional.**
- d) **Todos aquéllos a los que por ley se les confiera tal calidad.**

Sobre los bienes de dominio público, el Estado ejerce su potestad reglamentaria, administrativa y de tutela conforme a ley” (énfasis y subrayado añadidos).

“ARTICULO III.- Bienes del dominio privado del Estado

*Los bienes de dominio privado son los que siendo de propiedad de la entidad pública no están destinados al uso público ni afectados a algún servicio público. **Sobre los bienes de dominio privado, las entidades públicas ejercen el derecho de propiedad con todos sus tributos, sujetándose a las normas del derecho común”** (énfasis y subrayado añadidos).*

162. El artículo 70° del Reglamento de Bienes Estatales señala que “[l]as entidades públicas están facultadas a dar en arrendamiento parte o la totalidad de los predios de su propiedad, **siempre y cuando sean bienes de libre disponibilidad** [...]” (énfasis y subrayado añadidos). Asimismo, la Directiva N° 006-2007/SBN que regula el “Procedimiento para el Arrendamiento de Predios de Dominio Privado del Estado de Libre Disponibilidad”, aprobado por Resolución N° 032-2007-SBN, señala en su numeral 1.1.8 que “[e]n los contratos se incluirán las disposiciones

(énfasis añadido). Si bien ésta norma señala expresamente que los estadios son bienes de dominio público, consideramos que es necesario realizar un análisis más exhaustivo pues es perfectamente posible que existan estadios destinados a la realización de actividades privadas.

⁵⁷ VÁSQUEZ REBAZA, Walter (2008). *Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A Propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento*. Asociación Civil Derecho & Sociedad N° 30. Lima, Perú, pág. 279.

que correspondan sobre arrendamiento contenidas en el Código Civil, con las que se garanticen los intereses del Estado”.

163. Finalmente, la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento de Bienes Estatales dispone que “[l]as acciones de adquisición, disposición, administración y gestión que realicen las Municipalidades respecto de su patrimonio se rigen por sus leyes y ordenanzas; y, supletoriamente por las normas del presente Reglamento”.
164. Como podemos apreciar, el Reglamento de Bienes Estatales, señala que los bienes que podrán ser dado en arrendamiento son los bienes de dominio privado del Estado. Asimismo, señala que dicha clase de bienes se rigen por el Derecho Común. Además, en virtud de la autonomía de las Municipalidades, se establece que estas son competentes para regular sus propios actos de adquisición, disposición y administración de bienes. Sin embargo, en este caso, al analizar la Ordenanza aplicable al caso concreto, advertimos que esta no especifica si los bienes que podrán ser arrendados serán los de dominio público o los del dominio privado.
165. Por dicha razón, consideramos conveniente analizar la Ordenanza N° 465-MDJM que deroga la Ordenanza aplicable a este caso. De una primera lectura, apreciamos fácilmente que los procesos de arrendamiento se encuentran dentro del Título II denominado “Bienes Inmuebles de Dominio Privado”. Al remitirnos al Decreto de Alcaldía N° 018-2015-MDJM, el cual ejecuta las disposiciones de la Ordenanza N° 465-MDJM, observamos que el inciso 21 del artículo 10° dispone que “[e]n los contratos se incluirán las disposiciones que correspondan sobre arrendamiento contenidas en el Código Civil, con las que se garanticen los intereses del Estado, incluyendo la correspondiente cláusula de allanamiento”.
166. En ese sentido, es posible concluir que la Ordenanza N° 465-MDJM, al igual que el Reglamento de Bienes Estatales, resulta aplicable principalmente a los bienes estatales de dominio privado. En consecuencia, podemos concluir que la Ordenanza aplicable al caso concreto también fue pensada para regular bienes de dominio privado de la MUNICIPALIDAD.
167. Así, de acuerdo al análisis realizado del Reglamento de Bienes Estatales, la Ordenanza aplicable al caso concreto y la Ordenanza N° 465-MDJM, no cabe duda, que **el Contrato bajo análisis es un contrato típico de arrendamiento suscrito entre una entidad pública y un sujeto privado respecto de un bien de dominio privado de la MUNICIPALIDAD**. El hecho de que una entidad pública sea el sujeto contratante, no quiere decir, necesariamente, que el contrato sea de naturaleza pública. Por el contrario, consideramos que **no existe inconveniente alguno para que las normas del Derecho Común resulten de aplicación en determinados supuestos**, tal como se desprende de las normas citadas en los párrafos anteriores. En ese sentido, **el Contrato y sus Adendas se rigen principalmente por el Derecho Común**.
168. Ahora bien, el hecho de que la Ordenanza sea la norma especial que regula el procedimiento específico para que la MUNICIPALIDAD de en arrendamiento sus bienes, no perjudica en nada la conclusión antes arribada. De hecho, como mencionamos anteriormente, las entidades

públicas se rigen bajo el principio de legalidad, en ese sentido, es imprescindible que exista una norma –la LOM o la Ordenanza– que habilite a la MUNICIPALIDAD a dar en arrendamiento sus bienes e indique cuál será el procedimiento previo para ello. Sin dicha norma habilitante, la MUNICIPALIDAD no tendría la competencia para celebrar ni ejecutar esta clase de actos.

169. En otras palabras, **la existencia de una norma que rijan el procedimiento previo para dar en arrendamiento los bienes de la MUNICIPALIDAD, no convierte el Contrato en uno regido por el Derecho Público.** La función de dicha norma (la Ordenanza) es otorgar potestades a la MUNICIPALIDAD para arrendar bienes, estableciendo un procedimiento mediante el cual ésta pueda manifestar válidamente su voluntad y perfeccionar el Contrato. Esto último resulta necesario para garantizar que el proceso de toma de decisión sea lo más transparente posible.
170. En ese sentido, **concluimos que el Estado Municipal es un bien de dominio privado de la MUNICIPALIDAD y, en atención a ello, el Contrato y sus Adendas son regidas principalmente por el Derecho Privado.** Por lo tanto, éstos responderían a la misma naturaleza del contrato de arrendamiento regulado en los artículos 1666° y siguientes del Código Civil.

(iii) Análisis de las normas aplicables al Contrato y sus Adendas para la determinación de su validez

171. Habiendo señalado que el Contrato y, en consecuencia, sus Adendas, son regidos principalmente por el Derecho Común, **debemos descartar de plano el argumento utilizado por la MUNICIPALIDAD por medio del cual señala que la LCE resultaría aplicable a la controversia.** De hecho, el literal h) del artículo 3° de la LCE señala que “[l]a presente ley no es de aplicación para [...] los actos de disposición y de administración y gestión de los bienes de propiedad estatal”. Del mismo modo, el literal j) del artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado vigente, aprobada por Ley N° 30225, señala que las contrataciones que se sujetan a regímenes especiales están excluidas del ámbito de aplicación de la norma.
172. De esta manera, **en la misma línea que la decisión adoptada por el Árbitro Único, consideramos que la LCE no resulta aplicable a la presente controversia en la medida que regula supuestos de hecho distintos a los aquí discutidos.** La LCE regula exclusivamente los procedimientos y competencias mediante los cuales la administración pública adquiere bienes, servicios, suministros, consultoría y ejecución de obras de los sujetos privados asumiendo el pago del precio o de la retribución correspondiente con fondos públicos.
173. La utilización de fondos públicos y el cumplimiento de fines públicos resulta justificación suficiente para que éstos contratos se vean sometidos a un régimen diferenciado. En cambio, en este caso, mediante un acto de administración regulado en la Ordenanza, la MUNICIPALIDAD cedió temporalmente el uso de un bien municipal a una empresa privada, a cambio de una contraprestación pagada por esta última. No se utilizaron fondos públicos

municipales, por lo que LCE no resulta aplicable.

174. No obstante, el Árbitro Único consideró que la LPAG sí resultaría aplicable en tanto el Contrato y sus Adendas tendrían la naturaleza de actos administrativos. Al respecto, **consideramos que ni el Contrato ni sus Adendas son actos administrativos.** Como ya hemos advertido, **el Contrato suscrito es un contrato típico de arrendamiento, regulado principalmente por el Derecho Común, formado mediante la fusión de voluntades de la MUNICIPALIDAD y ESPARZA, siguiendo la formalidad prescrita en la Ordenanza. El Contrato bajo análisis es un acto bilateral, destinado a crear obligaciones mutuas para cada Parte. Por lo tanto, las posteriores Adendas comparten la misma naturaleza del Contrato.**
175. El Contrato no es un acto administrativo pues; en primer lugar, no es acto unilateral de la administración y; en segundo lugar, porque la MUNICIPALIDAD no ejerció ningún poder soberano o de imperio. En las siguientes líneas, analizaremos la naturaleza del acto administrativo con el objeto de diferenciarlo de los contratos.
176. De acuerdo a MORALES CORRALES, el acto administrativo es toda manifestación de voluntad o decisión de una entidad, funcionario o autoridad competente **en ejercicio de sus potestades públicas**, que produce efectos de derecho respecto del Estado o de particulares en el ámbito de su autoridad⁵⁸. De igual forma, se define al acto administrativo como “[...] **una manifestación del poder público** que tiene fuerza ejecutiva, vinculante, obligatoria que se produce como consecuencia de una manifestación de voluntad administrativa del Estado”⁵⁹ (énfasis y subrayado añadido).
177. En el mismo sentido, el profesor MORÓN URBINA señala lo siguiente:

*“El acto administrativo es el resultado jurídico de un proceso de exteriorización intelectual que es emanado de cualquiera de los órganos de las entidades, para concretar en un supuesto específico la potestad conferida por la ley. Al constituir el acto administrativo, **una típica manifestación del poder público, conlleva fuerza vinculante por imperio del Derecho.** Este elemento, **comprende la naturaleza unilateral de la declaración, puesto que la decisión se origina y produce por efecto de la convicción única de quien ejerce la autoridad, siendo irrelevante la voluntad del administrado para generarla.** Aunque el administrado participe promoviendo la decisión, por su pedido, denuncia o queja, y pese a que la autoridad debe cuidar el debido procedimiento, **la participación del administrado por sí sola carece de fuerza vinculante para generar una declaración de cualquiera de las entidades, nunca será factor determinante para obtener una decisión, pues para ello se requiere solo un mandato legal, de la autoridad judicial o la propia convicción de la Administración**”⁶⁰ (énfasis y subrayado añadido).*

⁵⁸ MORALES CORRALES, Pedro (1996). *La nulidad del acto jurídico administrativo*. Lima, Perú. Revista de la Facultad de Derecho PUCP N° 50, p. 263 – 264.

⁵⁹ ASENCIOS TORRES, Pascual (2016). *Validez y Nulidad del acto administrativo*. Lima, Perú. Academia de la Magistratura, p. 18 – 19.

⁶⁰ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima, Perú, Gaceta Jurídica, p. 191 – 192.

178. Adicionalmente, podemos citar la Opinión OSCE N° 130-2018/DTN. Independientemente de que la Opinión es emitida por el Órgano que Supervisa las Contrataciones Públicas del Estado, consideramos valioso analizar su contenido. Así, de acuerdo a dicha Opinión, durante la etapa de ejecución contractual no es posible aplicar la LPAG. Veamos:

*“Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que **las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General**”* (énfasis y subrayado añadidos).

