

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA:

¿SIGUE SIENDO EL ARBITRAJE LA VÍA IDÓNEA?

Tesis para optar el Título de Abogada que presenta la Bachiller:

MARÍA CLAUDIA CASTRO GUILLÉN

20120881

Asesor: Vicente Alberto Cairampoma Arroyo

Lima, 2021



*A Dios y la Virgen de la Puerta, por
iluminar mi camino.*

*A mi familia, por ser soporte y motor para
seguir adelante, porque sin su apoyo esta
investigación no sería posible.*

RESUMEN

El análisis de la evolución de los contratos administrativos en el Perú, demuestra que —aunque todavía existe discusión sobre los tipos de contratos que celebra la Administración Pública— la mayoría de la doctrina ha optado por reconocer la concepción unitaria de los contratos administrativos. Con ello se ha podido evidenciar que tal criterio no resultaría suficiente para derivar uno u otro contrato a la vía arbitral o al Poder Judicial para solucionar las controversias que se pudieran originar. Las principales controversias por las cuales las partes de un contrato público van a arbitraje se resumen en deficiencias en las etapas precontractual y en ejecución de contrato, y en el incumplimiento de prestaciones que determina la aplicación de penalidades. La adopción del arbitraje como medio de solución de controversias constituye una manifestación de esa apertura económica al sector privado y, de ninguna manera, un debilitamiento del Derecho Administrativo. Con sus aciertos y bemoles, el arbitraje en materia de contratación pública sigue siendo un sistema de administración de justicia perfectible, que constituye un respiro para un sobrecargado Poder Judicial.

Palabras clave: derecho administrativo – derecho público – arbitraje con el estado – contratación pública – contrato administrativo – poder judicial – huida del derecho administrativo – prerrogativas – arbitraje administrativo

ÍNDICE

ÍNDICE	4
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO PRIMERO: ¿LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SON TODOS IGUALES?	16
1.1. La naturaleza jurídica de los contratos administrativos	17
1.2. Las particularidades de los contratos administrativos	21
1.3. El versus de la contratación administrativa: ¿dos caras de la Administración Pública?	25
1.3.1. <i>Concepción unitaria: la categoría única de los contratos</i>	30
1.3.2. <i>Concepción dualista: los contratos administrativos y privados</i>	36
1.4. ¿Cuáles son las principales características de los contratos administrativos en el Perú?	40
1.4.1. <i>Verdad o mito: las prerrogativas y potestades especiales del Estado</i>	43
1.4.2. <i>La desigualdad de las partes en el contrato público</i>	53
1.5. Los regímenes jurídicos en los contratos administrativos en el Perú ... 57	
1.5.1. <i>El régimen de los contratos - ley</i>	58
1.5.2. <i>El régimen de las Asociaciones Público Privadas</i>	62
1.5.3. <i>El régimen de la Ley de Contrataciones del Estado</i>	67
1.5.4. <i>Sistemas de contratación</i>	68
1.5.5. <i>Métodos de contratación</i>	69
CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, RAZONES DE ENEMISTAD ENTRE LOS PRIVADOS Y EL ESTADO	76
2.1. Los contratos más problemáticos de la historia de la contratación pública	77
2.1.1. <i>Contrato de obra</i>	78
2.1.2. <i>Contrato de bienes y servicios</i>	82
2.2. La pugna entre el privado y el Estado: ¿qué hacer cuándo ambas partes creen que tienen la razón?	85
2.3. ¿Por qué se enfrentan las partes en los contratos administrativos? 90	
2.2.1. <i>Las deficiencias de los actos preparatorios</i>	91
2.2.2. <i>Las ampliaciones de plazo y los mayores gastos generales</i>	94
2.2.3. <i>Las penalidades</i>	95
2.2.4. <i>La resolución de contrato</i>	96
2.2.5. <i>La corrupción y pérdida de transparencia</i>	98
CAPÍTULO TERCERO: EL BALANCE ENTRE LA JUSTICIA PÚBLICA Y LA JUSTICIA PRIVADA	105
3.1. ¿Cómo se resuelven las controversias en la contratación pública? 108	
3.1.1. <i>La justicia pública del Poder Judicial</i>	113
3.1.2. <i>La justicia privada del arbitraje</i>	118
3.1.2.1. <i>Origen del Arbitraje en los contratos con el Estado: ¿fenómeno de la huida del Derecho Administrativo?</i>	129
3.1.2.2. <i>Naturaleza jurídica del Arbitraje</i>	135
3.1.2.3. <i>El Arbitraje Institucional</i>	143

3.2. Las dos caras de la moneda de la contratación pública: Poder Judicial y Arbitraje	145
3.2.1. ¿Sigue siendo el arbitraje la vía idónea para resolver conflictos en materia de contratación pública?	147
CONCLUSIONES FINALES	160
BIBLIOGRAFÍA	164
Apéndice A	173
Apéndice B	174



INTRODUCCIÓN

¿Desde cuándo existen los conflictos en el mundo? Seguramente datan del comienzo de la historia de la humanidad. Resulta imposible pensar en un mundo en el que no se generen controversias en convivencia, puesto que no todos somos iguales ni pensamos igual. En ese sentido, al tener diversas perspectivas sobre un tema en específico, la sociedad debe contar con los medios necesarios para arribar a la solución de esas controversias.

A lo largo de los siglos, la resolución de controversias se ha desarrollado de variadas formas, hasta llegar a lo que ahora se conoce como los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Como parte de este proceso, nació el arbitraje, vía que significó un alivio y apoyo para el Estado, en tanto este ya no se encontraba en capacidad de hacerse cargo de todos los procesos, a fin de solucionar los problemas que aquejen a sus ciudadanos.

Como sabemos, desde nuestro origen republicano, el Estado peruano se ha encargado de resolver los conflictos, a través del Poder Judicial, vía ordinaria en la cual se establecen reglas que conllevan a soluciones que deberían ser equitativas, más aún tratándose de conflictos surgidos en el marco de la contratación pública.

Frente a dicha situación, cabe precisar que en el marco legal específico se ha establecido diversos mecanismos de solución de conflictos, los cuales incluyen desde la conciliación extrajudicial, el arbitraje, las juntas de resolución de disputas y el acuerdo entre las partes. De entre todos ellos, advertimos que es el arbitraje uno de los conceptos claves para desarrollar la presente investigación.

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú señala que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. Es decir, desde su concepción, por excelencia, el mecanismo de solución de controversias previsto por el Estado ha sido el Poder Judicial.

En concordancia con ello, respecto a las actuaciones administrativas, el artículo 148 de la Constitución dispone que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa. Asimismo, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula la acción contencioso administrativa, advierte que las actuaciones administrativas en materia de contratos administrativos son impugnables en el proceso contencioso administrativo, salvo que sea obligatorio o se decida llevar la controversia al fuero arbitral.

En ese sentido, dicha norma prevé que las controversias surgidas en materia de contratación pública deben ser resueltas por el Poder Judicial y plantea como régimen excepcional el arbitraje. Para reforzar tal idea, debemos tomar en consideración lo establecido en el artículo 63 de la Constitución Política del Perú:

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

De esta manera, se habilita el arbitraje como medio de resolución de conflictos derivados de contratos celebrados entre el privado y la Administración Pública.

En lo que respecta a la normativa de contratación pública, la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establecía en su artículo 53 que para los contratos públicos el arbitraje era obligatorio. Cabe precisar que la normativa de contratación pública ha sufrido, a lo largo de estas décadas, diversas modificaciones, las cuales serán detalladas en el Gráfico 5 y Gráfico 6 de la presente investigación. En ese sentido, debemos resaltar que la disposición sobre el arbitraje en los contratos públicos fue modificada por la actual Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225.

El artículo 45 de la norma vigente señala que: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje institucional, según el acuerdo de las partes”.

Del texto citado podemos advertir que la legislación actual ya no contempla el arbitraje como única vía obligatoria, tal como sí se hacía en anteriores ediciones de la normativa de contratación pública. Ello, de ninguna manera implica que estas controversias puedan ser llevadas al Poder Judicial. En la normativa vigente se presentan dos opciones para resolver este tipo de conflictos: la conciliación o el arbitraje institucional. Sin embargo, ello no ha sido motivo para que —de manera equiparable— las controversias se diluciden tanto en la vía jurisdiccional como la arbitral. Por el contrario, los propios operadores jurídicos han convertido al arbitraje como la vía casi exclusiva para la solución de controversias en materia de contratación pública.

Frente a ello, uno de los aspectos más cuestionados es el referente a la posibilidad de que la soberanía del Estado y sus potestades públicas queden

sometidas a un sistema privado de solución de controversias, abandonando la vía creada por el propio Estado para resolverlas.

Los contratos administrativos se caracterizan por la sumisión de la acción administrativa a las potestades y de la posición de supremacía jurídica de la Administración frente a los particulares.

En consecuencia, la problemática se concentra en determinar si el arbitraje es la vía más idónea para resolver conflictos derivados de contratos administrativos, tomando en cuenta sus características propias. Ello implicaría afirmar que el Estado puede renunciar a su inmunidad soberana y aceptar que las controversias derivadas de los contratos administrativos que celebra, y que afectan el uso de recursos públicos, sea decidido por un tribunal privado.

En síntesis, el arbitraje se ha convertido en la vía exclusiva para la resolución de contratos administrativos. El Estado ha optado por paliar lo urgente e inmediato, creando una vía alterna al mecanismo jurisdiccional y sometiendo sus potestades y prerrogativas públicas al fuero privado.

Lo descrito anteriormente nos lleva a plantearnos el problema central de la presente investigación: ¿debería seguir siendo el arbitraje la vía más idónea para resolver los conflictos propios de la contratación pública?

La norma de contrataciones con el Estado señala en su artículo 45 que el arbitraje es la vía contemplada para la solución de controversias. No obstante, al haber transcurrido más de veinte años de la habilitación del arbitraje para resolver conflictos

derivados de los contratos públicos, resulta válido cuestionar si es que el arbitraje es la vía más adecuada para solucionar las controversias en este tipo de contratos.

Ello nos lleva a reflexionar sobre las razones que tuvo el legislador para determinar que el Poder Judicial no se daba abasto, en la década de los noventa, para resolver los conflictos de este tipo de contratos. Es por eso que consideramos viable realizar un estudio comparativo entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral.

Para llevarlo a cabo, debemos tomar en consideración que todo contrato que celebre el Estado tutela un interés público detrás. Parte de la doctrina extranjera defiende una posición más favorable hacia el Poder Judicial, de modo tal que la sola habilitación del sometimiento obligatorio a un fuero exclusivamente privado, es considerado como un imposible. No obstante, cabe recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el arbitraje tiene reconocimiento constitucional como jurisdicción, por lo que no debería suponer mayor inconveniente.