179. La LPAG no regula las relaciones contractuales que se instauran entre las entidades públicas y los contratistas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo general. La LPAG solo resulta aplicable a las actuaciones previas que permiten a las entidades expresar su voluntad. Por ello, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa especial, será necesario recurrir, supletoriamente, al Código Civil y no a la LPAG pues, las actuaciones estatales relacionadas con la gestión contractual no tienen calidad de actos administrativos⁶¹.
180. Así, **los actos administrativos siempre tendrán una naturaleza pública, justamente, por ser expresión del poder público.** Por ello, para la emisión del acto administrativo se necesitará la voluntad unilateral de la administración pública, sin requerirse la intervención del administrado. Por dicha razón, **ni el Contrato ni sus Adendas tienen la naturaleza de actos administrativos, por lo que resulta un error aplicar las disposiciones de la LPAG sobre la nulidad del acto administrativo.**
181. En el caso que nos concierne, **aunque compartimos la decisión del Árbitro Único respecto de la nulidad de las Adendas al Contrato; desistimos del razonamiento jurídico y lógico empleado.** Como mencionamos, este consideró que las Adendas eran actos administrativos, por lo que resultaba aplicable las disposiciones de la LPAG sobre la nulidad de los actos administrativos. **Nosotros consideramos que ello fue un error, ya que el Contrato suscrito entre la MUNICIPALIDAD y ESPARZA versa sobre una relación patrimonial y es regulado por la Ordenanza y el Derecho Común.** Estas son las normas que debieron revisarse para declarar la nulidad de las Adendas.
182. Así, para analizar la nulidad del Contrato o de sus Adendas debió recurrirse a las siguientes normas:
- a. En primer lugar, a la Ordenanza, pues es la norma especial que regula el proceso de arrendamiento de bienes de propiedad de la MUNICIPALIDAD. Ello, en concordancia

⁶¹ Opinión OSCE N° 130-2018/DTN, p. 5 -6.

con la Tercera Disposición Complementaria del Reglamento de Bienes Estatales que recoge el principio de autonomía de las Municipalidades.

- b. En segundo lugar, en todo lo no previsto por la Ordenanza respecto de los contratos de arrendamiento, debemos recurrir al Código Civil. Ello, en concordancia con el artículo 59° de la Ordenanza y con el artículo III del Reglamento de Bienes Estatales.

183. Del análisis de la Ordenanza, evidenciamos que esta solo regula el procedimiento de manifestación de voluntad de la MUNICIPALIDAD, el cual es previo a la suscripción del Contrato. La norma señala que el procedimiento correcto para suscribir un contrato de arrendamiento es que este sea aprobado por un órgano colegiado (el Comité) y, posteriormente, ratificado por Acuerdo del Concejo Municipal. La ratificación resulta necesaria pues solo mediante un Acuerdo de Concejo es posible que la MUNICIPALIDAD exprese válidamente su voluntad, tal como lo señalan los artículos 41° y 59° de la LOM:

“Artículo 41.- Acuerdos

***Los acuerdos son decisiones que toma el concejo referidas a asuntos específicos de interés público, vecinal o institucional, que expresan la voluntad del órgano de gobierno para practicar un determinado acto o sujetarse a una conducta o norma institucional”** (énfasis y subrayado añadidos).*

“Artículo 59.- Disposición de bienes municipales

***Los bienes municipales pueden ser transferidos, concesionados en uso o explotación, arrendados o modificado su estado de posesión o propiedad mediante cualquier otra modalidad, por acuerdo del concejo municipal”** (énfasis y subrayado añadidos).*

184. Este procedimiento fue cumplido a cabalidad con la suscripción del Contrato pues este fue aprobado por el Comité el 19 de setiembre de 2007 y ratificado por Acuerdo de Concejo N°064-2007/MDJM el 16 de octubre de 2007.
185. Ahora bien, **la Ordenanza guarda silencio sobre el procedimiento para la suscripción de adendas o modificaciones contractuales y sobre la nulidad del Contrato, por lo que debemos recurrir al Código Civil, tal como lo dispone el artículo 59° de la Ordenanza:**

“Artículo 59.- Aplicación supletoria

Al presente capítulo [se refiere al capítulo sobre arrendamiento], se aplicarán supletoriamente las disposiciones comunes del derecho”

186. Así, el artículo 1413° del Código Civil señala que “[l]as modificaciones del contrato original deben efectuarse en la forma prescrita para ese contrato” y, por su parte, el artículo 219° del Código Civil establece todos los supuestos de nulidad del acto jurídico. En consecuencia, se concluye que las Adendas debían seguir el mismo procedimiento seguido para la suscripción del Contrato y que, para el análisis de la nulidad, deberán revisarse todos los supuestos contenidos en el Código Civil.
187. En este caso, efectivamente, las Adendas no siguieron el procedimiento prescrito por la Ordenanza para que la MUNICIPALIDAD manifieste correctamente su voluntad. Es decir, las

Adendas debían aprobarse por el Comité (como órgano colegiado) y ratificarse por Acuerdo de Concejo Municipal. Del análisis de los documentos del caso, apreciamos que las Adendas fueron aprobadas únicamente por un miembro del Comité (el señor Julio Cesar Haro Orbegoso) y no fueron ratificadas por el Concejo Municipal. Más bien, de la revisión del expediente, advertimos que únicamente la Segunda Adenda fue “ratificada” mediante Resolución de Gerencia de Administración N° 501-2008-MDJM-GA, en donde se dispuso que ésta sea “incorporada al acervo documentario”. De acuerdo a nuestro análisis, ello no puede ser considerado como una ratificación.

188. El incumplimiento del procedimiento descrito en la Ordenanza para la manifestación de voluntad de la MUNICIPALIDAD trae severas consecuencias. Al respecto, el artículo III de la Ordenanza señala que “[l]os Acuerdos y Resoluciones de los funcionarios y dependencias responsables de los procedimientos de arrendamiento de la Municipalidad, **se adoptarán en estricta aplicación de la presente Norma**” (énfasis y subrayado añadidos). El artículo 4° establece que “[e]l defecto o la omisión de alguno de los requisitos establecidos en la presente Ordenanza para la celebración o el otorgamiento de los actos en él descritos, es considerado como un vicio del acto administrativo que **da lugar a su nulidad de pleno derecho**” (énfasis y subrayado añadidos).
189. La norma citada señala que el defecto u omisión de los requisitos o procedimientos fijados en la Ordenanza conlleva a la nulidad del acto administrativo. Recordemos que la manifestación de voluntad estatal se produce por medio de un procedimiento, el cual es una cadena de actos administrativos dirigidos a decidir la voluntad administrativa. De no seguir el procedimiento reglado en la Ordenanza, la manifestación de voluntad administrativa estará viciada. En este caso, todos los actos administrativos previos a la suscripción de la Primera Adenda y Segunda Adenda, incluida la Resolución de Gerencia de Administración N° 501-2008-MDJM-GA que incorporó la Segunda Adenda al acervo documentario de la MUNICIPALIDAD, se encontraban manifiestamente viciados de nulidad pues el Gerente de Administración, señor Julio Cesar Haro Orbegoso, no tenía las competencias necesarias para aprobar las Adendas ni para ratificarlas unilateralmente.
190. Sin embargo, el Árbitro Único no tenía competencias para declarar la nulidad de dichos actos administrativos. Este únicamente puede declarar la nulidad de acuerdos privados (de naturaleza patrimonial), pudiendo pronunciarse solo sobre las consecuencias patrimoniales de dichos actos administrativos en la relación contractual. Ello lo explicaremos a mayor detalle en el siguiente Problema Jurídico Identificado.
191. En consecuencia, las Adendas suscritas en base a la manifestación de voluntad viciada de la MUNICIPALIDAD serían nulas en virtud del inciso 1 del artículo 219° del Código Civil, el cual señala que “[e]l acto jurídico es nulo [...] cuando falta la manifestación de voluntad del agente”. En este caso, los actos administrativos emitidos para manifestar la voluntad de la MUNICIPALIDAD se encontraban viciados por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ordenanza, por lo que ésta no pudo emitir válidamente su voluntad para suscribir las Adendas. Por tanto, si bien las Adendas eran efectivamente nulas, no es correcta la declaración

de nulidad realizada por el Árbitro Único en virtud de la causal de incompetencia señalada en la LPAG. Las Adendas son nulas pues el Código Civil, en concordancia con la Ordenanza, establece la nulidad para casos de falta de manifestación de voluntad de uno de los agentes.

192. Habiendo concluido que la nulidad de las Adendas debió analizarse principalmente en virtud del Código Civil y la Ordenanza (y no la LPAG), corresponde analizar si es posible que el Árbitro Único pueda pronunciarse y declarar la nulidad de un acto administrativo.

B. ¿Es posible declarar la nulidad de actos administrativos en sede arbitral?

193. La respuesta es negativa. Desde nuestra posición, los actos de *ius imperium* del Estado no son arbitrables, por lo que no sería posible declarar la nulidad de un acto administrativo en sede arbitral. Sin embargo, en este caso, el Árbitro Único consideró que los de actos administrativos –las Adendas– sí serían arbitrables. A raíz de ello, declaró la nulidad de los actos administrativos por falta de competencia en aplicación de la causal de nulidad contemplada en el artículo 10° de la LPAG.

194. Para desarrollar nuestra posición, analizaremos qué materias son arbitrables al amparo de nuestra Constitución:

“Artículo 62.- Libertad de contratar

*[...] Los **conflictos derivados de la relación contractual** sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley [...]*” (énfasis y subrayado añadidos).

“Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

[...]

*El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las **controversias derivadas de relación contractual** a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley”* (énfasis y subrayado añadidos).

“Artículo 148.- Proceso contencioso-administrativo

Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

195. Desde una perspectiva constitucional, de acuerdo a los artículos 62° y 63°, **solo resultarán arbitrables las controversias derivadas de una relación contractual, es decir, el arbitraje debe entenderse limitado a aquellas controversias de carácter patrimonial.** En sentido contrario, **las resoluciones administrativas estarían excluidas de la revisión en sede arbitral pues se trata de actos de imperio del Estado, los cuales no gozan de carácter patrimonial. Por ello, el control de legalidad de los actos administrativos es exclusivo de la jurisdicción contencioso-administrativa,** de acuerdo al artículo 148° de la Constitución. Consideramos que este artículo establece una reserva tácita para que el control de la actuación

administrativa se realice sólo en el Poder Judicial⁶².

196. Sobre este último punto conviene analizar los artículos 3° y 4° de la Ley que regula el Procedimiento Contencioso Administrativo, aprobada por Ley N° 27584 (en adelante, “LPCA”). Veamos:

“Artículo 3.- Exclusividad del proceso contencioso-administrativo

Las actuaciones de la administración pública sólo pueden ser impugnadas en el proceso contencioso administrativo, salvo los casos en que se pueda recurrir a los procesos constitucionales”.

“Artículo 4.- Actuaciones impugnables

[...] procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas. Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.

[...]

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia” (énfasis y subrayado añadido).

197. De la lectura de dichos artículos, **es posible reafirmar que las actuaciones de la administración pública (actos administrativos) serán cuestionadas exclusivamente mediante un procedimiento contencioso-administrativo, salvo las actuaciones referidas a contratos que, conforme a ley, deben someterse a arbitraje.** Para un mejor análisis, lo anterior debe leerse en concordancia con la norma que rige el arbitraje.
198. Al respecto, la antigua Ley General de Arbitraje, aprobada por Decreto Ley N° 25935 (en adelante, la “LGA”), establecía lo siguiente:

“Artículo 1.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición [...].

Pueden igualmente someterse a arbitraje, sin necesidad de autorización previa, las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado [...] siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual [...].” (énfasis y subrayado añadido).

“Artículo 2.- No pueden ser objeto de arbitraje, las controversias o pretensiones sobre los asuntos siguientes:

[...]