Así pues, a efectos de identificar cuál es la vía más idónea para la resolución de conflictos derivados de contratos públicos, resulta necesario entender la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y evidenciar que no todos presentan las mismas características. A partir de ello, se deberá tomar en consideración las principales diferencias entre los contratos objeto de estudio para determinar si en todos los casos el arbitraje resulta ser la vía idónea.

En ese orden de ideas, una vez identificadas las razones por las que surgen controversias con el Estado, las cuales se traducen en los principales problemas de la contratación pública, se analizará si cada caso necesita una vía de solución de

controversias distinta. Ello, atendiendo a la naturaleza de ambos regímenes y sus problemas particulares.

Cabe precisar que, de todos los mecanismos de solución de controversias en el régimen de contrataciones del Estado, existen dos opciones que suponen una colisión entre sí: el Poder Judicial y el arbitraje. Así pues, esta oposición tiene sus orígenes en el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, el cual resulta de suma importancia para determinar qué vía es la más idónea en cada caso.

Con la presente investigación se pretende analizar diferentes escenarios y determinar si se debe volver a la vía creada por el Estado para resolver sus propios conflictos, si debería mantenerse la obligatoriedad del arbitraje para todos los contratos públicos o si debería crearse una vía mixta para la resolución de controversias en estos casos.

Para identificar de manera adecuada el problema principal de investigación, debemos tomar en cuenta lo ocurrido en el Perú en la década de los noventa del siglo XX. En dicho periodo nuestro país experimentó el fenómeno de la privatización, a partir del cual el Estado trasladó al sector privado la iniciativa empresarial. La Administración Pública había perdido poder y presencia en las áreas de salud, seguridad, educación, pero, sobre todo, en la administración de justicia. Es así que la exclusiva función jurisdiccional del Estado ya no se constituía como garantía para los administrados, sino más bien se evidenció lo lento y poco fiable que podía ser el accionar de los jueces y de aquellos agentes que forman parte del Poder Judicial.

Frente a este escenario desalentador, una de las más acertadas luces de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, fue la

implementación del arbitraje obligatorio para las controversias suscitadas en la fase de ejecución de los contratos públicos. Más de veinte años después, el arbitraje se mantiene como una solución real frente a la crisis de la justicia del Estado, sin que ello suponga que sea la panacea.

En ese orden de ideas, y ante la interrogante que motiva el estudio y análisis de este trabajo, la hipótesis que establecimos como base provisional de nuestra investigación sostiene que el arbitraje no debería ser considerado como la vía exclusiva o más idónea para la resolución de conflictos en todos los tipos de contratos públicos. La razón de ello radica en que cada uno de estos contratos presenta características particulares que permitirían establecer una serie de criterios para determinar qué controversias podrían someterse a la vía judicial.

La expectativa inicial de esta investigación parte de la premisa de que no debemos renunciar al Poder Judicial para la solución de controversias y, por ende, sí es posible cuestionar la viabilidad del arbitraje y realizar un análisis que permita evaluar si es el camino adecuado para la contratación pública.

Tomando en cuenta ello, el objetivo general de la presente investigación es demostrar que el arbitraje no debería ser considerado como la única vía para resolver conflictos suscitados a raíz de los contratos públicos y resaltar la importancia del Derecho Administrativo y el Derecho Público en esta materia.

Es por ello que, a través del desarrollo de esta investigación buscamos resaltar la relevancia de la naturaleza de los contratos públicos, para determinar los mecanismos de solución de controversias más adecuados para cada caso en concreto, así como demostrar que la noción de interés público y la de solución

controversias están íntimamente ligadas, por lo que el análisis de uno no puede darse sin tener presente a la otra.

A efectos de demostrar si el arbitraje sigue siendo la vía idónea para resolver las controversias en materia de contratación pública, en la presente investigación se propone abordar un estudio doctrinal, dogmático y cualitativo, en el cual se recopilará experiencias de diversos agentes de nuestro medio jurídico. Por tanto, en este trabajo se tratará de profundizar sobre los problemas de la justicia ordinaria y alternativa, analizado desde los ojos del Derecho Administrativo.

Pero, ¿por qué reflexionar sobre esta materia?

En primer lugar, la contratación pública implica mayor eficacia, prontitud en resolver y especialización. En su debido momento, la decisión de realizar el cambio del Poder Judicial al arbitraje fue efectista, no nació desde una perspectiva teórica. Al ser una decisión pragmática, nosotros queremos estudiar si, desde la teoría, resulta válido confiar ese tipo de controversias al arbitraje.

En segundo lugar, consideramos importante analizar si —después de más de veinte años y habiendo pasado por algunas crisis producidas por probables casos de corrupción— puede seguir siendo el arbitraje la vía más adecuada para resolver conflictos.

Como pieza fundamental del presente análisis, partimos de la teoría de los contratos administrativos y de cómo se solucionan los conflictos que surgen en el marco del derecho público. No obstante, más allá de analizar la funcionalidad y la validación de la normativa vigente, también consideramos oportuno cotejar el aspecto

teórico con la práctica legal. Es por ello, que optamos por realizar entrevistas, a efectos de intercambiar ideas con los expertos más representativos en el manejo del tema arbitral, judicial y administrativo¹. Estas sesiones han sido de suma utilidad para poder empaparnos sobre cómo funciona el arbitraje y el sistema judicial, desde una perspectiva más directa. Sin duda, estas experiencias han complementado la presente investigación, inclinando la balanza entre el Poder Judicial y el arbitraje hacia el fuero privado.

Después de haber estudiado la solución de controversias en contratos públicos, resulta importante advertir que nuestra hipótesis quedó descartada, de modo tal que iniciamos la investigación con cierta esperanza de poder devolver al Poder Judicial ciertas controversias. No obstante, culminamos la investigación con la validación de la vía arbitral, pues hemos llegado al convencimiento de que el arbitraje debe mantenerse como la vía más adecuada, siendo modelo de exportación. Conforme se detallará a lo largo de estos capítulos, lo que pretendemos defender en esta investigación es que por una serie de factores, tales como el tiempo, la especialización, la oportunidad en el pronunciamiento y la transparencia, la vía arbitral sigue siendo la mejor opción para resolver conflictos en materia de contratación pública.

Respecto a la estructura del presente trabajo de investigación, debemos señalar que el mismo se divide en tres capítulos. El primer capítulo aborda el concepto de contrato administrativo, donde analizamos su naturaleza jurídica, así como sus particularidades. Adicionalmente, reflexionamos acerca de la importancia de realizar distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados que celebra la

¹ Véase Apéndice A.

Administración Pública, a efectos de determinar si constituye un criterio para optar por el arbitraje o el Poder Judicial como vía de solución de conflictos.

En ese contexto, también realizaremos un análisis sobre las potestades del Estado, sus prerrogativas y su incidencia en los contratos administrativos y en el arbitraje. Posteriormente, se explicará brevemente los regímenes jurídicos en los contratos administrativos en el Perú, para acotar la investigación en la normativa de contratación pública.

Todo ello, a efectos de poner en contexto al lector, bajo la perspectiva del Derecho Público y el Derecho Administrativo, puesto que son estos componentes los que deberían determinar que sea la vía judicial la que predomine para los contratos públicos. No obstante, es posible que a lo largo de la investigación se llegue a demostrar justamente lo contrario.

En el segundo capítulo, se detallará cuáles son los contratos que más generan controversias entre el Estado y el privado. Asimismo, reflexionaremos sobre qué hacer cuando se inicia una pugna entre las partes, explicando cuáles son los mecanismos de solución de controversias previstos en la normativa de contrataciones. Por tanto, se buscará demostrar que la especialidad es un factor de suma importancia para escoger quién resuelve el conflicto: el juez o el árbitro.

En el tercer capítulo, explicaremos cómo funciona el Poder Judicial y el arbitraje para poder realizar un paralelo comparativo sobre los criterios más importantes a tomar en consideración a efectos de demostrar qué vía resulta más idónea para la contratación pública.

CAPÍTULO PRIMERO: ¿LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SON TODOS IGUALES?

Del universo de acuerdos de voluntad entre dos partes, existe un escenario específico que se da entre la Administración Pública y las personas naturales o jurídicas, regido por el Derecho Administrativo.

En el presente capítulo, se abordarán aspectos teóricos, donde analizaremos las principales características, teorías y tipos de contratos en nuestro ordenamiento jurídico. Como segundo aspecto importante, nos centraremos en desarrollar cómo funcionan los contratos administrativos, realizando especial énfasis en las prerrogativas y potestades especiales del Estado.

De esta manera, podremos comprobar si es que este constituye un criterio diferenciador entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración Pública, y si ello ocasionaría que se pueda retornar al Poder Judicial para resolver determinados conflictos.

Así pues, este análisis tiene por finalidad demostrar que los contratos administrativos poseen elementos característicos que los diferencian de los contratos en general y que, dentro de este concepto jurídico, podemos encontrar distintos tipos de contratos, los que —dependiendo de su naturaleza— tendrán un tratamiento también diferente en lo que respecta a la solución de controversias.

Dentro de lo que respecta a los regímenes jurídicos de la contratación pública en el Perú, hemos optado por desarrollar el régimen de los contratos - ley, las Asociaciones Público Privadas y los contratos que se rigen por la normativa de

contratación pública, debido a que en estos regímenes se instauró el sistema arbitral como mecanismo para solucionar las controversias.

Estos contratos presentan ciertas características particulares, las cuales detallaremos en la sección 1.5. de la presente investigación, y que nos servirán para evaluar si, efectivamente, el arbitraje es la mejor opción para resolver conflictos.

1.1. La naturaleza jurídica de los contratos administrativos

La importancia de analizar la naturaleza jurídica de los contratos administrativos radica en determinar en qué medida estos se encuentran sujetos al Derecho Público y al Derecho Administrativo. Asimismo, ello será un punto de partida para afirmar o negar que —en todos los contratos administrativos— las controversias deban resolverse a través del arbitraje. En tal sentido, en primer lugar, debemos ocuparnos de la definición del contrato administrativo.

El contrato como institución jurídica se puede definir como el acuerdo de voluntades entre dos o más personas, creador de derechos y obligaciones entre ellas. A partir de ese concepto, el contrato administrativo es aquél que está regido por el Derecho Administrativo (Cosculluela, 1993, p. 347).

De conformidad con Juan Carlos Cassagne (1999, p. 15), en el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el Derecho Privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*, interpretación, equilibrio financiero, etc.).

Así pues, debemos señalar que el contrato exige como presupuestos la autonomía de la voluntad y la paridad jurídica de las partes, elementos que no se presentan de la misma manera en los contratos regidos por el Derecho Administrativo.

Principalmente, ello se origina en virtud de la sumisión de la acción administrativa a las potestades y de la posición de supremacía jurídica de la Administración frente a los particulares. De esta manera, podemos afirmar que la autonomía de la voluntad supone una aplicación compleja y restringida en el campo del Derecho Administrativo, ya que las actuaciones estatales deben siempre buscar el interés general y estar en concordancia con las normas de orden público y las buenas costumbres.

No obstante, debemos resaltar que la Administración Pública goza de cierta flexibilidad en el uso de la autonomía de la voluntad, lo cual se ve traducido en la selección del contratista o en la determinación del contenido negocial (Correa, 2002, p. 62).

Ahora bien, cabe precisar que debido a las diversas actuaciones que realiza la Administración Pública, tenemos como resultado una gran variedad de contratos administrativos que poseen características propias, más aún cuando actualmente la participación del componente privado en la contratación ha aumentado y le ha otorgado gran eficiencia y efectividad a las tareas originalmente encargadas al Estado.

En este último supuesto, el cuestionamiento que surge con este tipo de contratos administrativos radica en determinar qué contratos de la Administración Pública son competencia de los tribunales ordinarios, de manera que deben conocer de los posibles litigios en relación con dichos contratos. Particularmente, esta situación

ha decrecido desde la aparición de la habilitación de la vía arbitral para materia de contrataciones del Estado.

A decir de Luis Cosculluela (1993, p. 352), la jurisdicción competente es en todo caso la contencioso-administrativa, para conocer de los litigios que se susciten por razón de estos contratos. Los contratos privados celebrados por la Administración tendrán una naturaleza civil. Pero en cuanto son celebrados por la Administración Pública, las reglas reguladoras del procedimiento de preparación del contrato y las reglas de selección del contratista y adjudicación del contrato, se regirán en todo caso por la legislación administrativa.

En el Perú, el contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Esta categoría jurídica general, puede tener particularidades —según sea el ámbito del orden jurídico dentro del cual se manifiesta— que involucre a distintos actores y actividades, así como la aplicación de principios y normas diferenciados (Salazar, 2007, p. 56).

En esa misma línea, José María Baño León (2004) ha señalado que el contrato público es todo acuerdo de voluntades, en el que una parte es una Administración Pública, del que resultan derechos y obligaciones.

Al respecto, Ramón Huapaya —siguiendo las enseñanzas del profesor Cassagne— considera que el contrato público es todo acuerdo de voluntades, permitido por ley, en el que interviene una entidad de la Administración Pública, en el ejercicio de una función o cometido público-administrativo, acuerdo del cual surgen derechos y obligaciones para las partes contratantes (2013, p. 286).

De tal forma, cabe precisar que lo más importante de la citada definición es la presencia de una entidad pública, así como la finalidad administrativa del contrato, la cual deberá estar predeterminada por una norma.

Cuando la Administración contrata, lo hace porque la ley se lo permite y sujeta a un régimen jurídico administrativo, el mismo que manda que el contrato se forme, suscriba y ejecute conforme a reglas diferentes a los sujetos privados. Es bien sabido que la Administración Pública se halla sujeta al derecho administrativo y al principio de legalidad, puesto que cuando contrata carece por completo de autonomía de la voluntad (Huapaya, 2013, p. 287).

En el marco de los contratos públicos, debemos tomar en consideración que la Administración Pública —en su actividad contractual— debe emplear procedimientos administrativos reglados.

En este punto resulta importante señalar que la ejecución de los contratos públicos, en algunos casos se rige plenamente por normas de derecho público, mientras que en otros, dichos contratos se rigen parcialmente por el derecho público y el derecho privado (Huapaya, 2013, p. 287).

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, advertimos que en todos los contratos la Administración Pública actúa en ejercicio de función administrativa. Es por ello que la actividad contractual de la Administración incluirá potestades públicas, sin que ello implique dejar en indefensión a sus contrapartes privadas, pues se deberá establecer garantías a favor de estas.

Tal como se ha venido analizando a lo largo de este subcapítulo, la interrogante que surgió al momento de determinar el concepto del contrato administrativo es si solo por ser un contrato administrativo *per se*, la jurisdicción contencioso-administrativa debía ser la que resolviera los conflictos que pudieran generarse en este tipo de contrato.

No obstante, sabemos que del universo de contratos administrativos en el Perú —en la actualidad— todos deben ir a arbitraje para solucionar sus controversias. Después de analizar la naturaleza de los contratos administrativos y llegar a la conclusión de que en este tipo de contratos se ejerce función administrativa, la siguiente pregunta sería si esta característica resulta incompatible con la jurisdicción arbitral.

Al respecto, consideramos que la respuesta es negativa, pues el hecho de que el contrato administrativo esté investido de función administrativa, no implica que se desencadene un inconveniente para el arbitraje.

El Estado obra en virtud del Principio de Legalidad; no puede realizar distintas acciones que no hayan sido debidamente autorizadas, es decir, tiene un rango de acción limitado. El arbitraje nace como una jurisdicción reconocida en la Constitución Política del Perú, de manera que no tendría por qué generar incompatibilidad que el Estado someta sus controversias derivadas de sus contratos públicos a un tribunal privado.

1.2. Las particularidades de los contratos administrativos

Hemos partido de la premisa que señala que los contratos administrativos presentan naturaleza pública. Por tanto, consideramos oportuno resaltar cuáles son las particularidades que este tipo de contratos comprende.

De acuerdo a lo señalado por la doctrina², los contratos administrativos presentan características que son comunes al régimen general de los contratos, con la particularidad de tener —como una de las partes— a la Administración Pública. No obstante ello, debemos rescatar las características especiales que presentan este tipo de contratos, conforme se explicará en las siguientes líneas.

La característica más relevante es el elemento subjetivo, el cual implica que una de las partes celebrantes del contrato est constituida por un órgano de la Administración Pública.

No obstante, las partes no disponen de libertad contractual plena —como ocurre en el Derecho Civil—, sino que se impone una limitación a este derecho del privado, ya que este contrato se encuentra sujeto a un marco legal previamente establecido, de manera que ninguna de las partes se encuentra en capacidad de negociar libremente las condiciones del contrato.

² Véase García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Temis.; Dromi, R. (2000). *Derecho Administrativo - Tomo II*. (8ª ed.). Editorial Ciudad Argentina, p. 101; Silva Cima, E. (1995). *Derecho Administrativo chileno y comparado. Actos, bienes y contratos - Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile, p. 174; Martín Tirado, R. J. (2013). El laberinto estatal: Historia, evolución y conceptos de la contratación administrativa en el Perú. Arbitraje PUCP, (3), 41-77; Bielsa, R. (1964). *Derecho Administrativo. Tomo II*. (6ª ed.). La Ley; Retamozo Linares, A. (2018). Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios. Tomo II. Gaceta Jurídica; Salazar, R. (2007). El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. Derecho & Sociedad, (29), 55-62; Linares, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. Revista de Derecho Administrativo, (1), 285-308.

Asimismo, para llevar a cabo la celebración de un contrato administrativo, es preciso señalar que existe un procedimiento especial —que dependerá del método de contratación—, a efectos de garantizar que la Administración Pública pueda proveer a la ciudadanía de bienes, servicios y obras, contratando bajo las mejores condiciones de precio y calidad, de tal forma que le permita cumplir con los fines públicos, y cautelar el uso de los recursos del Estado.

En ese sentido, debemos tener claro que los contratos administrativos cumplen una función instrumental, es decir, que constituyen un medio para que el Estado pueda cumplir con determinadas finalidades públicas. Así pues, al tratarse de contratos que tienen a la Administración Pública como parte celebrante, advertimos que el Estado no se aparta de su régimen exorbitante característico. Ello, en la medida en que se incluyen prerrogativas y cláusulas exorbitantes que respaldan el accionar de la Administración, las cuales se justifican en el interés público que existe detrás de la contratación.

En correspondencia con el hecho de que el Estado debe atender un fin público, los contratos administrativos son mutables. Con ello, se entiende que las estipulaciones contenidas en dichos contratos pueden variar si las circunstancias se ven modificadas con respecto al momento en que se celebró el contrato.

Así pues, es en virtud del interés público que las prestaciones pactadas deben adecuarse. Ahora bien, estas adecuaciones no deben responder a cualquier cambio de circunstancia, sino que tales cambios deben ser acordes con el criterio de razonabilidad.

Es así que, debido al régimen público al cual se encuentran adscritos, se evidencia una desigualdad jurídica entre las partes, entendida como la subordinación del contratista privado a la Administración.

En ese sentido, bajo este desbalance entre ambas partes, por largo tiempo hemos asumido que es el Poder Judicial aquella institución que debe velar por resolver los conflictos que puedan surgir en el país. Por tanto, pensar en un tribunal privado para resolver conflictos que atañen relaciones jurídicas donde el Estado es una de las partes, resulta inimaginable para muchos.

¿Estas particularidades constituyen razones suficientes para determinar que es el Poder Judicial quien debiera resolver las controversias vinculadas a estos contratos? Consideramos que la subordinación del contratista a la Administración no debería ser una cuestión determinante para no tomar al arbitraje como vía de solución de conflictos en contratación pública en el Perú.

Al respecto, debemos señalar que la desigualdad jurídica entre las partes implica que existe una sujeción de la parte privada al Estado, de modo tal que la Administración, al tener por finalidad velar por el interés público, se encontraría en una posición privilegiada, por sobre los intereses privados.

Así pues, que el interés público tenga preeminencia sobre los intereses del privado, no implica que sea el Poder Judicial quien deba resolver las controversias que se puedan generar en la ejecución del contrato. De esta forma, advertimos que el arbitraje no es incompatible con el interés público que debe primar en la actuación del Estado.

La jurisdicción arbitral ha sido reconocida por la Constitución Política del Perú de 1993, cuyo artículo 62 señala lo siguiente:

*(...) 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.***

(Resaltado y subrayado son nuestros)

Con ello, se disipa el cuestionamiento para cerrarle la puerta al arbitraje en contratación pública, pues la Constitución ha reconocido a este mecanismo alternativo de solución de conflictos como una vía activa para someter controversias derivadas de la relación contractual entre particulares y el propio Estado.