5. Los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público” (énfasis y subrayado añadido).

199. De manera similar, la vigente Ley de Arbitraje, señala lo siguiente;

⁶² DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge (2005). *La constitución comentada*. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, Perú.

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen [...]” (énfasis y subrayado añadidos).

“Artículo 4.-Arbitraje del Estado Peruano

[...]

3. El Estado puede someter a arbitraje nacional las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país [...]” (énfasis y subrayado añadidos).

200. Comparando ambas normas, podemos apreciar que, a diferencia de la antigua LGA, la vigente Ley de Arbitraje no excluye expresamente las potestades públicas de las materias arbitrables. Sin embargo, ello no significa que actualmente éstas lo sean. De hecho, BACA ONETO señala que históricamente, el arbitraje se ha reservado a aquellos casos en donde están en juegos únicamente cuestiones patrimoniales, **excluyéndose materias en donde se discuten potestades administrativas, al considerar éstas como materias indisponibles. En consecuencias, se excluye del arbitraje las controversias referentes a la legalidad de los actos administrativos, reservándose esta materia a los órganos del Poder Judicial**⁶³.
201. Asimismo, observamos que la Constitución, la derogada LGA y la vigente Ley de Arbitraje, mencionan que son arbitrables solo las materias de libre disposición. Así, lo primero que debemos preguntarnos es qué se interpreta como materia de libre disposición en el marco de la actuación estatal. En rigor, la actuación estatal se rige por el principio de legalidad, por lo que no existen materias de libre disposición, pues la mayoría de ellas constituyen la expresión del *ius imperium*. En otras palabras, no están permitidas las discrecionalidades propias del tráfico comercial y de las relaciones disponibles de los particulares. Ni siquiera los actos en donde el Estado ejerce el *ius gestionis* la disponibilidad de los funcionarios está plenamente presente, pues también van a estar sujetos al principio de legalidad que es lo contrario de la libre disposición⁶⁴.
202. Sin embargo, consideramos que **hay evidentemente un ámbito patrimonial en el que el Estado se relaciona con los particulares, precisamente a propósito de la satisfacción de necesidades públicas, que le obligan a relacionarse contractualmente con ellos y que están sujetas al tráfico comercial y a las relaciones patrimoniales. La contratación del Estado, entonces, debe homologarse a lo que los particulares disponen libremente para efectos arbitrales.** En ese sentido, el Estado puede someter a arbitraje controversias emanadas de sus relaciones contractuales (derivadas de la ejecución o interpretación de un contrato, por ejemplo) y, además, aquellas otras que la ley autorice a hacerlo⁶⁵.

⁶³ BACA ONETO; Víctor Sebastián (2009). *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Circulo de Derecho Administrativo N° 7. Pág. 81 - 82.

⁶⁴ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2009). *La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*. Lima, Perú. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, p. 61.

⁶⁵ SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge (2009). *La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*. Lima, Perú. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, p. 62 – 63.

203. Bajo dichas premisas, concluimos que no es posible la declaración de invalidez de un acto administrativo en sede arbitral, toda vez que se trata de una materia indisponible para el Estado. No obstante, si bien la declaración de ilegalidad o invalidez de un acto administrativo está vedada para el arbitraje, **es posible que los árbitros analicen únicamente los efectos patrimoniales del acto administrativo en la relación contractual en controversia**. En respaldo a nuestra posición, podemos citar al doctor Víctor BACA ONETO:

“Además, incluso cuando las partes acuden voluntariamente al arbitraje, este 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 pecuniaria contra la Administración Pública”⁶⁶ (énfasis y subrayado añadidos).

204. En el mismo sentido, Alfredo BULLARD, hablando sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos emitidos por los Órganos Reguladores en el marco de un arbitraje de inversión, señala que no es posible que los árbitros declaren la invalidez de un acto administrativo, pero sí es posible que se pronuncien sobre los efectos de dicho acto en el contrato. Veamos:

“[N]o se arbitra la validez o eficacia de la decisión regulatoria en sí misma. No es que el arbitraje reemplaza la posibilidad de iniciar un procedimiento contencioso administrativo. Lo que se arbitra son las consecuencias contractuales [...] del acto administrativo. Los árbitros van a decidir si el contrato o el tratado fue o no vulnerado por el acto, quebrando un compromiso del Estado, y cuáles serían las consecuencias de dicha vulneración”⁶⁷ (énfasis y subrayado añadidos).

205. La posición sobre la no arbitrabilidad de la validez de actos administrativos es compartida por varios autores, no solo peruanos, sino del ámbito internacional. Por ejemplo, doctrina mexicana señala que *“el arbitraje y el juicio ordinario administrativo con plena jurisdicción pueden tener la misma litis y la misma causa a pedir, con excepción del tema de la validez del acto de autoridad que solamente se puede reclamar en el juicio ordinario administrativo, pero no en el arbitraje”⁶⁸ (subrayado añadido). De hecho, el artículo 139º de la Ley de Asociaciones Público Privada mexicana señala en su tercer párrafo que *“no podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad”*.*

206. En Colombia, la Sala Plena de la Corte Constitucional señaló que los árbitros no tienen competencia para pronunciarse sobre la validez o legalidad de un acto administrativo:

⁶⁶ BACA ONETO, Víctor Sebastián (2006). *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)*. Lima, Perú. Lima Arbitration N° 1, p. 247 y 248.

Recuperado de < http://www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf >

⁶⁷ BULLARD GONZALES, Alfredo (2016). “El Estado soy yo”. *La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias*. En: BULLARD GONZALES, Alfredo. *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*. Lima, Perú. Palestra, p. 630.

⁶⁸ WÖSS, Herfried (2012). *El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México*. Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje, p. 123.

“Los particulares, investidos de la facultad transitoria de administrar justicia, en su calidad de árbitros, no pueden hacer pronunciamiento alguno que tenga como fundamento determinar la legalidad de la actuación estatal, por cuanto corresponde al Estado, a través de sus jueces, emitir pronunciamientos sobre la forma como sus diversos órganos están desarrollando sus potestades y competencias. En este orden de ideas, esta potestad no puede quedar librada a los particulares, así éstos estén investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, por cuanto a ellos sólo les compete pronunciarse sobre aspectos que las partes en conflicto pueden disponer, y el orden jurídico, en este sentido, no es objeto de disposición, pues se entiende que cuando la administración dicta un acto administrativo lo hace en uso de las potestades que la Constitución y la ley le han asignado, sin que a los particulares les pueda asistir la facultad de emitir fallos sobre ese particular. El pronunciamiento en este campo, es exclusivo de la jurisdicción, por tratarse de aspectos que tocan con el orden público normativo, que no es susceptible de disposición alguna”⁶⁹ (subrayado añadido).

207. En la misma línea, la Corte Constitucional y el Concejo de Estado colombiano reconocieron en el caso “Metro de Medellín” que las entidades públicas tenían capacidad para concluir acuerdos de arbitraje, precisando; sin embargo, que ningún litigio derivado de un acto administrativo promulgado por la administración con ocasión de un “contrato estatal” podía ser sometido a arbitraje. De esto se deriva que la jurisdicción contenciosa administrativa tiene competencia exclusiva en Colombia (así como en Perú) para conocer de los conflictos que resultan de la expedición de un acto administrativo relacionado con un “contrato estatal” y, en particular, de aquéllos diferendos que portan sobre la legalidad de dicho acto administrativo⁷⁰.
208. Sin perjuicio de la terminología utilizada, podemos evidenciar que no solo el ordenamiento jurídico peruano, sino también otros ordenamientos jurídicos, coinciden en señalar que la validez de los actos administrativos no es susceptible de ser discutida en sede arbitral, pues ello está reservado a la jurisdicción contenciosa-administrativa. **En consecuencia, las controversias derivadas o vinculadas a la legalidad o validez de un acto administrativo no son arbitrables pues no son consideradas como “materias disponibles”, al amparo de la Constitución y la Ley de Arbitraje. Únicamente las cuestiones patrimoniales son arbitrables, excluyéndose toda función o potestad administrativa.**
209. Teniendo ello en consideración, resulta contradictoria la posición del Árbitro Único al señalar que el Contrato y las Adendas son actos administrativos pues, si lo fueran, éstos no serían arbitrables en tanto se estaría discutiendo sobre la validez de un acto emanado en virtud de una potestad pública del Estado. La discusión sobre la validez o legalidad de un acto emanado del imperio del Estado debe restringirse a los propios órganos administrativos o, en su defecto, al Poder Judicial. Dicha posición resulta congruente con las disposiciones antes analizadas.
210. No obstante, cabe preguntarse si es posible que un ente público de su autorización para someter a arbitraje la evaluación sobre la validez de sus propios actos administrativos. Recordemos

⁶⁹ Sentencia C-1436/00 del 25 de octubre del 2000.

⁷⁰ SILA ROMERO, Eduardo (2004). *La Distinción entre “Estado” y “Administración” y el Arbitraje Resultante de “Contratos de Estado”*. Revista Brasileira de Arbitragem, p. 77 – 78.

que la Ley de Arbitraje señala en su artículo 2° que “*pueden someterse a arbitraje las controversias [...] que la ley o los tratados o acuerdo internacionales autoricen*”. Para el autor venezolano Hernando DÍAZ-CANDIA, ello sí resultaría posible, siempre y cuando se cuente con el consentimiento de dicha entidad. A saber:

“El consentimiento de las personas de carácter estatal para someterse a un arbitraje anulatorio de actos administrativos puede estar sujeto a requisitos especiales para su formación. Ese consentimiento de la persona estatal puede estar contenido o ser suplido por una Ley en sentido formal, o en un acto que tenga su rango y carácter normativo, tal como un decreto-ley o un tratado internacional, bilateral o multilateral, debidamente aprobado por la Asamblea Nacional y publicado en Gaceta Oficial; en una cláusula arbitral de un contrato administrativo; o en un compromiso arbitral específico, que se refiere a una controversia individual ya existente”⁷¹.

211. De acuerdo a la normativa analizada, lo anterior no resultaría posible pues se estaría desconociendo el mandato constitucional consagrado en el artículo 148° que establece que las resoluciones administrativas son discutidas exclusivamente en los tribunales contencioso administrativo. Consideramos que únicamente los árbitros podrán discutir y analizar los efectos económicos y patrimoniales de los actos administrativos sobre el contrato, más no podrán pronunciarse sobre la legalidad de la actuación del Estado en sí misma.
212. Sin perjuicio de ello, consideramos prudente analizar el artículo 62° de la Ordenanza que regula las materias arbitrables y la cláusula arbitral del Contrato en cuestión. El artículo 62° de la Ordenanza establece que “[...] *toda controversia surgida durante la etapa de ejecución deberá resolverse mediante conciliación o arbitraje*” (énfasis y subrayado añadido). En concordancia, la cláusula 16° del Contrato establece que “[...] *las partes acuerdan que cualquier controversia que surja desde la celebración del contrato será resuelta mediante arbitraje*” (énfasis y subrayado añadido).
213. Tanto la Ordenanza como el propio Contrato establecen que solo serán arbitrables las cuestiones contractuales surgidas luego de la celebración del Contrato, es decir, las materias concernientes a la etapa de ejecución contractual. Ninguna de las partes prestó su consentimiento para arbitrar cuestiones previas a la celebración del Contrato ni las relativas a la validez de los actos administrativos o de autoridad. Por lo tanto, ni la Ordenanza ni el Contrato estipulan la arbitrabilidad de los actos administrativos, por lo que concluimos que ningún acto administrativo resultaba arbitrable en este caso.

C. En caso la Adendas fueran actos administrativos, ¿resulta relevante analizar los requisitos y plazos de prescripción contemplados en la LPAG?