1.3. El versus de la contratación administrativa: ¿dos caras de la Administración Pública?

El propósito de este primer capítulo es demostrar que no todos los contratos administrativos son iguales, en tanto existen diversas características que los diferencian unos de otros. Una de esas particularidades es la concepción del término “contrato administrativo”, de manera que se pueda evidenciar si resulta de utilidad hacer la diferencia entre el comportamiento que asume la Administración Pública cuando contrata por determinadas materias.

En nuestro país, la normativa de contrataciones con el Estado no realiza diferenciación alguna entre los contratos administrativos y los contratos de Derecho Privado que celebra la Administración Pública.

No obstante, las teorías que hemos estudiado —postuladas por autores extranjeros y adoptadas por autores nacionales— han dado pie para que una teoría tenga mayor aceptación que la otra, sin que ello implique que haya consenso sobre la naturaleza jurídica de los contratos de la Administración Pública.

La figura del contrato administrativo tiene su origen en Francia, debido a que determinados contratos pasaron de ser revisados por los tribunales civiles a la jurisdicción contencioso-administrativa³.

Posteriormente, ya en el siglo XIX, Bélgica y España reservaron también a la jurisdicción administrativa los contratos celebrados por la Administración Pública, por motivos de orden político. Dentro de las novedades que trajo el siglo XX, se originó un cambio en quién debiera resolver los conflictos derivados de la contratación administrativa. Así, los contratos que celebrara la Administración Pública que tuvieran por objeto la prestación de un servicio público, suponían la eliminación del régimen de igualdad entre las partes y daban pie a la “superioridad de la Administración Pública”, en la medida en que gozaba de una serie de potestades en función al interés general del servicio público (Linares, 2006, p. 288-289).

En esa misma línea, Víctor Baca refuerza la premisa de que corresponde que la jurisdicción administrativa sea aquella que se encargue de resolver los conflictos que puedan surgir en los contratos que celebre el Estado.

³ Véase Parada, R. (1994). Derecho Administrativo. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 264.

Así pues, el referido autor señala que todo lo que concierne a la organización y funcionamiento de los servicios públicos propiamente dichos, actúe la Administración Pública vía contrato o vía autoridad, constituye una operación administrativa, que es por su naturaleza del dominio de la jurisdicción administrativa (2008, p. 668).

Al respecto, cabe resaltar que este escenario —en el cual se transitó de la jurisdicción contenciosa a la arbitral— fue replicado en nuestro país. El punto de quiebre para este cambio se dio en razón de la promulgación de la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, y de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, a través de las cuales se encontró en el arbitraje, una vía de solución de controversias para la contratación pública. Este análisis normativo se efectuará con mayor detalle en el capítulo tercero de la presente investigación.

Toda vez aceptada la naturaleza administrativa de los contratos públicos, cabe precisar que se resalta la presencia de una serie de cláusulas exorbitantes, de prerrogativas a favor de la Administración Pública que no se admitirían en un contexto diferente, como el caso de los contratos entre privados. No obstante, debemos advertir que este criterio no ha sido completamente acogido por la doctrina para determinar qué contratos son administrativos y cuáles son privados.

Frente a este escenario, García de Enterría y Fernández Rodríguez consideran oportuno tomar en cuenta como criterio diferenciador el “giro o tráfico” propio de la Administración. En ese sentido, serán administrativos aquellos contratos por los cuales la Administración busque satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de su específica competencia (Baca, 2008, p. 668).

Al respecto, cabe precisar que la sustantividad de los contratos —entendida como la existencia real e independiente de la categoría general de los contratos en el ámbito civil— ha generado una polémica en el ordenamiento jurídico español.

Bajo ese entender, parte de la doctrina⁴ sostiene que la presencia de la Administración Pública en el contrato implica la introducción de una serie de modulaciones y de prerrogativas, es decir, poderes externos al contrato.

Así, en lo que respecta a las modulaciones, si estamos en el contexto de un “contrato administrativo”, es la intensidad de la modulación del contrato lo que generaría que las controversias que puedan surgir o derivarse de este contrato denominado “administrativo”, sean conocidas por un tribunal especializado en el régimen peculiar de la Administración Pública y no sean resueltas por los tribunales ordinarios (Baca, 2008, p. 669).

En el contexto peruano, tener un contrato con modulaciones de gran intensidad generó que —debido a la especialización que se requeriría para resolver las materias en conflicto de estos contratos— deba ser analizado por un grupo de juristas que estén especializados en dicha materia, algo que los jueces del Poder Judicial de la década de los noventa no podían ofrecer. Tal vez podría haberse pensado en instaurar juzgados especializados en contratación pública; no obstante, el desarrollo de nuestra historia viró hacia el arbitraje.

Retornando al contexto internacional, autores como Ariño Ortiz⁵ han defendido la sustantividad del contrato administrativo, pues los privilegios propios del régimen

⁴ Ver a García de Enterría y Fernández Rodríguez en *Curso de Derecho Administrativo*, I, 13^a edición, Civitas, Madrid, 2006.

especial del Derecho Administrativo son introducidos al contrato, de manera que se hace imposible mantener la figura dentro de las reglas y el molde con que fue diseñado por el Derecho Privado (Baca, 2008, p. 669).

Así pues, la sustantividad del contrato administrativo permitiría deslindar la resolución de conflictos de este tipo de contratos a una jurisdicción especializada. Otra vez, ante este escenario el propio Estado otorga al arbitraje la posibilidad de acoger las controversias en materia de contratación pública y poder resolverlas, como si de una jurisdicción especializada se tratara.

Al respecto, cabe resaltar que existen contratos donde la Administración Pública puede ejercer ciertas potestades en la relación contractual, como consecuencia de la especial vinculación del objeto del contrato con el interés general.

Por tanto, la discusión entre la teoría de las modulaciones y la teoría de la sustantividad, gira en torno al grado de afectación de la naturaleza del contrato. De modo tal que para aquellos que siguen la teoría de la modulación, se trata de privilegios posicionales y extracontractuales de la Administración Pública, mientras que para quienes defienden la tesis de la sustantividad, sí afecta la naturaleza del contrato y se deberá reconocer la realidad de un régimen jurídico distinto (Baca, 2008, p. 670-671).

⁵ V se Ariño Ortiz en “Contrato y Poder Público. La figura del contrato administrativo en el Derecho español y europeo”, en *Derecho Administrativo. Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 879.

En el contexto del Derecho peruano, cabe precisar que esta discusión ha sido reconocida por la doctrina más antigua⁶. No obstante, es preciso advertir que la normativa de contrataciones que se encuentra vigente no recoge las distinciones entre una tesis y la otra, sino que se entiende que existe una única categoría del contrato público.

Estas dos tesis representan las dos caras del Estado. Si bien estas distinciones no han tenido un reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico peruano, debemos rescatar que continúa siendo una discusión vigente.

En ese sentido, lo que pretendemos demostrar al analizar estas teorías contractuales del Derecho Administrativo es determinar si corresponde que el arbitraje sea la respuesta de apostar por una tesis u otra, o si sería una opción viable regresar al Poder Judicial para resolver ciertos conflictos.

Por este motivo, en el siguiente acápite se discurrirá entre ambas concepciones, dónde se desarrollarán las principales características de la tesis monista y la tesis dualista, para determinar cuál resulta más afín con el arbitraje.

1.3.1. Concepción unitaria: la categoría única de los contratos

En virtud a lo analizado previamente, la tesis unitaria o monista de los contratos administrativos implica que los contratos que suscribe el Estado son de categoría

⁶ Véase De la Puente y Lavalle, M. (2003). El contrato en general, I, 2ª edición, Palestra, Lima; Núñez Borja, H. (1959). Lecciones de Ciencia de la Administración y Derecho administrativo del Perú, 2ª edición; Bacacorzo, G. (1998). Tratado de Derecho administrativo, I, 3ª edición, Gaceta Jurídica, Lima.

única, diferenciados entre sí por la modulación o regulación de derecho público que poseen (Linares, 2006, p. 287).

En ese sentido, la tesis única no admite que existe un régimen distinto para los llamados “contratos administrativos”, sino que este tipo contractual solo posee variaciones relacionadas al ámbito público, es decir, por la presencia del Estado como una de las partes del contrato.

De conformidad con Mario Linares, esta teoría reconoce que en algunos casos la modulación puede ser más intensa que en otros y que la principal diferencia con la tesis dualista radica en que los defensores de la tesis unitaria no admiten la existencia de potestades implícitas atribuibles al Estado en los contratos administrativos, una vez que estos reciben dicho rótulo (2006, p. 288).

Recordemos que una de las características del contrato administrativo que analizamos en la sección anterior es el rol de las prerrogativas en materia de contratación pública, de manera que sin ellas no se trataría de un contrato de tal tipo.

Por ello, resulta particularmente interesante la postulación de la tesis unitaria, toda vez que no reconoce potestades implícitas de parte del Estado. De esta premisa podemos desprender que el Estado no tendría este poder omnipotente para hacer y deshacer a su antojo. No estaríamos, entonces, ante el super poderoso Estado.

Al respecto, cabe precisar que la teoría unitaria no ha sido entendida de una sola forma. A manera de ejemplo, tenemos la postura defendida por Monedero Gil. Para el referido autor, predomina una concepción unitaria de la institución contractual.

Así pues, ello no quiere decir que no existe diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. Esta concepción busca identificar elementos comunes que permitan dar origen a una figura que los englobe a ambos, para poder hacer una teoría general del contrato del Estado (Baca, 2008, p. 675).

De esta forma, Monedero Gil defiende la idea de una sustantivación de la figura del contrato administrativo, debido a sus numerosas particularidades respecto al contrato civil, sosteniendo que este es el que debe ser utilizado como esquema base para la construcción de la figura unitaria del contrato del Estado (Baca, 2008, p. 675).

Esta última premisa nos lleva a reflexionar sobre el desarrollo de la normativa de contratación pública en el Perú, a lo largo de estas últimas décadas, pues si bien existe desde 1997 la Ley de Contrataciones y Adquisiciones, una norma especializada en el ámbito público de los contratos administrativos, no se desliga completamente del ámbito civil o privado, pues establece que de manera supletoria podrá aplicarse el Código Civil.

La concepción unitaria también ha sido defendida por Brewer Carias, quien señala que la Administración Pública que celebra un contrato siempre puede ejercer sus poderes extraordinarios establecidos en las leyes, cuando el interés público así lo requiera. Cabe precisar que dichos poderes pueden ejercerse independientemente del contenido de sus cláusulas o del objeto del contrato (Baca, 2008, p. 676).

Así pues, el referido autor sustenta su postura en que todos los contratos públicos están sometidos al Derecho privado y al Derecho administrativo. No obstante, advierte que la superioridad de uno u otro puede variar, de manera que serán

contratos administrativos aquellos que en virtud de la finalidad de interés público perseguido con el mismo, están sujetos preponderantemente a un régimen de derecho público⁷.

Brewer Carias extiende las prerrogativas a todos los contratos que la Administración Pública celebre, pues son implícitas e inherentes al Estado y no resultan de los contratos públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la que se encuentra la Administración contratante como garante del interés público (Baca, 2008, p. 676).

Por tanto, cabe precisar que Brewer Carias defiende la idea de que el uso de las potestades exorbitantes del Estado está permitido, siempre que estas se encuentren establecidas en una ley. En ese sentido, incluso si ellas no están establecidas a nivel contractual, podrán ser aplicadas en tanto derivan de una norma.

Por su parte, Linares Jara también es partidario de la tesis monista, pero con sus propios postulados. Según dicho autor, en el Perú no existen potestades contractuales explícitas ni implícitas a favor de la Administración Pública; lo que sí existe, de forma limitada, son contadas prerrogativas, que son las ventajas otorgadas por un régimen legal determinado y a las que deberá remitirse la administración en su accionar contractual (2006, p. 290).

De otro lado, es preciso resaltar lo señalado por Víctor Baca, pues alega que las potestades del Estado son irrenunciables y constituyen un medio para el debido accionar de la Administración en el cumplimiento de sus cometidos públicos (2008, p.

⁷ Brewer Carias, A. Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela. En RDA-CDA 2, 2006, p. 61.

679). Aquí se presenta una gran diferencia con lo postulado por Mario Linares, en tanto el primer autor sí reconoce la existencia de potestades a las cuales el Estado no puede renunciar.

Este razonamiento puede ser vinculado con especial atención en el arbitraje, pues, si estamos frente a potestades irrenunciables, entonces todos los conflictos que surjan durante la ejecución del contrato no podrían ser arbitrables, ya que tales potestades, por definición, no pueden someterse a esta vía alternativa de solución de conflictos, sino recurrir a la vía ordinaria.

Para Víctor Baca (2008, p. 685) no es necesario que para reconocer la existencia de los contratos administrativos, diferentes de los privados, se les reconozca potestades implícitas en el sentido de no previstas en la ley a la Administración.

A entender de Sarmiento García, no es irrazonable una postura que admita no sólo potestades expresas en la ley o en el contrato, sino también razonablemente implícitas en ciertos contratos de la Administración. No se trata de potestades que deriven del encuadramiento de un contrato dentro de la imprecisa categoría del contrato administrativo, sino de competencias razonablemente implícitas en el ordenamiento jurídico (Baca, 2008, p. 687).

La normativa vigente de contratación con el Estado no establece de manera expresa dos categorías de contrato, sino que solo contempla los llamados contratos del Estado, reconociendo unas prerrogativas que en principio tendrían que ser aplicables a todos ellos. Las tesis unitarias tienen la virtud de poner de manifiesto que, tanto el Derecho Administrativo como el Derecho Privado, pueden ser aplicables en

ambos casos, pues el procedimiento de formación de la voluntad siempre será público y generalmente las normas del Código Civil se aplicarán a la relación contractual, al menos supletoriamente (Baca, 2008, p. 688).

Después de haber recogido las posturas de diversos autores que defienden la tesis monista, debemos precisar que secundamos la idea de que no existe sentido en realizar una diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados que celebra la Administración Pública, debido a que se trata de una bipartición que —a nuestro parecer— no tiene mayor utilidad en tiempos modernos.

No obstante, advertimos que la discusión teórica sobre las potestades exorbitantes y las prerrogativas del Estado resulta fundamental, pues es un criterio determinante para identificar a los contratos administrativos, bajo el entendido de todo aquel contrato donde una de las partes es la Administración Pública.

Ahora bien, se preguntarán qué relación podría tener la concepción monista con el arbitraje como solución de controversias en contratos públicos. La respuesta es más sencilla de lo que parece, pues al no hacer distinción en los contratos que celebra el Estado, nos lleva a un único camino para resolver los conflictos que puedan suscitarse en su ejecución.

El poder bajo el cual está investido el Estado no se desprende de este en ninguna de sus actuaciones. No obstante, no debemos entender ese poder como una característica que sea incompatible con el ámbito privado. Es por ello y también por otras razones —que analizaremos en el capítulo tercero de la presente investigación— que el arbitraje se habilitó para los contratos públicos desde la década de los noventa.

Partir de la premisa del criterio de tipo contractual, es decir qué tipo de contrato celebre la Administración Pública, constituyó un primer paso para responder la hipótesis de nuestra investigación y así determinar si el arbitraje continuaba siendo la mejor opción para resolver conflictos en materia de contratación pública. Ese camino se encuentra más vinculado a la concepción dualista, la cual podremos analizar más a fondo en la siguiente sección.

1.3.2. Concepción dualista: los contratos administrativos y privados

En contraposición a lo desarrollado anteriormente, en las siguientes líneas detallaremos la tesis dualista, quiénes la defienden y cuál es su vinculación con el arbitraje en materia pública.

La tesis denominada dualista de los contratos del Estado defiende la existencia de los contratos administrativos y los contratos privados de la administración, de manera que se trata de dos contratos de distinto tipo, pese a que comparten diversas similitudes.

La concepción clásica del contrato administrativo implica la existencia de potestades que trascienden la letra misma del contrato, siendo por tanto implícitas y de aplicación incluso en caso se haya pactado en contra de ellas. En este punto encontramos una diferencia fundamental con la teoría monista, ya que en esta no se reconocen potestades implícitas necesariamente. Este análisis lo desarrollaremos con mayor profundidad en la siguiente sección de esta investigación.

Al respecto, consideramos importante resaltar cuáles son las potestades de la Administración Pública: (i) modificación unilateral del contrato, (ii) interpretación

unilateral y ejecutoria, (iii) dirección y control, (iv) sancionadoras y resolutorias. Estas se fundan en la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido (Linares, 2006, p. 293).

En ese sentido, debemos tener presente que la teoría dualista reconoce en los contratos administrativos la aplicación de estas y otras potestades implícitas, dependiendo de la circunstancia en la que se desarrolle la ejecución contractual. De otro lado, estas potestades no son reconocidas cuando el Estado celebra un contrato privado, pues se entiende que se desenvuelve como un particular cualquiera, despojándose de su *ius imperium*.

En esa misma línea, es preciso rescatar lo analizado por Ricardo Salazar, quien señala que esta teoría parte de considerar que el Estado tiene dos personalidades, una pública (en la que tiene poder) y otra privada (en la que no tiene poder).

En ese sentido, cuando el Estado ejerce su personalidad pública, celebra “contratos administrativos”, caracterizados porque en ellos el Estado tiene prerrogativas especiales a su favor, como las de poder resolver o modificar unilateralmente el contrato (Salazar, 2007, p. 58).

Frente a ello, la aplicación de dichas prerrogativas no genera para el Estado alguna responsabilidad ni tampoco permite que la otra parte pueda oponerse a ello exigiendo el cumplimiento de lo pactado. En la actualidad, esta situación no deja en total indefensión a la parte privada que ve resuelto el contrato debido a la aplicación de alguna prerrogativa del Estado. Ello es así, toda vez que el privado puede demandar, en la vía correspondiente, al Estado por los daños y perjuicios ocasionados.

La otra cara de la moneda se explica cuando el Estado ejerce su personalidad privada y celebra “contratos privados del Estado”, caracterizados porque en ellos el Estado no tiene prerrogativas especiales a su favor, de modo que si no hubiera acuerdo de voluntades para resolver o modificar el contrato, el Estado se encontraría absolutamente obligado, como cualquier otro particular, al cumplimiento del mismo (Salazar, 2007, p. 58).

En este caso, resulta claro afirmar que cuando el Estado no es poder, no resulta posible que ejecute sus prerrogativas sin responsabilidad. Por el contrario, al encontrarse despojado de su *ius imperium*, contrata con el privado como si fuera un particular más, debiendo ajustarse a lo pactado en el contrato, a efectos de cumplir de la mejor manera con sus obligaciones.

No obstante, a nuestro entender resulta complicado diferenciar en qué situaciones el Estado estaría actuando despojado de su poder y en qué otras circunstancias sí actúa investido de su *ius imperium*.

Ello resulta así, por cuanto el elemento determinante para distinguir a este tipo de contratos no son las prerrogativas especiales a favor del propio Estado (pues puede tenerlas, no tenerlas o condicionar tal posibilidad), sino el hecho de que por lo menos una de las partes que celebra el contrato es una entidad de la Administración Pública que actúa ejerciendo función administrativa (Salazar, 2007, p. 58).

En ese orden de ideas, las teorías antes descritas toman importancia en el estudio de los contratos administrativos y la solución de controversias en materia de derecho público, con la finalidad de determinar si esta distinción teórica tiene

incidencia práctica en los criterios que podrían establecerse para determinar si ciertas controversias se resuelven en la vía arbitral y otras en la vía judicial.

El punto central de discusión de ambas teorías radica en analizar la existencia o no de las potestades implícitas en los contratos administrativos, las cuales se encuentran en estado de latencia y a la espera de ser activadas por alguna autoridad de la Administración (Linares, 2006).

Para ello, resulta imprescindible afirmar que las potestades administrativas y las prerrogativas que posee el Estado, responden a distintos conceptos. Las potestades del Estado son irrenunciables y constituyen un medio para el debido accionar del Estado en el cumplimiento de sus cometidos públicos. Por otro lado, las prerrogativas públicas, que son las ventajas otorgadas por un régimen legal determinado y a las que deberá remitirse la Administración en su accionar contractual, como es el caso de la acción del Estado de modificar contratos, interpretarlos ejecutoriamente o resolverlos con la sola invocación de la protección del interés público comprometido.

La teoría dualista distingue los contratos que celebra la Administración Pública, y, en tal sentido, impulsa a que se puedan derivar las controversias que surgen de los contratos administrativos al Poder Judicial. Así pues, se podría discutir acerca de las potestades implícitas que el Estado haya decidido aplicar en la ejecución de sus contratos. Al ser prerrogativas, entonces la vía idónea debería ser el Poder Judicial.

De otra parte, en el caso de los contratos privados de la Administración Pública, al despojarse de sus potestades y prerrogativas, el Estado contrata como

cualquier otro privado. En ese sentido, resulta más razonable que las controversias que surjan de estos contratos se resuelvan en la vía arbitral.

No obstante, somos de la opinión que aplicar la teoría dualista en la actualidad no tendría mayor sentido, debido a que nuestra legislación no ha reconocido en la normativa de contratación pública que los diversos contratos celebrados al amparo de este marco jurídico sean contratos administrativos o contratos privados de la Administración Pública.