214. En el supuesto negado que las Adendas al Contrato sean actos administrativos arbitrables, debemos analizar si resultaba relevante tomar en cuenta los requisitos y plazos de prescripción contemplados en la LPAG. Sobre ello, adelantamos que autores a favor de la arbitrabilidad de los actos administrativos señalan que los árbitros deben aplicar el derecho al igual que un juez

⁷¹ DÍAZ-CANDIA, Hernando (2009). *La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje contencioso—administrativo*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Caracas, Venezuela, p. 737.

contencioso-administrativo. Veamos:

*“El ius imperium del Estado es importante, y está sujeto a reglas especiales de Derecho público y **los actos administrativos se emiten precisamente en ejercicio de ese ius imperium**. Eso lo que implica es que el ejercicio del ius imperium no puede ser juzgado en sola equidad, sino necesariamente en Derecho, y que **los árbitros, al conocer de pretensiones anulatorias de actos administrativos, deben aplicar el Derecho de la misma forma que lo haría un juez en el contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos**”⁷² (énfasis y subrayado añadido).*

215. En este caso, el Árbitro Único concluyó que las Adendas eran actos administrativos y, en tal sentido, declaró su nulidad en virtud del artículo 10° de la LPAG por la causal de falta de competencia. Si bien no estamos de acuerdo ni con el razonamiento empleado ni con la norma aplicada, consideramos que hubiera sido coherente analizar brevemente el artículo 202° de la LPAG respecto de los requisitos y plazos para declarar la nulidad de los actos administrativos⁷³:

“Artículo 202.- Nulidad de oficio

*202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, **siempre que agraven el interés público.***

[...]

*202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos **prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.***

*202.4 **En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa. [...]**” (énfasis añadido).*

216. De acuerdo al inciso 1 de la norma citada, **la declaratoria de nulidad de los actos administrativos resulta posible siempre que éstos agraven el interés público.** *Contrario sensu*, los actos administrativos que no agraven el interés público no podrán declararse nulos, pese a que el acto administrativo se encuentre viciado con alguna de las causales contenidas en el artículo 10° de la LPAG.
217. Como afirma MORÓN URBINA, una de las condiciones para que el acto sea objeto de anulación es que su subsistencia agrave al interés público. **Se trata de una exigencia de motivación del acto anulatorio, que tiende a evitar que ésta se torne indebidamente contra los derechos e intereses de los administrados. No se trata solamente de que el acto sea ilegal, sino que en el caso concreto debe tener un plus, esto es, que su vigencia conlleve al agravio del interés público.** Por ejemplo, afectar el erario estatal, al patrimonio público, al medio

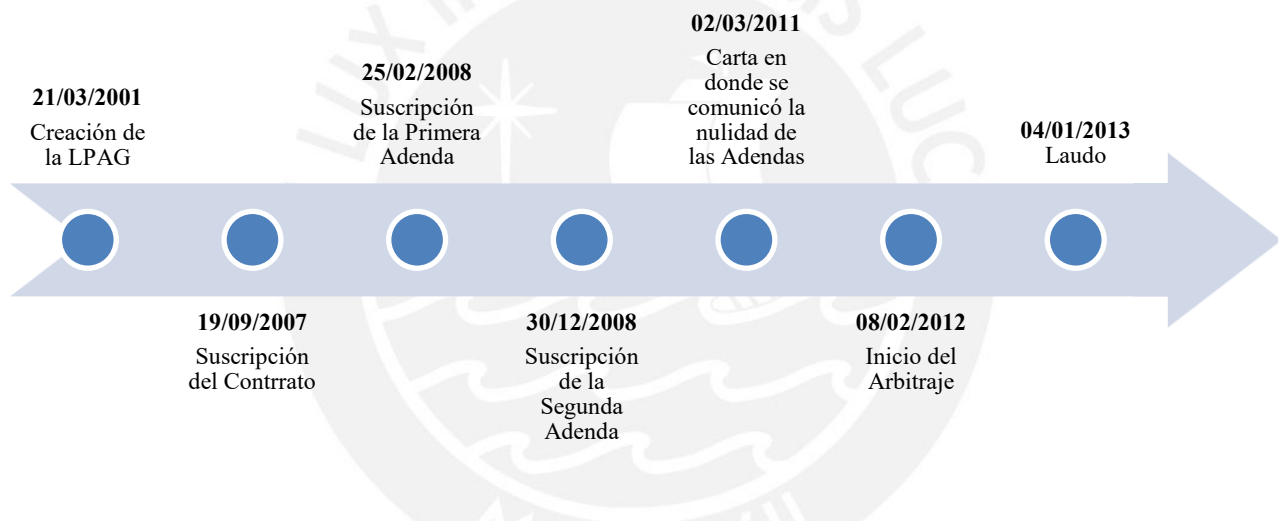
⁷² DÍAZ-CANDIA, Hernando (2009). *La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje contencioso-administrativo*. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Caracas, Venezuela, p. 727.

⁷³ No tomaremos en cuenta la modificación del artículo 202° introducida por el Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016 ni por Decreto Legislativo N° 1452 del 16 de setiembre de 2018, toda vez que no resultarían aplicables a la presente controversia.

ambiente, etc. En caso existir un acto administrativo ilegal, pero que no conlleve agravio al interés público, no podrá ser objeto de nulidad⁷⁴. Es decir, el artículo 10° debe leerse en conjunto con el inciso 1 del artículo 202° de la LPAG, pues para declarar la nulidad de un acto administrativo no basta que este tenga un vicio, sino que debe lesionar al interés público. **En el caso que nos concierne, se omitió toda motivación respecto de la vulneración de las Adendas al interés público.**

218. Ahora bien, respecto de la prescripción para declarar la nulidad del acto, el artículo 202° de la LPAG contempla dos plazos distintos. El plazo para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa era de un (1) año desde la fecha en que el acto quedó consentido. Prescrito dicho plazo, solo cabrá solicitar la nulidad en sede judicial dentro de los dos (2) años siguientes⁷⁵.

219. Para fines didácticos, presentamos una línea de tiempo:



220. En este caso, la Primera Adenda y la Segunda Adenda fueron suscritas en febrero y diciembre de 2008 respectivamente. En ese sentido, el primer plazo de prescripción (en sede administrativa), se cumplió en febrero y diciembre de 2009, sin que en el transcurso de ese tiempo la MUNICIPALIDAD haya emitido ninguna resolución declarando su nulidad y el agravio al interés público. Es decir, cuando la MUNICIPALIDAD comunicó a ESPARZA que las Adendas adolecían de nulidad por contravenir los procedimientos descritos en la Ordenanza (carta de marzo de 2011), **ya había transcurrido un año desde la fecha en que las Adendas quedaron consentidas, por lo que solo se encontraba disponible la declaratoria de su nulidad por un órgano jurisdiccional** —o arbitral, como se pretendió en este caso— **dentro de los 2 años siguientes.**

⁷⁴ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima, Perú, Gaceta Jurídica, p. 158

⁷⁵ Resaltamos que mediante la modificación introducida por el Decreto Legislativo N° 1452 del 16 de setiembre de 2018, el nuevo plazo para declarar la nulidad en sede administrativa es de dos (2) años y en sede judicial, de tres (3) años.

221. El fundamento de que las Entidades puedan aún recurrir al órgano jurisdiccional es que éstas tienen un verdadero deber de adecuar sus actos a la legalidad, por lo que, al evidenciar una desviación del acto, ésta tiene que formular el comúnmente denominado “proceso de lesividad”. Sobre ello, el artículo 11° de la LPCA señala lo siguiente:

“Artículo 11.- Legitimidad para obrar activa

[...] tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa” (énfasis y subrayado añadidos).

222. Como mencionamos, no basta con que el acto incurra en alguna causal de nulidad de la LPAG, sino que es necesario que la Entidad emita una resolución debidamente motivada en donde exponga las razones por la cual dicho acto agravia al interés público. Emitida dicha resolución y transcurrido el primer plazo de prescripción en sede administrativa de un año, será posible que la Entidad acuda al Poder Judicial para solicitar la acción de lesividad.
223. No obstante, recordemos que, en este caso concreto, la pretensión de nulidad del acto administrativo no fue solicitada directamente por la MUNICIPALIDAD, sino fue emitida a modo de reconvencción. Sobre ello, la doctrina se encuentra a favor de admitir dicha posibilidad, siempre que el plazo de prescripción de 2 años aún no haya vencido. Veamos:

“Una hipótesis que amerita reflexión, es la posibilidad que, ante una demanda contenciosa contra la Administración para obtener el cumplimiento de un acto administrativo por un particular, pueda esta oponer la lesividad como una reconvencción. La normativa guarda silencio sobre el tema, pero nuestra opinión es positiva, en la medida que el plazo de dos años para plantear no haya vencido, y que la administración apareje la declaración de lesividad”⁷⁶ (énfasis y subrayado añadido).

224. En este caso, sin embargo, **el plazo para iniciar un proceso contencioso-administrativo de lesividad se cumplió en febrero y diciembre de 2011. En consecuencia, al inicio del arbitraje en febrero de 2012, ya había vencido el segundo plazo de prescripción para solicitar la nulidad del acto administrativo.** Por dicha razón, la pretensión reconvenccional de la MUNICIPALIDAD de declarar la nulidad de sus actos debió ser declarada improcedente en aplicación el artículo 21° de la LPCA:

“Artículo 21.- Improcedencia de la demanda

La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos:

[...]

2. Cuando se interponga fuera de los plazos exigidos en la presente Ley [...].”

⁷⁶ MORON URBINA, Juan Carlos (2015). *El proceso contencioso de lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano*. Lima, Perú. Revista Ius et Veritas N° 51, p. 244.

225. La declaración de nulidad de un acto administrativo sin tomar en cuenta los plazos exigidos por ley y sin la debida motivación respecto de su agravio al interés público, puede ser considerado como un acto lesivo para el derecho del administrado, en la medida que no se genera confianza en la actuación de la administración. En ese sentido, si a criterio del Árbitro Único las Adendas eran actos administrativos, entonces, debió aplicar las normas de Derecho Público que regulan la nulidad del acto administrativo, esto es, la LPAG y la LPCA, tal como un juez de lo contencioso administrativo lo hubiera hecho en su posición.
226. Sin perjuicio de lo mencionado anteriormente, debemos reiterar que, a nuestro criterio, las Adendas al Contrato no son actos administrativos. Su calificación como actos administrativos tiene consecuencias como las descritas en este punto –motivar su lesividad al interés general y tomar en cuenta los plazos de prescripción– y como los descritos a continuación, los cuales constituirían un absurdo para el Derecho Arbitral.

D. ¿Se debió declarar la responsabilidad de la administrativa pública o del personal a su servicio?

227. De acuerdo a la posición asumida en el presente Informe, la respuesta es negativa. Como ya mencionamos, el arbitraje debe entenderse limitado a cuestiones del Derecho Privado, es decir, el arbitraje está pensado para discutir cuestiones patrimoniales. Las cuestiones públicas, como la responsabilidad de la administración pública y sus funcionarios, no resultarían arbitrables por tratarse de potestades públicas.
228. A pesar de ello, esta pregunta resulta relevante pues, tomando en cuenta que el Árbitro Único aplicó la LPAG para declarar la nulidad de las Adendas –considerándolas como actos administrativos– la consecuencia lógica de dicha aplicación nos llevaría al absurdo de declarar la responsabilidad administrativa del emisor del acto viciado, el señor Julio Cesar Haro Orbegoso, en el laudo que declaró la nulidad de las Adendas, tal como lo dispone el artículo 11° de la LPAG:

“Artículo 11.- Instancia competente para declarar la nulidad

[...]