Asimismo, resulta interesante destacar que las potestades o prerrogativas del Estado no constituyen un impedimento para que las controversias que se desarrollen en la ejecución contractual sean llevadas a arbitraje, pues que el tribunal que dirima el conflicto sea privado y no esté constituido por jueces, no quiere decir que habrá mayores irregularidades o se incline la balanza hacia el privado.

En ese orden de ideas, después de haber analizado la teoría única y la teoría dualista del contrato administrativo, consideramos que este criterio diferenciador no resulta lo suficientemente relevante para determinar si es a través del Poder Judicial o del arbitraje que se deba resolver tales controversias.

1.4. ¿Cuáles son las principales características de los contratos administrativos en el Perú?

Como se ha señalado anteriormente, el concepto del contrato administrativo no parece diferir del concepto de contrato en el Derecho Privado. No obstante, al ser la Administración una de las partes del mismo, el contrato posee determinadas características que buscan garantizar la satisfacción de necesidades públicas.

El contrato administrativo, como categoría del Derecho Público, es una creación francesa, que responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante la institución contractual.

Al respecto, debemos resaltar la concepción clásica del contrato administrativo. En ella se afirma que existen potestades que trascienden a lo estipulado en el mismo contrato, siendo por tanto implícitas y obligatoriamente aplicables, toda vez que se justifican por la tutela que debe ejercer el Estado respecto del interés público comprometido.

En esta concepción clásica o también llamada tesis dualista, los contratos administrativos tienen su contrapartida en los contratos privados de la Administración, en los cuales el Estado se desenvuelve como un particular despojado de su *ius imperium*.

Por otro lado, existe la concepción de la teoría unitaria, la cual ha sido explicada en el acápite anterior. Esta concepción se basa en que los contratos que suscribe el Estado, sean administrativos o privados, son de categoría única, diferenciándose entre sí por la regulación de Derecho Público que poseen.

Frente a ello, resulta necesario enfatizar que existe una crítica generalizada por parte de la doctrina, que niega la existencia de diferencias radicales o de naturaleza entre ambos tipos de contrato, toda vez que los contratos administrativos solo ofrecen modulaciones o matizaciones respecto del régimen aplicable a los contratos privados.

Así pues, los llamados contratos administrativos son el resultado de una doble exigencia: (i) del régimen aplicable a la Administración como organización pública; y, (ii) del propio objeto o fin del contrato, el cual determinará en algunos supuestos la existencia de las denominadas cláusulas exorbitantes.

En ese entendido, cabe precisar que los contratos administrativos son aquellos que tienen por objeto actividades vinculadas al giro o tráfico específico de la Administración contratante, toda vez que mediante su suscripción se satisface de forma directa e inmediata una finalidad pública, específicamente atribuida a ella.

Por su parte, los contratos privados de la Administración corresponden a todos los demás contratos que celebre el Estado. Comúnmente se ha determinado que tienen naturaleza privada, aquellos contratos que celebre la Administración y que posean una escasa o nula regulación de derecho público, tales como la compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás actos jurídicos sobre bienes inmuebles.

En ese sentido, bajo la tesis dualista, los contratos que celebra la Administración Pública poseen un régimen jurídico distinto, dado que no es posible definir un régimen jurídico unitario para todos los tipos de contratos de la Administración Pública.

Por un lado, los contratos administrativos se rigen por las normas en materia de contratación pública, y supletoriamente por las normas de Derecho Público que puedan serles de aplicación y, solo en su defecto, por las normas de Derecho Privado. En el caso de contratos administrativos especiales, como aquellos referidos a la prestación de servicios públicos, la legislación aplicable se remite preferentemente a su propia normativa específica.

Por otra parte, los contratos privados de la Administración se rigen por la legislación civil, mercantil o laboral, según corresponda, en relación a su cumplimiento y extinción.

En ese orden de ideas, después de haber analizado las teorías del contrato administrativo, consideramos pertinente resaltar la importancia de una característica especial, propia de los contratos administrativos.

En las líneas siguientes profundizaremos sobre las prerrogativas y potestades que revisten al Estado, para determinar si es que continúan siendo esa fuerza todopoderosa que incentiva la desigualdad de las partes en la contratación pública.

1.4.1. Verdad o mito: las prerrogativas y potestades especiales del Estado

En los contratos administrativos, la Administración —como parte de los mismos— tiene la potestad de ejercer prerrogativas especiales frente al contratista, las que no poseería en el contexto de un contrato de Derecho Privado. Dichas potestades, que se han visto disminuidas paulatinamente, tienen por finalidad permitir que la Administración Pública pueda salvaguardar el interés público con la mayor eficiencia posible.

Entre las prerrogativas se encuentran las siguientes:

- *El ius variandi del Estado*

Esta potestad habilita al Estado para modificar unilateralmente las prestaciones del contrato que haya celebrado. Sin embargo, debe señalarse que esta potestad tiene límites derivados de criterios de razonabilidad, ya que de otro modo no existirían incentivos suficientes para que los particulares contraten con el Estado.

La flexibilidad o mutabilidad de estos contratos permite a la Administración Pública contratante variar los términos y contenidos del contrato por razones de interés público, debido a causas imprevistas o ante nuevas necesidades que se requiera satisfacer (Huapaya, 2013, p. 300).

A este respecto, Ismael Farrando advierte que el *ius variandi* no podría jamás ejercerse arbitrariamente, puesto que está concebido como una facultad de “mutación”, “de cambio” o “inestabilidad” contractual. Así pues, la Administración Pública no puede introducir cambios antojadizos, ya que está limitada a no modificar “el núcleo esencial” del contrato, ni su ecuación económica financiera (2006, p. 266).

Cabe precisar que la parte privada no quedaría en completa indefensión, pues tiene el derecho de exigir el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

De esta forma, en todos los casos en los cuales se ejerza el *ius variandi*, la Administración concedente deberá compensar o restablecer el equilibrio financiero del contrato en función a lo establecido en la legislación correspondiente y de lo pactado en cada contrato (Huapaya, 2013, p. 301).

- *La posibilidad de emitir decisiones unilaterales y ejecutivas, materializadas en actos administrativos:*

El contenido de estas decisiones puede dirigirse a lo siguiente: (i) realizar una interpretación del contrato, (ii) sancionar el incumplimiento del contratista mediante la aplicación directa de penalidades establecidas en el ordenamiento, (iii) realizar la cancelación del procedimiento de selección antes de la suscripción del contrato, (iv) anular actos administrativos dictados durante el proceso de selección en aplicación del Principio de Legalidad, y (v) la potestad de resolver unilateralmente el contrato si se produce alguna de las causales establecidas en la ley.

- *Potestad de dirección y control*

Esta potestad se halla orientada a dirigir y controlar las obligaciones de los contratistas en cumplimiento de sus prestaciones, en la medida de que se pretende tutelar un interés general o público.

- *Mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato*

Al verse afectado un contrato cuyo objeto sea de interés público, por un factor imponderable que rompa el equilibrio económico del contrato, el Estado en vez de proceder a su resolución, restituye el equilibrio inicial a favor del contratista, subsistiendo la relación contractual.

- *Inaplicación de la excepción al incumplimiento en los contratos administrativos*

En virtud a esta potestad de inaplicación, el contratista debe asumir la mora de la Administración Pública hasta límites razonables, debiendo continuar con las prestaciones a su cargo.

- *Resolución unilateral por causa de interés público*

En virtud a esta potestad, la Administración Pública contratante puede terminar los contratos públicos por causas no previstas en la legislación y/o contrato.

Generalmente, se admite cuando la Administración invoca el interés público como justificación para efectuar dicha terminación (Huapaya, 2013, p. 302).

Sin perjuicio de lo antes señalado, debe advertirse que dichas prerrogativas no han sido recogidas en su totalidad en nuestra legislación, toda vez que la Ley de Contrataciones del Estado no efectúa distinción entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración, al no recoger un significado sustantivo de la expresión contrato administrativo.

En el Perú, las potestades exorbitantes o prerrogativas del Estado, no resultan de los contratos públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración, como garante de la finalidad pública.

Ello parte de la idea de que estas prerrogativas son una manifestación de las características especiales que posee el Estado al momento de contratar, de manera que si se activaran dichas potestades para salvaguardar el interés general o una finalidad pública, quien contrata con la Administración no tendría más remedio que aceptar la ejecución de esas cláusulas exorbitantes y sus efectos.

No obstante, lo que ocurre actualmente dista de la descripción referida en el párrafo anterior. En la doctrina moderna se ha superado el tema de privilegios y poder materializados a través de las cláusulas exorbitantes.

Para el tema de la contratación pública, debemos recordar que el Estado contrata con los privados a través de un esquema de colaboración. Ello implica que, en aras de velar y cumplir con los intereses generales, la Administración Pública deba negociar y celebrar contratos con los particulares para que juntos puedan satisfacer las necesidades de la población.

En ese entendido, en el marco de las negociaciones que el Estado debe realizar con los particulares, encontramos que se celebra diversos tipos de contratos, los cuales tienen un componente fundamentalmente de derecho público. Es decir, la Administración pacta con el privado, pero sujeta al Principio de Legalidad (Huapaya, 2013, p. 286).

El componente público de los contratos administrativos se encuentra en los poderes exorbitantes del derecho común. Es a través de estas cláusulas exorbitantes que se demuestra la superioridad jurídica de la Administración Pública, pues tiene como principal objetivo garantizar que se cumpla con el interés público, el cual se busca satisfacer mediante el contrato administrativo.

En la actualidad, las cláusulas exorbitantes se encuentran pactadas por el Estado y los particulares, así como también se hallan de forma expresa en los contratos administrativos y en los documentos que forman parte del expediente para el proceso de selección, ya sea bajo el régimen de contratación pública, concesiones, contratos - ley o asociaciones público - privadas.

Los privilegios que posee el Estado serán ejecutados tomando en consideración el interés público en juego, lo cual no implica que la Administración Pública imponga sus decisiones sin limitación alguna. Por el contrario, estos privilegios no pueden violentar derechos fundamentales ni libertades de los particulares. De hacerlo, el Estado tendría que responder por los daños y perjuicios ocasionados.

En ese sentido, Ariño Ortiz (1984, p. 95) ha señalado que los privilegios y prerrogativas de la Administración en la contratación, son consecuencia obligada de dos factores: i) la posición jurídica general de la Administración en el Estado Moderno; y ii) la tutela que el derecho presta a los intereses generales.

A manera de ejemplo, Brewer Carias (2006, p. 64) ha señalado que las prerrogativas y potestades de la Administración materializadas en las cláusulas exorbitantes:

(...) son los poderes que tiene la Administración contratante para dirigir y controlar la ejecución del contrato; para sancionar los incumplimientos de la contraparte en el contrato; para modificar unilateralmente las cláusulas del contrato o para resolver unilateralmente la rescisión del contrato (...).

Así pues, es importante advertir que para el referido autor los poderes extraordinarios no resultan de los contratos públicos en sí mismos, sino de la posición de superioridad jurídica en la cual se encuentra la Administración contratante como garante del interés público.

A fin de cuentas, el concepto de las prerrogativas o las también llamadas cláusulas exorbitantes, ha sido considerado como un criterio diferenciador entre los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración Pública. De esta manera, aquellos contratos que incluyeran cláusulas exorbitantes serían catalogados como contratos administrativos.

No obstante, dicho criterio —muy debatido en ordenamientos jurídicos extranjeros y también en el Perú— ha perdido protagonismo en los últimos años, debido a que ha sido criticado en reiteradas ocasiones.

En nuestro ordenamiento jurídico, las prerrogativas atribuidas a la Administración Pública como contratante obedecen a una estricta sujeción del ordenamiento jurídico aplicable al contrato público respectivo, el cual determina bajo qué circunstancias tales prerrogativas pueden ser ejercidas (Huapaya, 2013, p. 297).

En ese sentido, no pueden existir potestades o prerrogativas implícitas en los contratos públicos, al menos en nuestro ordenamiento. Es en el contrato administrativo en el que se determinará qué prerrogativas del ordenamiento jurídico son aplicables al caso en concreto.

Ahora bien, parte de la doctrina realiza un énfasis especial en la denominación de las potestades y las prerrogativas de la Administración Pública. Por ejemplo, Ismael Farrando utiliza el término “facultad” para denominar a los derechos de la Administración que directa y propiamente emanan de las Bases de Contratación y del contrato; por otro lado, denomina “prerrogativas” a las que se ejerce en virtud del ordenamiento jurídico aplicable al contrato (2006, p. 755-756).

Sobre la base de la doctrina francesa, otros autores como el profesor Juan Carlos Cassagne, realizan una distinción en lo que se refiere al régimen administrativo y la cláusula exorbitante, donde el primero se encuentra por encima de este último.

Así, el régimen administrativo constituye un régimen jurídico general, que establece prerrogativas para la Administración cuando contrata, así como las respectivas garantías a los administrados cocontratantes. En lo que respecta a la “cláusula exorbitante”, esta proviene de un pacto, por lo que recoge una obligación por parte de la Administración Pública (Cassagne, 2010, p. 42-43).

Para Cassagne, la definición de cláusula exorbitante tiene dos connotaciones que se encuentran vinculadas entre sí: (i) estas cláusulas resultan inusuales e ilícitas en el Derecho Privado, y (ii) tienen por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas para la legislación civil (1999, p. 19).

Las citadas posturas respaldan la no existencia de las denominadas “cláusulas exorbitantes implícitas” en los contratos públicos. La principal diferencia entre el régimen exorbitante y la cláusula exorbitante es que el primero debe ser reconocido en el ordenamiento jurídico, de manera que se determinen ciertas prerrogativas que podrán ser ejercitadas, aun así no existiera pacto expreso. Pero la cláusula exorbitante nace de un pacto entre las partes, por lo que no se podría alegar que estas cláusulas son implícitas.

En ese orden de ideas, debemos tomar en consideración que tanto las prerrogativas como las potestades de la Administración Pública deberán contemplarse de manera expresa, ya sea en la normativa vigente o en el cuerpo del contrato.

Frente a ello, Ramón Huapaya señala que el régimen legal o contractual de estas potestades y prerrogativas deberá desarrollar como mínimo la regulación del ejercicio de las potestades, los derechos del cocontratante, en aras de restablecer el equilibrio contractual, así como el pago de las eventuales indemnizaciones y compensaciones que le correspondan (2013, p. 299).

Por otro lado, Jorge Danós —tomando como referencia las ideas expuestas por Joaquín Tornos Mas— advierte otro tipo de distinción: las prerrogativas y los derechos de la Administración Pública en los contratos que celebre con particulares.

Así pues, se destaca que los derechos constituyen exigencias que una de las partes del contrato tiene frente a la otra parte contratante, que se originan en la propia relación contractual y, por tanto, su ejercicio no supone privilegio alguno. Por su parte, la prerrogativa es el poder unilateral atribuido a la Administración dentro de una relación contractual que le permite incidir en el contenido de la relación contractual, asumiendo una posición prevalente (Danós, 2007, p. 35).

De esta forma, podemos concluir que nos encontramos de acuerdo con lo explicado por Ramón Huapaya, cuando afirma que las potestades, privilegios o cláusulas exorbitantes solo tendrán sentido en la contratación pública si es que previamente existe una ley que les dé cobertura.

En el caso peruano, las cláusulas exorbitantes no podrían existir sin que estas se encuentren recogidas normativamente, pues en nuestro ordenamiento no se prevé potestades ni cláusulas exorbitantes implícitas en la ejecución de los contratos públicos.

En esa misma línea de pensamiento, Guido Tawil considera que los contratos públicos se conciben dentro del esquema del “régimen exorbitante”, el cual incide en la fase de ejecución de los contratos, así como en los derechos, deberes y obligaciones de la parte cocontratante. Es por ello que resulta inevitable tener en una balanza los conceptos de “privilegios”, “actuaciones unilaterales” ejercitables por la Administración Pública y las garantías contractuales de la parte privada (2009, p. 307-308).

Del análisis de los autores citados en la presente sección, podemos evidenciar que, en Iberoamérica, pero más específicamente en nuestro país, hay una preminencia por reconocer un régimen exorbitante del contrato administrativo, que permitirá al Estado imponer ciertas decisiones para salvaguardar el interés general sobre los intereses privados.

Como mencionamos en la sección correspondiente a las características de los contratos administrativos, las prerrogativas y/o potestades exorbitantes les otorgan una singularidad que los distingue del resto de contratos del régimen general.

Si bien estas prerrogativas podrían ser un criterio para determinar si los conflictos que resulten de los contratos administrativos deben seguir la vía judicial o la vía arbitral, debemos entender que no se aplican las cláusulas exorbitantes implícitas en el ordenamiento jurídico peruano. Por tanto, el Estado al contratar con un privado no es un sujeto jurídico omnipotente y, sobre todo, no se deja al particular en una situación de indefensión.

La ejecución de las prerrogativas no se realiza antojadizamente; estas deben estar previstas en un marco legal, para que puedan ser recogidas, posteriormente, en

los contratos administrativos que celebre el Estado. Con ello, disipamos la idea de que el Estado, al contratar con el privado, tiene una superioridad jurídica absoluta.

La Administración Pública tendrá siempre ventaja por su naturaleza jurídica y por tener la misión de velar por el interés general de sus administrados. Pese a lo anteriormente indicado, el Estado deberá responder por la ejecución de las prerrogativas que se hayan pactado en el contrato y resarcir los daños ocasionados por ello.

Es por tal motivo que podemos afirmar que las potestades implícitas de la Administración Pública han quedado en una nebulosa teórica, que no resulta de aplicación en la práctica jurídica de la contratación pública. En consecuencia, concluimos que no habría incompatibilidad en que las controversias que se generen en la ejecución de los contratos administrativos sean resueltas por un tribunal privado en la vía arbitral.

1.4.2. La desigualdad de las partes en el contrato público

Los personajes más relevantes de nuestra investigación son el Estado y el privado, pues analizaremos cómo se relacionan y resuelven sus conflictos en el marco de la contratación pública.

Para determinar si el arbitraje sigue siendo la vía más idónea para resolver los conflictos derivados de los contratos administrativos, resulta importante reflexionar acerca de si existe desigualdad entre las partes contratantes. Ello nos llevará a determinar si este debería ser un criterio a tomar en consideración para analizar si lo

mejor sería derivar algunos conflictos a la vía ordinaria o validar plenamente el sistema arbitral en contratación pública.

En primer lugar, debemos partir de la premisa de que cuando el Estado celebra un contrato con un privado para adquirir un servicio, bien o realizar una obra pública, contrata como cualquier sujeto, pues —aparentemente— se encuentra en una relación de igualdad.

Desde la perspectiva administrativista, advertimos que no necesariamente nos encontramos ante una relación de igualdad. Para cierto sector de la doctrina, no es cierto que existe igualdad de condiciones entre las partes en un contrato público, dado los intereses públicos comprometidos en más o en menos, directa o indirectamente, en estos contratos. En esa misma línea de pensamiento, debemos señalar que el Estado no deja de serlo cuando suscribe un contrato o cuando tiene una cláusula arbitral por imperio de la ley (Linares, 2021, p. 406-408).

Como se ha analizado previamente, el Estado presenta una característica peculiar, en la que se denota una superioridad jurídica frente a su contraparte. Esta preeminencia se materializa a través de las famosas prerrogativas, las cuales no son inherentes a la Administración Pública, *per se* por ser el Estado, sino que las posee por estar reconocidas en el régimen exorbitante y pactadas de tal forma en el contrato, con la limitación de atender el interés público y satisfacer las necesidades de la ciudadanía. Así pues, estas prerrogativas deben estar contempladas en la norma, dado que no hay potestades exorbitantes implícitas.

La discusión teórica acerca de las potestades de la Administración Pública y sus prerrogativas resulta importante en relación al tipo contractual. Como hemos visto

en el punto 1.3. de la investigación, en la actualidad no tiene mayor relevancia realizar distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración Pública, puesto que todos los contratos del Estado tienen un componente público. La formación y planeamiento siempre es de Derecho Administrativo. No obstante, en la ejecución sí hay componentes privados.

En tal contexto, resulta importante resaltar la aplicación del Principio de Legalidad, pues este implica un sometimiento pleno al ordenamiento jurídico, respecto de las actuaciones de la Administración Pública y sus funcionarios. La Administración, al momento de pactar las reglas de ejecución de los contratos públicos, no actúa en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Cuando la Administración Pública celebra un contrato, esta no sustenta su accionar en la autonomía de la voluntad, como ocurre en un contrato entre dos o más particulares, sino en el Principio de Legalidad. Ello se explica en las prestaciones que el Estado se obliga a ejecutar, pues no es consecuencia de un pacto libre, sino que ha sido definido previamente por una norma jurídica.

Es decir, la Administración tiene plena sujeción al Principio de Legalidad, debido a que actúa con sometimiento exclusivo a las facultades que la norma correspondiente le otorgue.