11.3 La resolución que declara la nulidad, además dispondrá lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido”⁷⁷.

229. El propósito del artículo 11° antes citado es evidente. Si existe un vicio trascendente en el acto administrativo y este es constatado por la autoridad que declara su nulidad, en virtud del principio de celeridad, en el mismo acto se debería dictar las acciones necesarias para el deslinde de responsabilidad a que hubiera lugar⁷⁸. Ahora bien, la declaración de nulidad de un acto administrativo no necesariamente trae consigo la responsabilidad de la Entidad, ello solo

⁷⁷ Mediante Decreto Legislativo N° 1272 del 21 de diciembre de 2016, el inciso 3 fue modificado de acuerdo a los siguientes términos: “*La resolución que declara la nulidad dispone, además, lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto inválido, en los casos en que se advierta ilegalidad manifiesta, cuando sea conocida por el superior jerárquico*”.

⁷⁸ MORON URBINA, Juan Carlos (2019). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima, Perú, Gaceta Jurídica, p. 265.

ocurrirá en aquellos supuestos en donde no se haya actuado con la diligencia debida, no se haya respetado el debido proceso o no se haya aplicado las normas vigentes al caso concreto.

230. En este caso, a criterio del Árbitro Único, quedó “constatado” que el funcionario público, señor Julio César Haro Orbegoso, había actuado fuera del margen de sus competencias al momento de suscribir las Adendas al Contrato. Además, el Árbitro Único constató que dicho funcionario no había seguido el procedimiento especial aplicable a los arrendamientos de bienes municipales, es decir, no había aplicado las normas vigentes al caso concreto.
231. En ese sentido, de acuerdo a las constataciones del Árbitro Único, quedó claramente establecida la falta de diligencia del funcionario público y la falta de aplicación de normas vigentes al caso específico, por lo que, según el artículo 11° antes citado, debió disponer de las medidas correspondientes para hacer efectiva la responsabilidad del emisor del acto nulo, esto es, las Adendas.
232. Dicha conclusión, si bien se desprende de la argumentación utilizada por el Árbitro Único, a nuestro criterio, resultaría no solo absurda, sino inconstitucional e ilegal. El motivo de ello es que la jurisdicción arbitral está prohibida de evaluar o examinar la legalidad de actos administrativos, emanados de potestades públicas. **Los asuntos relacionados a la responsabilidad de la MUNICIPALIDAD y sus funcionarios no es una materia contractual ni patrimonial ni del Derecho Privado. En consecuencia, no es una materia disponible para la administración pública**, por lo que no es susceptible de ser debatida en sede arbitral.
233. En estos cuatro primeros Problemas Jurídico Identificados, hemos tratado de determinar la naturaleza jurídica de las Adendas y hemos analizado las consecuencias de considerarlas como actos administrativos. Habiendo concluido que ello fue un error, entraremos a discutir los argumentos de fondo empleados por la defensa de ESPARZA sobre la validez y eficacias de las Adendas.

E. ¿Resultaba aplicable a este caso la teoría de los actos propios y la teoría de la imprevisión alegadas por ESPARZA?

234. A nuestro criterio, ninguna de estas teorías resultaba aplicable al caso concreto. Por un lado, la teoría de los actos propios fue invocada de forma incorrecta; por otro, la teoría de la imprevisión no fue correctamente sustentada ni probada por ESPARZA. A continuación, explicaremos nuestra posición, comparándola con los argumentos invocados por la MUNICIPALIDAD y el Árbitro Único, tomando en cuenta que, la MUNICIPALIDAD y el Árbitro Único omitieron cualquier pronunciamiento sobre la teoría de la imprevisión.

(i) Sobre la teoría de los actos propios

235. Esta teoría tuvo una larga evolución histórica, cuyos orígenes se remontan al Derecho Romano. El aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur* era comúnmente utilizado para

referirse a situaciones en donde el actuar contradictorio no estaba amparado por el Derecho. Sin embargo, es recién en el Derecho Anglosajón, a través de la doctrina del *estoppel*, cuando se realiza un desarrollo complejo y sistemático sobre la materia.

236. Independientemente de la discusión doctrinal referente a los orígenes de la materia que nos concierne, consideramos que tanto la teoría de los actos propios como la doctrina del *estoppel* se refieren a la misma situación. Esto es, la sanción que otorga el ordenamiento jurídico al actuar contradictorio de una persona respecto de un acto anterior, por medio del cual un tercero, confiando en ese actuar anterior, contrajo una obligación, perjudicando su patrimonio. El fundamento de dicha sanción es fomentar que las personas sean coherentes y actúen en virtud del principio de la buena fe, de tal manera que no se vea perjudicada la confianza legítima ni la seguridad jurídica existente entre dos partes contractuales.
237. En términos económicos, como señala BULLARD, “*la Doctrina de los Actos Propios se enmarca en la idea de **reducción de costos de transacción entre las partes**, permitiendo la aparición de acuerdos implícitos entre distintos agentes. Es como un acuerdo tácito derivado de la confianza que genera la apariencia de que una cierta línea de conducta no será modificada*”⁷⁹ (énfasis añadido). Ahora bien, para que esta Teoría sea aplicable, es necesario que concurren tres elementos:
- Una primera conducta vinculante y relevante para el Derecho.
 - Una conducta contradictoria con la primera conducta vinculante.
 - Identidad de los sujetos.
238. La concurrencia de estos requisitos equivale a la pérdida de la posibilidad de reclamar un derecho legítimo, justamente a causa de la contradicción.
239. En el caso que nos concierne, ESPARZA alegó que existía una especie de “acuerdo tácito” entre este y la MUNICIPALIDAD en relación a la vigencia y validez de las Adendas. Es decir, cuando la MUNICIPALIDAD suscribió las Adendas y aceptó las prestaciones de ESPARZA sin queja alguna (primera conducta vinculante), generó razonablemente confianza en ESPARZA respecto de la validez de las mismas. Así, cuando la MUNICIPALIDAD comunicó que las Adendas eran nulas, luego de 3 años de su ejecución sin reclamo alguno (conducta contradictoria), habría actuado de mala fe, perdiendo el derecho, aunque legítimo, de reclamar la nulidad de las Adendas.
240. En respuesta al razonamiento empleado por ESPARZA, la MUNICIPALIDAD señaló que la teoría de los actos propios no resultaría aplicable a este caso pues existe una causal de justificación para que la MUNICIPALIDAD haya actuado “contradictoriamente”, En otras palabras, a criterio de la MUNICIPALIDAD, la teoría bajo análisis no resultaría aplicable cuando la ley legitima un comportamiento contradictorio.

⁷⁹ BULLARD GONZÁLES, Alfredo (2010). *Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios*. Lima, Perú. Revista Ius et Veritas N° 40, p. 53.

241. Después de evaluar las posiciones de ambas partes, el Árbitro Único señaló que no se cumplían los presupuestos de aplicación de dicha teoría, en tanto el primer elemento presupone una primera conducta relevante para el Derecho, por lo que actos nulos, como las Adendas, no pueden considerarse relevantes para el Derecho.
242. Al respecto, numerosos autores concuerdan en que para que se configure esta teoría, es necesario que la primera conducta del sujeto sea válida pues, de lo contrario, nuestro ordenamiento jurídico permitirá la invalidación de dicha conducta. Si bien el argumento utilizado por el Árbitro Único respecto de la inaplicación de esta teoría fue principalmente el hecho de que una conducta nula no es “relevante” para el Derecho, consideramos más apropiada la argumentación realizada por la MUNICIPALIDAD. Así, **no se trata solamente de que la conducta primera sea irrelevante para el Derecho, sino más bien que el propio ordenamiento jurídico nos permite e impone el deber de anular dicha conducta viciada. En otras palabras, nuestro ordenamiento exige eliminar del sistema actos viciados con nulidad.** En palabras de Mario CASTILLO:

“No nos cabe la menor duda de que en este caso sería irrelevante que la contraparte haya invocado la Teoría de los Actos Propios, en la medida de que aquello que está en juego es un asunto de carácter imperativo y de orden público, es decir, un asunto que el Derecho hace suyo independientemente de cual sea la interpretación, criterio o voluntad de las partes que desean celebrar actos que contravengan dichas normas [...] La Teoría de los Actos Propios no es aplicable cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por la ley. La invocación de la Teoría de los Actos Propios respecto de negocios afectados de nulidad es cuestión controvertida, inclinándose la mayoría de las sentencias del Tribunal Supremo Español por dar una respuesta negativa a su aplicación [...] ‘la Teoría de los Actos Propios resulta inaplicable cuando se trata de actos jurídicos nulos de pleno derecho, incapaces de ser convalidados o subsanados por actividades de los sujetos intervinientes’”⁸⁰ (énfasis y subrayado añadidos).

243. Igualmente, René ORTIZ señala que es válido impugnar o contradecir los actos propios cuando dicho acto propio es manifiestamente contrario a ley. Veamos:

“Se reconocen dos situaciones claras en las que es válido impugnar [...] los hechos propios. La primera es cuando la impugnación beneficia a un tercero o le evita un perjuicio [...]; la segunda se verifica cuando el hecho propio es manifiestamente contrario a la ley, esto es, al decir de algunos, realizado contra una prohibición legal o, en expresión de otros, nulo por una razón de pública utilidad”⁸¹ (énfasis y subrayado añadidos).

244. Finalmente, es necesario resaltar que la teoría de los actos propios suele utilizarse como un medio de defensa, por lo que no puede invocarse para sustentar la pretensión del demandante. Sin embargo, en este caso, recordemos que ESPARZA utilizó dicha teoría para sustentar sus pretensiones procesales en la Demanda:

“De lo expresado se deriva que la Doctrina es una de carácter defensivo, no ofensivo. Sirve

⁸⁰ CASTILLO FREYRE, Mario (2006). *La teoría de los actos propios*. Lima, Perú. Palestra, p. 111 – 129.

⁸¹ ORTIZ CABALLERO, René (1991). *La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano*. Lima, Perú. Revista de Derecho N° 45, p. 270.

para defenderse de una pretensión que pretende aplicar una consecuencia jurídica que, si bien en principio podría parecer procedente, ha perdido esa calidad por que la conducta anterior del demandante o actor indicó, en buena fe, que dicha consecuencia jurídica no sería aplicable. [...] Pero de ello se deriva que la Doctrina no puede ser aplicada ofensivamente o para sustentar una pretensión. [...] La Doctrina te permite defenderte de una acción, pero no te permite usarla como sustento para iniciar una acción”⁸² (énfasis y subrayado añadido).

245. Después de analizar las posturas de los distintos autores, a nuestro criterio, tanto la posición adoptada por la MUNICIPALIDAD como por el Árbitro Único llevan a una conclusión correcta. En este caso, **la teoría de los actos propios o estoppel alegada por ESPARZA no resultaba aplicable en la medida que los actos nulos no son susceptibles de convalidación, confirmación o subsanación**. Por tanto, si bien en un primer momento ambas partes suscribieron y ejecutaron las Adendas, la posterior declaración de nulidad de las Adendas no es un actuar contradictorio, de acuerdo a la teoría de los actos propios, sino más bien, se trata de un actuar legítimo por medio del cual se pretende eliminar del ordenamiento jurídico los actos viciados de nulidad.
246. Así, **concluimos que la teoría de los actos propios no fue correctamente invocada por ESPARZA, por lo que fue correcta la defensa empleada por la MUNICIPALIDAD. La existencia de normas que legitiman la declaración de nulidad de un acto viciado es razón suficiente para concluir que dicha teoría no es aplicable al caso concreto**. Ello no puede significar un atentado contra la seguridad jurídica, confianza legítima ni el principio de buena fe, como ESPARZA fundamentó. **A nuestro criterio, ese debió ser el principal argumento invocado por el Árbitro Único**. Sin embargo, este analizó la concurrencia de sus elementos, concluyendo que no se cumplió con el primer requisito de la teoría pues los actos nulos no son relevantes para el Derecho. De acuerdo a nuestro análisis, **dicha teoría no resulta aplicable en absoluto, por lo que no resultaba necesario el análisis de la concurrencia de sus elementos, como lo hizo el Árbitro Único**.

(ii) Sobre la teoría de la imprevisión: excesiva onerosidad de la prestación

247. ESPARZA fue breve al señalar que, de acuerdo al principio de la buena fe en la ejecución del Contrato, no es posible hacerlo valer rígidamente cuando las circunstancias en las cuales se celebró han variado considerablemente. Como mencionamos, ni la MUNICIPALIDAD ni el Árbitro Único se pronunciaron al respecto, por lo que corresponde analizar si dicha omisión trajo consecuencias perjudiciales para el desarrollo del arbitraje.
248. De acuerdo a esta teoría, el equilibrio económico de los contratos, incluidos los contratos suscritos con la administración pública, puede alterarse por diversas razones. Existen varias clases de aleas que tienen el potencial de afectar la ejecución del contrato, entre ellas, encontramos los aleas administrativos, que son los originados por la acción unilateral de la administración; aleas empresariales, referidos a los riesgos interno del negocio y; finalmente,

⁸² BULLARD GONZÁLES, Alfredo (2010). *Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios*. Lima, Perú. Revista Ius et Veritas N° 40, p. 62.

los aleas económicos, que son las alteraciones en las condiciones económicas externas que hacen más gravosa la ejecución del contrato⁸³.

249. De acuerdo a esta teoría, en la ejecución de contratos de tracto sucesivo en el tiempo, la prestación a cargo de una de las partes podría verse afectada por situaciones materiales extraordinarias e imprevistas las cuales pueden hacer que su prestación se convierta en una excesivamente onerosa. Cuando ello ocurre, la parte perjudicada puede demandar la resolución del contrato por excesiva onerosidad de la prestación o también la reducción o el aumento de la contraprestación a su cargo, de acuerdo al artículo 1440° del Código Civil.
250. Sin embargo, ni en el escrito de Demanda ni en los demás escritos presentados por ESPARZA, podemos apreciar el adecuado sustento de este argumento. ESPARZA no hizo referencia expresa a ningún hecho extraordinario e imprevisto que alteró la prestación a su cargo. Mucho menos ofreció los medios probatorios para sustentar cómo el hecho alegado convirtió a su prestación en una excesivamente onerosa, pese a que cada parte tiene la carga de demostrar sus afirmaciones.
251. Por dicha razón, asumimos que tanto la MUNICIPALIDAD como el Árbitro Único omitieron realizar un pronunciamiento al respecto. Si bien la MUNICIPALIDAD no está obligada a pronunciarse sobre todos los argumentos invocados por su contraparte, consideramos prudente analizar si el Árbitro Único estaba en la obligación de pronunciarse sobre dicho argumento. Sobre ello, debemos mencionar el artículo 42° del Reglamento de la CCL:

“Artículo 42.- Determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral

1. Presentadas las posiciones de las partes, conforme al artículo 38°, el Tribunal Arbitral podrá citarlas a audiencia con el siguiente propósito:

*a. Determinar las **cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral.** [...] (énfasis y subrayado añadido)”.*

252. El artículo citado describe la fijación de puntos controvertidos, los cuales definen las materias objeto de pronunciamiento por el Árbitro Único. No existen más referencias sobre la fijación de los puntos controvertidos en normas o reglamentos arbitrales, por lo que debemos analizar algunos artículos del Código Procesal Civil sobre la materia:

“Artículo 122.- Contenido y suscripción de las resoluciones

Las resoluciones contienen:

[...]

4. La expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena, respecto de todos los puntos controvertidos. [...]”

“Artículo 188.- Finalidad

Los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes,

⁸³ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo (2011). *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Lima, Perú. Revista Derecho PUCP N° 66, pág. 82.

producir certeza en el Juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones”.

*“Artículo 468.- Fijación de puntos controvertidos y saneamiento probatorio
[...] las partes dentro del tercer día de notificadas propondrán al Juez por escrito los puntos controvertidos. [...]”.*

*“Artículo 555.- Actuación
[...] El Juez, con la intervención de las partes, fijará los puntos controvertidos y determinará los que van a ser materia de prueba”.*

253. De los artículos citados, podemos apreciar que la fijación de puntos controvertidos resulta de suma relevancia dentro de un proceso judicial o arbitral pues nos permite determinar los hechos sobre los cuales existen discrepancias entre las partes y que deberán ser probados por ellas, así como determinar las cuestiones sobre las cuales el juez o árbitro tiene la obligación de pronunciarse. Es importante resaltar que **la adecuada y correcta fijación de puntos controvertidos no es responsabilidad exclusiva del juez o del árbitro, sino más bien, se trata de una responsabilidad compartida con las partes y sus abogados**. La participación de todos los sujetos procesales permitirá concentrar todo el tiempo, esfuerzo e inteligencia en la actuación de los medios probatorios que tiendan a acreditarlos, evitando derroche inútil de energías en hechos no controvertidos⁸⁴.
254. Ello resulta indispensable en la medida que facilita en gran medida la expedición de una sentencia o laudo que sea fiel reflejo de lo actuado y probado en el proceso. En ese sentido, el juez o árbitro, solo tendrá la obligación de pronunciarse sobre dichos puntos controvertidos, más no de aquellos que no han sido definidos como controvertidos y que, en consecuencia, no han sido materia de prueba por las partes.
255. En este caso, mediante Resolución N° 4, se citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos. En dicha Audiencia se dejó constancia de la inasistencia de ESPARZA, quien fue debidamente notificada con la convocatoria. Así, se fijaron 8 puntos controvertidos, sin que ninguno de ellos verse sobre si la prestación a cargo de ESPARZA llegó a ser excesivamente onerosa por un acontecimiento extraordinario e imprevisible.
256. En conclusión, **consideramos que el Árbitro Único no tenía la obligación de pronunciarse sobre dicho extremo de la Demanda en la medida que (i) ESPARZA no cumplió con su obligación de probar los hechos alegados –teoría de la imprevisión o excesiva onerosidad de su prestación– y (ii) dicha discusión no estaba incluida dentro de los Puntos Controvertidos fijados por las Partes**. La inasistencia de ESPARZA a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos, importó la pérdida de oportunidad de solicitar la inclusión de dicho argumento en la discusión arbitral.
257. Habiendo confirmado la falta de argumentos invocados por ESPARZA para contradecir la

⁸⁴ DÍAZ VARGAS, Carlos (2003). *La fijación de los puntos controvertidos en el proceso civil*. Cajamarca, Perú. Revista Jurídica Cajamarca.
Recuperado de <<https://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista10/proceso.htm>>

pretensión de nulidad de la MUNICIPALIDAD; seguidamente, analizaremos la decisión del Árbitro Único en el laudo respecto del pronunciamiento sobre los créditos y débitos derivados del Contrato (y no de las Adendas, por estar viciadas de nulidad).

F. ¿El Árbitro Único incurrió en algún supuesto de incongruencias en el laudo?

258. Habiendo declarado la nulidad de las Adendas, el Arbitro Único advirtió que la MUNICIPALIDAD no había incluido en su petitorio una pretensión de condena mediante la cual solicite al Árbitro Único que ordene a su favor, el pago por parte de ESPARZA de los montos adeudados derivados del Contrato. En atención a ello, el Árbitro Único decidió no pronunciarse al respecto, a fin de no incurrir en un pronunciamiento que vaya más allá de lo solicitado. Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único decidió declarar que todo crédito y débito nacido del Contrato es, en principio, existente y exigible, más no los créditos y débitos nacidos de las Adendas, por estar viciados de nulidad.
259. Sobre ello, determinaremos si la decisión del Árbitro Único fue correcta y su eventual pronunciamiento hubiera constituido algún supuesto de incongruencia por exceso (*ultra petita* y *extra petita*), o, por el contrario, si debió condenar a ESPARZA el pago de los montos adeudados en virtud del Contrato, incurriendo así en un supuesto de incongruencia por defecto (*infra petita*).

(i) El arbitraje como jurisdicción

260. El artículo 139° de la Constitución peruana reconoce al arbitraje como una jurisdicción adicional a la ordinaria. El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos dirigido por un árbitro o un tribunal arbitral elegido por las propias partes, en virtud de un acuerdo privado (contrato), con la finalidad de decidir definitivamente sobre una controversia determinada. Ahora bien, el árbitro o tribunal arbitral decide o pone fin a una controversia a través de un acto jurisdiccional denominado laudo.
261. Existen numerosos estudios y posiciones respecto de la naturaleza del arbitraje, entre ellos, podemos destacar la tesis contractualista⁸⁵ y la tesis jurisdiccional⁸⁶. Sin ánimos de ahondar en el debate que proporcionan ambas tesis, lo que queremos destacar es que, si bien el arbitraje tiene orígenes contractuales, lo cierto es que el arbitraje tiene una finalidad jurisdiccional. Así, una vez surgida la controversia y constituido el tribunal arbitral, este dilucidará una controversia en equidad o en derecho, asegurando la justicia y paz social mediante una decisión que adquirirá la calidad de cosa juzgada.
262. Entonces, no cabe duda que **el arbitraje es otra manera de administrar justicia y, como tal, debe cumplir con los principios y derechos derivados de la función jurisdiccional en**

⁸⁵ La tesis contractualista justifica la existencia del arbitraje, los árbitros y su decisión en el contrato o compromiso arbitral asumido por las partes; ello, en contraposición al proceso ordinario y la sentencia, cuya fuente es la ley. De acuerdo a esta tesis, el arbitraje no tiene naturaleza jurisdiccional sino contractual, lo cual es corroborado por la falta de *imperium* de los árbitros, al momento de ejecutar forzosamente sus decisiones.

⁸⁶ La tesis jurisdiccional sostiene que el servicio de justicia es una garantía del Estado y, el arbitraje, al estar reconocido en la Constitución y leyes, debe cumplir lo que está llamado a realizar, es decir, una verdadera función jurisdiccional.

garantía de los derechos de los ciudadanos, los mismos que están consagrados en el artículo 139° de la Constitución. Cabe preguntarse si, en adición a los principios y garantías consagrados en la Constitución, el arbitraje deberá regirse por otros principios y normas consagrados en otros cuerpos normativos, por ejemplo, en el Código Procesal Civil. De hecho, en el quinto Problema Jurídico Identificado en este informe, hemos incluidos normas consagradas en el Código Procesal Civil sobre la fijación de puntos controvertidos, sin ahondar en la aplicación de esta norma al proceso arbitral. En las siguientes líneas justificaremos su aplicación.

263. Esta cuestión resulta relevante pues la Ley de Arbitraje no regula ni desarrolla los principios o garantías jurisdiccionales aplicables a los procesos arbitrales. Por dicha razón, surge la interrogante sobre si el arbitraje puede regirse supletoriamente por los principios, normas e instituciones consagrados en el Código Procesal Civil, los mismos que han sido arduamente desarrollados y ampliados por diversa jurisprudencia y doctrina, tanto nacional como internacional; en contraposición con el arbitraje, el cual resulta una materia relativamente “nueva”, cuyo desarrollo no se equipara al del Derecho Procesal.

(ii) Aplicación supletoria de normas del Código Procesal Civil al arbitraje

264. Al analizar la Ley de Arbitraje, encontramos que la Disposición Complementaria Décima se limita a señalar que “[l]as disposiciones procesales de esta norma respecto de cualquier actuación judicial prevalecen sobre las normas del Código Procesal Civil” (subrayado añadido). Sin embargo, la Ley de Arbitraje no señala expresamente la aplicación supletoria de dicho Código en procesos arbitrales. Sin embargo, Mario CASTILLO FREYRE señala que no existe inconveniente para ello:

“Existe toda una discusión en el sentido de decir que las normas del Código Procesal Civil pueden aplicarse supletoriamente a la Ley de Arbitraje. Tal discusión se centra en ver de qué manera las instituciones y figuras propias del proceso civil ordinario, son aplicables al arbitraje. Por nuestra parte, no vemos inconveniente para que se proceda de esta forma, dado que muchas de las figuras e instituciones del proceso arbitral tienen sus raíces en el proceso civil y, sin duda, la doctrina que las respalda en materia procesal civil, resulta sólido sustento para las mismas en el arbitraje. El ejemplo por excelencia es el relativo a la teoría de la prueba. Sobre este particular, podríamos preguntarnos si sería posible construir una teoría de la prueba para el arbitraje, siendo evidente que la respuesta negativa se impone. El Derecho no está para esfuerzos inútiles”⁸⁷ (énfasis y subrayado añadido).

265. Coincidimos con el citado autor en la medida que las instituciones y principios contempladas en el Código Procesal Civil son plenamente aplicables al proceso arbitral, en la medida que no contradigan su naturaleza. La omisión que realiza la Ley de Arbitraje sobre los principios y garantías que rigen la actividad arbitral creemos que surge con la finalidad de no redundar ni repetir en diversos cuerpos normativos los principios del derecho que rigen la actividad jurisdiccional en general.

⁸⁷ CASTILLO FREYRE, Mario (2018). *El arbitraje y los procesos de justicia ordinaria*. Lima, Perú. Revista de Derecho FORSETI, p. 123.
Recuperado de <http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/Articulo_Castillo_Freyre.pdf>

266. A nuestro criterio; **la jurisdicción arbitral, como cualquier jurisdicción, debe cumplir y respetar los principios generales del derecho**, más aún en aquellos casos en que la controversia arbitral se decidirá en derecho y no en equidad o en conciencia. De ese modo, si existe un cuerpo normativo, como el Código Procesal Civil, que desarrollo determinado principio general del derecho, el mismo resultará aplicable al arbitraje.

(iii) El principio de congruencia en el arbitraje

267. De acuerdo a lo anterior, el arbitraje debe observar todos los principios generales del derecho, incluyendo el desarrollo de los mismos efectuados por la jurisprudencia y doctrina. Entre otros, el arbitraje debe garantizar fielmente el debido proceso, la tutela jurisdiccional efectiva y la motivación de sus resoluciones.
268. Respecto del deber de motivación, el artículo 56° de la Ley de Arbitraje señala que todo laudo deberá ser motivado. Sobre la motivación, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “[...] *entre sus vertientes engloba **el derecho a obtener una resolución [...] congruente con las pretensiones deducidas por las partes en el interior del proceso; como también con el derecho de defensa del que es realmente inseparable***”⁸⁸ (énfasis y subrayado añadidos). Adicionalmente, se ha establecido lo siguiente:

“[...] *su contenido se respeta siempre que exista una fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa [...] **se observa entonces, que integrando la esfera de la debida motivación se halla el principio de congruencia, cuya transgresión la constituye el llamado “vicio de incongruencia”, que ha sido entendido como “desajuste” entre el fallo judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones***”⁸⁹ (énfasis y subrayado añadido).

269. Se trata del principio de congruencia, mediante el cual se exige que las decisiones del juzgador correspondan con los hechos y las pretensiones alegadas por las partes. Como mencionamos, la Ley de Arbitraje no desarrolla ni expresa la necesidad de congruencia del laudo arbitral ni castiga el laudo en caso este sea incongruente.
270. Sin embargo, como mencionamos en líneas anteriores, no vemos ningún inconveniente en aplicar los principios que rigen el proceso ordinario al arbitral, en la medida que los primeros contienen un mayor desarrollo sobre las instituciones jurídicas aplicables al Derecho en general. En ese sentido, los laudos arbitrales deberán respetar, además de lo contenido en el convenio arbitral, el principio de congruencia de igual manera que las sentencias o resoluciones judiciales pues, de lo contrario, el laudo podrá ser declarado nulo en sede judicial. Al respecto, Mario REGGIARDO sostiene que no existen argumentos válidos para diferenciar la aplicación de este principio en sede judicial o arbitral:

⁸⁸ Casación N° 4023-2010. Lima

⁸⁹ Casación N° 3127-010. Puno.

“[C]onsidero que el efecto práctico de la anulación de los fallos por haber incurrido en incongruencia extra petita y ultra petita son exactamente los mismos en sede judicial y en sede arbitral. Por lo tanto, el tratamiento debería ser el mismo en ambas vías y los estudios arbitrales no deberían desdeñar las valiosas investigaciones que desde hace mucho tiempo han hecho los procesalistas sobre el tema”⁹⁰ (énfasis y subrayado añadido).

271. De acuerdo a ello, aunque la Ley de Arbitraje no lo señale expresamente, el laudo arbitral debe ser congruente con los hechos y el petitorio, pues el principio de congruencia forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la motivación y debido proceso. Así, en caso que el laudo vulnere el principio de congruencia, la parte afectada podrá solicitar su anulación en sede arbitral por la vulneración a un derecho constitucional, en virtud del artículo 63° o de la Cláusula Duodécima de la Disposiciones Complementarias de la Ley de Arbitraje:

“Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
[...]
- b. Que una de las partes [...] no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c. Que [...] las actuaciones arbitrales no se han ajustado [...] a lo establecido en este Decreto Legislativo [...].”

“DUODÉCIMA - Acciones de garantía

Para efectos de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional, se entiende que el recurso de anulación del laudo es una vía específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado o vulnerado en el curso del arbitraje o en el laudo”.

272. Habiendo concluido que el principio de congruencia es igualmente aplicable en sede arbitral, deberemos desarrollar su contenido, el mismo que encuentra mayor estudio en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil:

“Artículo VII.- Juez y derecho

El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes”.

273. La primera parte de dicho artículo recoge el aforismo romano *iura novit curia*, el cual es comúnmente traducido como “el juez conoce el derecho” o, en su expresión más coloquial, como “dame los hechos que te dará el derecho”. En virtud de ello, aunque las partes no invoquen el derecho o lo invoquen erróneamente, corresponde al juez calificar la relación jurídica en base a los hechos alegados por las partes y aplicar la norma que rige dicha relación.

274. De acuerdo a este principio, se contempla un rol protagónico del juez en la decisión respecto

⁹⁰ REGGIARDO, Mario (2014). *Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú*. Lima, Perú. Revista de Derecho FORSETI.
Recuperado de < <http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/una-revision-funcional-al-recurso-de-anulacion-de-laudo-en-el-peru>>

de cuál es la norma aplicable al caso concreto, prescindiendo de la voluntad de las partes. Ello incluye el supuesto de error en la invocación de una norma, lo cual no deberá llevar al juez o árbitro a cometer el mismo error en su aplicación.

275. La segunda parte del citado artículo señala que el juez se encuentra prohibido de modificar los hechos alegados por las partes y tampoco podrá modificar ni pronunciarse más allá del petitorio. De ello, concluimos que de los principales elementos de la Demanda –y Reconvención– esto es (i) fundamentos de derecho, (ii) fundamentos de hecho (en conjunto, la *causa petendi*) y (iii) petitorio (*petitum*); el juez es capaz únicamente de modificar los (i) fundamentos de derecho invocados por las partes, en virtud del principio *iura novit curia*.
276. El sustento de que el juez no pueda modificar ni los (ii) fundamentos de hecho ni el (iii) petitorio es frenar cualquier supuesto de parcialidad o eventual exceso de autoridad del juez, al limitar su intervención al material fáctico que solo las partes pueden exponer. **El juez se encuentra encerrado dentro del círculo de hierro formado por los hechos alegados y probados por las partes**, pero, no se encuentra obligado a aceptar el encuadramiento normativo propiciado por estas⁹¹. Asimismo, **el juzgador se encuentra limitado por las pretensiones planteadas por las partes, no pudiendo omitirlas, alterarlas o excederlas**⁹².
277. Así, el principio de congruencia exige que la decisión del juzgador se identifique con los hechos alegados por las partes y las pretensiones expuestas. De esa forma, lo que no fue alegado ni pedido por las partes, no existe en el proceso. Por ello, el artículo 50° del Código Procesal Civil sanciona con nulidad la sentencia incongruente:

“Artículo 50.- Deberes

Son deberes de los Jueces en el proceso:

[...]

6. *Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia”.*

278. La limitación del juez o árbitro a ceñirse a los hechos y al petitorio se fundamenta en que **son las partes quienes tienen la carga de alegar y probar los hechos que fundamentan su pedido; asimismo, cada parte deberá alegar sus propias pretensiones**. “La elección de la pretensión corresponde al sujeto activo de la relación procesal, quien es el obligado a puntualizar inequívocamente la acción que escoge; en tanto, el juez no puede sustituirlo ni menos ir más allá del petitorio”⁹³. Ello es así pues **el proceso tiene la finalidad de discutir intereses privados, que corresponde exclusivamente a las partes definir y delimitar**, por lo cual, nadie más que ellas conocen lo que piden y discuten.
279. Habiendo mencionado lo anterior, corresponde definir cuándo nos encontramos frente a los supuestos de incongruencia por exceso (*ultra petita* y *extra petita*) e incongruencia por defecto (*infra* o *citra petita*):

⁹¹ LEDESMA NARVAÉZ, Marianella (2011). *Código Procesal Civil comentado*. Tomo I. Lima, Perú. Gaceta Jurídica, p. 66.

⁹² STC Expediente N° 7022-2006-PA/TC, fundamento 9.

⁹³ Expediente N° 607-7-97, Primera Sala Civil.

- a. *Ultra petita*: Se trata de un pronunciamiento judicial que va más allá de las pretensiones solicitadas por las partes en la Demanda o Reconvención.
- b. *Extra petita*: Se trata de un pronunciamiento judicial que agrega una pretensión no reclamada por las partes.
- c. *Infra o citra petita*: Se trata de un pronunciamiento judicial que omite una pretensión planteada por las partes. Este supuesto no necesariamente ocurre cuando el juez o arbitro decide menos de lo pedido. Por ejemplo, si la pretensión era pagar una suma de S/ 100.00 y se condenó al pago de S/ 80.00, no estaríamos ante un supuesto de incongruencia por defecto, pues puede que solo se haya comprobado una deuda de S/ 80.00.
280. En este caso, el Árbitro Único se pronunció sobre todas las pretensiones planteadas por las partes, por lo que descartamos algún vicio de incongruencia por defecto (*infra o citra petita*).
281. Sin embargo, evidenciamos que el árbitro emitió un pronunciamiento que iba más allá de lo solicitado por la MUNICIPALIDAD. Recordemos que la pretensión de la MUNICIPALIDAD consistía únicamente en solicitar la nulidad de las Adendas al Contrato. No obstante, el Árbitro Único, además de declarar fundada la pretensión de la MUNICIPALIDAD, emitió un pronunciamiento declarando lo siguiente:
- “[...] corresponde al Árbitro Único declarar que –a fin de no incurrir en un pronunciamiento omisivo– todo crédito y débito correlativo nacido del Contrato de Arrendamiento, es en principio existente y, además, exigible; siempre que se cumplan con los eventuales presupuesto y requisitos para su exigibilidad conforme al Contrato y en el marco del ordenamiento jurídico. No ocurre lo mismo con los créditos y débitos que surjan directa y exclusivamente de las Adendas, en tanto y en cuanto éstas han sido declaradas nulas mediante el presente laudo”.*
282. En principio, podríamos considerar que dicho pronunciamiento incurre en incongruencia por exceso, específicamente un pronunciamiento *ultra petita*, en tanto lo solicitado por la MUNICIPALIDAD consistía solamente en la declaración de nulidad de las Adendas. Ésta nunca pidió formalmente al Árbitro un pronunciamiento sobre los créditos y débitos derivados del Contrato, únicamente pidió discutir la validez y eficacia de las Adendas.
283. Sin embargo, debemos recordar los Puntos Controvertidos fijados por las Partes, los mismos que pueden ser objeto de pronunciamiento por el Árbitro Único, pese a no corresponder propiamente a las pretensiones procesales de las Partes. Sobre ello, vale traer a colación los puntos controvertidos 6° y 7°, los cuales buscaban determinar lo siguiente:
- “[...]*
6. *Determinar si existe una deuda pendiente de pago por parte de ESPARZA frente a la MUNICIPALIDAD, por concepto de renta mensual derivada del Contrato de Arrendamiento correspondiente al mes de noviembre de 2007.*
7. *En función de lo resuelto en los puntos anteriores respecto de la validez o invalidez de las Adendas y a la deuda pendiente de pago por concepto de la renta mensual correspondiente al mes de noviembre de 2007, determinar si corresponde declarar la inexistencia e inexigibilidad del crédito que la MUNICIPALIDAD mantendría frente a ESPARZA*

derivado del Contrato de Arrendamiento, por los siguientes conceptos: renta del arrendamiento por la suma de S/ 55,400.00, correspondiente al periodo de noviembre de 2007 a febrero de 2011; penalidades por la suma de S/ 127,922.50 y; 10% del valor de las entradas vendidas”.

284. En atención a ello, consideramos que el Árbitro Único no solo estaba autorizado para pronunciarse sobre la deuda de ESPARZA frente a la MUNICIPIALIDAD, sino estaba obligado a pronunciarse al respecto pues dicha discusión estaba incluida dentro de los Puntos Controvertidos fijados dentro del proceso arbitral. Distinto hubiera sido el caso si el Árbitro Único hubiera ordenado a ESPARZA a pagar los montos derivados del Contrato. En ese caso, el Árbitro Único hubiera incurrido en una incongruencia *extra petita* al agregar o añadir una pretensión no alegada por ninguna Parte en el presente proceso arbitral. Consecuentemente, **el pronunciamiento del Árbitro Único en el laudo sobre la existencia y exigibilidad de los créditos y débitos nacido del Contrato no vulneró el principio de congruencia ni generó ningún vicio sobre lo decidido.**

IX. CONCLUSIONES

285. De la revisión del Expediente de Relevancia Jurídica, hemos arribado a las siguientes conclusiones:
- Coincidimos con la decisión contenida en el Laudo de Derecho emitido por el Doctor Domingo Rivarola respecto de la nulidad de las Adendas. Sin embargo, discrepamos del análisis jurídico y lógico utilizado.
 - El Árbitro Único concluyó que las Adendas son actos administrativos, por lo que resultaba de aplicación la LPAG. A nuestro parecer, ni el Contrato ni las Adendas son actos administrativos, por lo que la LPAG no resultaba aplicable, sino más bien la Ordenanza y el Código Civil.
 - En el supuesto negado que las Adendas fueran actos administrativos, éstos no serían arbitrables al tratarse de actos de *ius imperium* del Estado, referente a potestades públicas. De acuerdo a la Constitución y demás leyes, los actos de imperio del Estado deberán ser revisados exclusivamente por tribunales contencioso administrativos.
 - En el supuesto hipotético que fuera posible que el Árbitro declare la nulidad de un acto administrativo, este debió aplicar las disposiciones contempladas en la LPAG y la LPCA, por ser las normas que rigen la materia. Consecuentemente, debió analizar la lesividad al interés general, los plazos para interponer la demanda y disponer de la responsabilidad del emisor del acto viciado. Sin embargo, ello no sería posible, tomando en cuenta la finalidad del arbitraje.
 - Sobre la posición de la Demandante, consideramos que su defensa estuvo mal planteada desde el origen del proceso pues invocó una serie de argumentos que no aplicaban a la controversia y, además, no cumplió con la carga de probarlos adecuadamente.
 - Finalmente, consideramos correcta la decisión del Árbitro Único de no decidir sobre pretensiones distintas a las formuladas por la MUNICIPALIDAD. Si hubiera condenado a ESPARZA a pagar los montos derivados del Contrato, hubiera incurrido en un supuesto de incongruencia por exceso (*extra petita*), pues dicha pretensión no fue

planteada en el proceso por la MUNICIPALIDAD.

X. ANEXOS

286. Adjuntamos al presente Informe de Relevancia Jurídica los siguientes anexos:

- c. Demanda.
- d. Contestación de la Demanda y Reconvención.
- e. Contestación de la Reconvención.
- f. Laudo de Derecho.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ABRUÑA PUYOL, Antonio

2016 *Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo*. Revista Foro Jurídico N° 15.

ASENCIOS TORRES, Pascual

2016 *Validez y Nulidad del acto administrativo*. Lima, Perú. Academia de la Magistratura.

BACA ONETO; Víctor Sebastián

2006 *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)*. Lima, Perú. Lima Arbitration N° 1.

Recuperado de <http://www.limaarbitration.net/LAR1/victor_sebastian_baca_oneto.pdf>

2009 *La anulación de los contratos públicos regulados en la nueva Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*. Circulo de Derecho Administrativo N° 7.

2014 *El concepto, clasificación y regulación de los contratos públicos en el Derecho peruano*. Revista Ius et Veritas N° 48, Julio 2014.

BARRA, Rodolfo

2008 *La sustantividad del contrato administrativo*. Buenos Aires, Argentina. Revista Ediciones Especiales, Primeras Jornadas Argentino Norteamericanas sobre Contratación Pública.

Recurado de

<https://www.academia.edu/29366556/La_sustantividad_del_contrato_administrativo_-_ED_182-1029>

BOQUERA OLIVER, Jose María

1999 *Los contratos de la administración desde 1950 hasta hoy*. Valencia, España. Revista de Administración Pública N° 150.

BULLARD GONZÁLES, Alfredo

2010 *Los fantasmas sí existen: La Doctrina de los Actos Propios*. Lima, Perú. Revista Ius et Veritas N° 40.

- 2013 *¿Qué fue primero: el huevo o la gallina? El Carácter contractual del recurso de anulación.* Lima, Perú. Revista Internacional de Arbitraje, Julio – Diciembre.
- 2016 “*El Estado soy yo*”. *La arbitrabilidad de las decisiones regulatorias.* En: BULLARD GONZALES, Alfredo. *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva.* Lima, Perú. Palestra.

CASSAGNE, Juan Carlos.

- 2017 *Derecho Administrativo.* Palestra Editores. Lima, Perú.

CASTILLO FREYRE, Mario

- 2006 *La teoría de los actos propios.* Lima, Perú. Palestra.
- 2018 *El arbitraje y los procesos de justicia ordinaria.* Lima, Perú. Revista de Derecho FORSETI. Recuperado de http://forseti.pe/media_forseti/revista-articulos/Articulo_Castillo_Freyre.pdf

DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge

- 2005 *La constitución comentada.* Gaceta Jurídica. Lima, Perú.
- 2006 *El régimen de los contratos estatales en el Perú.* Lima, Perú. Revista de Derecho Administrativo N° 2. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/16330/16738>

DÍAZ-CANDIA, Hernando

- 2009 *La jurisdicción arbitral frente a los actos administrativos: Hacia el arbitraje contencioso—administrativo.* Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones. Caracas, Venezuela.

DÍAZ VARGAS, Carlos

- 2003 *La fijación de los puntos controvertidos en el proceso civil.* Cajamarca, Perú. Revista Jurídica Cajamarca. Recuperado de <https://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista10/proceso.htm>

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco

- 2012 *Arbitraje y Contratación Gubernamental.* Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje.

JIMENEZ MURILLO, Roberto

- 2009 *Los contratos administrativos derivados de los actos administrativos patrimoniales estatales.* Lima, Perú. Circulo de Derecho Administrativo.

LEDESMA NARVAÉZ, Marianella

- 2011 *Código Procesal Civil comentado.* Lima, Perú. Gaceta Jurídica.

MEILÁN GIL, José Luis

- 2011 *Una concepción iusadministrativista de los contratos públicos.* Revista Derecho PUCP N° 66. Lima, Perú.

MORALES CORRALES, Pedro

1996 *La nulidad del acto jurídico administrativo*. Lima, Perú. Revista de la Facultad de Derecho PUCP N° 50.

MORON URBINA, Juan Carlos

2016 *La contratación estatal*. Gaceta Jurídica. Octubre.

2015 *El proceso contencioso de lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano*. Lima, Perú. Revista Ius et Veritas N° 51.

2019 *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima, Perú, Gaceta Jurídica.

MORON URBINA, Juan Carlos y AGUILERA, Zita.

2019 *Aspectos Jurídicos de la Contratación Estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, Perú, pág. 97.

NEVA NEGRETE, Alfonso

1963 *Contratos privados de la administración pública*. México. Revista de la Facultad de Derecho de México. Tomo XIII, N° 51, julio – setiembre.

Recuperado de <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2688/5.pdf>>

ORTIZ CABALLERO, René

1991 *La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano*. Lima, Perú. Revista de Derecho N° 45.

REGGIARDO, Mario

2014 *Una revisión funcional al recurso de anulación de laudo en el Perú*. Lima, Perú. Revista de Derecho FORSETI.

Recuperado de <<http://forseti.pe/revista/arbitraje-internacional/articulo/una-revision-funcional-al-recurso-de-anulacion-de-laudo-en-el-peru>>

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo

2011 *El equilibrio económico en los contratos administrativos*. Lima, Perú. Revista Derecho PUCP N° 66.

SALAZAR CHAVEZ, Ricardo

2004 *La contratación de la Administración Pública en Función a los Intereses Involucrados en cada Contrato*. Lima, Perú. Revista Derecho & Sociedad N° 23.

SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge

2009 *La habilitación constitucional, para el arbitraje con el Estado y su desarrollo en el Perú*. Lima, Perú. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.

SILA ROMERO, Eduardo

2004 *La Distinción entre “Estado” y “Administración” y el Arbitraje Resultante de “Contratos de Estado”*. Revista Brasileira de Arbitragem.

SORIANO HINOJOSA, Álvaro

2018 *Arbitraje, contratación pública y defensa de la competencia (Sentencia 5/2018 Tribunal Superior de Justicia País Vasco, Sala de lo Civil y Penal, de 30 mayo 2018)*. Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones.

VÁSQUEZ REBAZA, Walter

2008 *Acerca del Dominio Público y el Dominio Privado del Estado. A Propósito de sus Definiciones en la Nueva Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales y su Reglamento*. Asociación Civil Derecho & Sociedad N° 30. Lima, Perú.

WÖSS, Herfried

2012 *El Orden Público, Derecho Público, Cosa Juzgada e Inarbitrabilidad en Contratos Públicos en México*. Spain Arbitration Review. Revista del Club Español del Arbitraje.