Por lo expuesto, consideramos que las potestades y prerrogativas conferidas a la Administración —en el marco de la ejecución de un contrato público— deben regirse por el bloque de legalidad al que están sujetas. Aun cuando se pacten las prerrogativas o potestades, su ejercicio debe estar acorde a las normas aplicables, al

Derecho y a las reglas específicas aplicables a cada contrato, es decir, a las bases integradas, los documentos preparatorios, entre otros (Huapaya, 2013, p. 315).

Así pues, el Principio de Legalidad se encuentra vinculado a las prerrogativas o potestades con las que actúa la Administración Pública, y estas son entendidas por algunos como una manifestación de la desigualdad que existe entre las partes que celebran un contrato administrativo.

Al respecto, cabe precisar que la premisa de la desigualdad de las partes en un contrato administrativo es considerada, por parte de la doctrina, como un mito. Sin duda alguna, existen privilegios a favor del Estado, como los que hemos detallado al inicio de esta sección. No obstante, ¿realmente la aplicación de estos privilegios está debidamente fundamentada?

La respuesta a esta interrogante parte de la existencia de criterios objetivos: el presupuesto público y el uso de fondos públicos. Dicho de otro modo, en cierto punto resulta necesario inclinar la balanza hacia el lado del Estado, puesto que está en juego el dinero de todos los peruanos. Pero no solamente ello, también está en discusión el fiel cumplimiento del cometido público, es decir, del interés general, motivo por el cual se contrata.

Desde la perspectiva de un tercero imparcial que busca solucionar una controversia que atañe al Estado y a un privado, es posible que las razones expuestas en el acápite anterior nos conduzcan a creer que el Estado debe imponerse sobre el privado, de manera que el entendimiento de lo público estaría garantizado en el Poder Judicial y sus magistrados. De otra forma, si se dejara que un tribunal privado —que

desconoce las características especiales del contrato administrativo— resuelva esta controversia, tendría una inclinación por la parte privada.

Nuestra hipótesis busca responder a la pregunta de si es el arbitraje la vía idónea para resolver los conflictos de contratación pública. Una de las razones para considerar como una mejor opción a la vía ordinaria, se ve reflejada en el razonamiento anteriormente expuesto.

Un prejuicio o un mito acerca de las desigualdades de las partes, puede generar que se desestime la vía arbitral para los contratos administrativos. No obstante, debemos afirmar con claridad que, después de haber analizado la importancia de las potestades y cláusulas exorbitantes del Estado, al estar recogidas en el ordenamiento jurídico y pactadas en el contrato administrativo, no se exagera la desigualdad de las partes en un abuso del privado, sino que nos encontramos ante un accionar limitado del Estado, donde se respeta a las partes en igualdad de condiciones.

1.5. Los regímenes jurídicos en los contratos administrativos en el Perú

Para poder determinar si el arbitraje es la vía idónea para resolver los conflictos en contratación pública, resulta necesario explicar cuál es el contexto en el que se ha desarrollado el contrato administrativo en nuestro país.

Asimismo, analizaremos si estos contratos poseen particularidades que constituyan un criterio diferenciador para que en algunos contratos se opte por la resolución de conflictos en vía judicial y otros en vía arbitral.

A lo largo de esta sección describiremos brevemente tres de los principales regímenes de contratación en el Perú: (i) el régimen de los contratos - ley; (ii) el régimen de las Asociaciones Público - Privadas; y, (iii) el régimen de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.5.1. El régimen de los contratos - ley

El ordenamiento jurídico peruano ha reconocido como instituto consagrado a los contratos-ley en el artículo 62 de la Constitución Política de 1993, conforme exponemos a continuación:

*Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. 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. **Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.***

(Resaltado y subrayado son nuestros)

En concordancia con lo dispuesto en el artículo citado, Jorge Danós ha señalado que los contratos-ley nacen por la necesidad del Estado de promover la inversión privada en diversos sectores de la economía. Es a través de estos que el Estado otorga al privado seguridades jurídicas que le reconocen un estatuto jurídico particular, convirtiendo en inalterables las reglas jurídicas vigentes al momento de

suscripción del contrato. En otras palabras, dichas reglas no le serán aplicables aun fueren modificadas o derogadas, durante la vigencia del contrato por actos del Estado en general (2007, p. 9).

En palabras de Diego Zegarra, cuando nos referimos a un contrato de estabilidad jurídica, nos estamos refiriendo a un contrato público, en el cual confluyen elementos del derecho administrativo y del derecho civil, para producir consecuencias enmarcadas dentro de los planes o políticas de Estado, a efectos de fomentar el crecimiento y el desarrollo del aparato económico (1997, p. 256).

De igual forma, el Tribunal Constitucional (2003) se ha pronunciado sobre lo que debemos entender por contrato-ley:

(...) el contrato-ley es un convenio que pueden suscribir los contratantes con el Estado, en los casos y sobre las materias que mediante ley se autorice. Por medio de él, el Estado puede crear garantías y otorgar seguridades, otorgándoles a ambas el carácter de intangibles. Es decir, mediante tales contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su ius imperium, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste.

Respecto a los tipos de regímenes legales existentes vinculados a los contratos - ley, cabe resaltar que existe el régimen general y varios regímenes especiales. Así, el régimen general de este tipo de contratos corresponde al Decreto Legislativo N° 662, Ley de Promoción de la Inversión Extranjera, y al Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

De acuerdo a lo establecido en este régimen general, para acceder a la suscripción de un convenio de estabilidad jurídica, los inversionistas deberán efectuar como mínimo aportes dinerarios canalizados a través del sistema financiero nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse, o formalizar inversiones de riesgo con terceros por un monto que no sea inferior a US\$ 10 millones para los sectores de minería e hidrocarburos ni a US\$ 5 millones para los demás sectores (Danós, 2007, p. 30).

En relación a los regímenes legales especiales de los contratos - ley, cabe precisar que si bien estos son numerosos, es posible clasificarlos en los regímenes que extienden el carácter de convenio de estabilidad jurídica a otros contratos y, en segundo lugar, los regímenes legales que autorizan la suscripción de contratos - ley respecto de determinadas actividades económicas (Danós, 2007, p. 31).

Al igual que los contratos celebrados en el ámbito de las Asociaciones Público-Privadas, los contratos - ley no constituyen objeto de análisis de la presente investigación. No obstante, la importancia de conocer este régimen legal se basa en la discusión generada por etiquetar a estos contratos como administrativos o civiles.

Así pues, el artículo 39° del Decreto Legislativo N° 757 establece expresamente que:

Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contrato con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el

Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse y dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

(Resaltado y subrayado son nuestros)

Esta disposición legal pone de relieve la controversia sobre la naturaleza jurídica de los contratos - ley, la cual puede dar a entender que los contratos administrativos poseen un concepto negativo. Ello sería motivo suficiente para caracterizar a los contratos - ley como contratos de naturaleza civil, con la finalidad de garantizar su intangibilidad y evitar que el Estado pueda desvincularse de sus obligaciones (Danós, 2007, p. 43).

Este razonamiento ha dado pie para que en el régimen de los contratos - ley se establezca como regla general que las controversias que se presenten con relación al cumplimiento de los citados contratos, o su interpretación, ejecución o invalidez, serán resueltas mediante arbitraje de derecho (Danós, 2007, p. 44).

Cabe precisar que el modelo básico de los contratos de estabilidad es el de los contratos por adhesión, en el que el Estado ha determinado con antelación el contenido contractual. Sumado a ello, debemos tomar en consideración que el rasgo de originalidad de este contrato es el compromiso que asume el Estado de mantener invariable su contenido, sin acaso poder utilizar una norma jurídica para variar indirectamente las reglas que se pacten (Zegarra, 1997, p. 257).

En este tipo de contrato, la intención del legislador ha sido disipar la idea de que el Estado puede ejecutar potestades o prerrogativas, cuando celebra contratos administrativos. Es por ello que los contratos - ley nacen con un componente público, pero también con un componente privado.

De esta forma, se presenta al Estado despojado de su *ius imperium*, pues no es posible que unilateralmente varíe el contenido contractual. Es así que se podría alegar que la desigualdad entre las partes es casi nula, de modo tal que se otorga garantías a los particulares para incentivar su inversión en el Perú y así lograr la reactivación económica.

Bajo esta premisa, cabe realizarnos la pregunta: ¿el Poder Judicial o el arbitraje es la vía idónea para resolver este tipo de contratos? La respuesta más atinada, a todas luces, resulta ser la vía arbitral, porque de optar por la otra vía se desincentivaría la inversión en el Perú. ¿Cuáles son las razones por las que se desestima al Poder Judicial? Esta interrogante será resuelta en el capítulo tercero, cuando realicemos un comparativo entre el arbitraje y el Poder Judicial.

1.5.2. *El régimen de las Asociaciones Público Privadas*

A nivel internacional no existe una definición única de la APP. No obstante, la Guía de Referencia 3.0 de las Asociaciones Público Privadas, elaborada por el Banco Interamericano de Desarrollo (2020, p. 36), el Banco Asiático de Desarrollo y el Banco Mundial (2017), define a las APP como:

(...) un contrato a largo plazo entre una parte privada y una entidad pública, para brindar un activo o servicio público, en el que la parte privada asume un riesgo importante y la responsabilidad de la gestión y la remuneración está vinculada al desempeño.

El marco normativo en el país, como veremos a continuación, recoge las principales características de esta definición.

En el Perú, se define legalmente a las APP como una modalidad de participación de la inversión privada, mediante contratos de largo plazo en los que interviene el Estado, a través de alguna entidad pública y uno o más inversionistas privados. Mediante la APP se desarrolla proyectos de infraestructura pública, servicios públicos, servicios vinculados a infraestructura pública y servicios públicos, investigación aplicada y/o innovación tecnológica (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, p. 36).

Las Asociaciones Público Privadas son expresión del régimen especial de contratación, y ellas se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N° 1362, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Se definen como modalidades de participación de la inversión privada, en las que se incorpora experiencia, conocimientos, equipos, tecnología, y se distribuye riesgos y recursos, preferentemente privados, con el objeto de crear, desarrollar, mejorar, operar o mantener infraestructura pública y/o proveer servicios públicos bajo los mecanismos contractuales permitidos por el marco legal vigente.

A este respecto, el legislador no ha determinado un tipo contractual definido para las Asociaciones Público Privadas, cuya principal característica radica en que su naturaleza jurídica supone elementos tanto de la esfera pública como de la esfera privada.

No obstante, de acuerdo a los estudios realizados por el Banco Interamericano de Desarrollo, las Asociaciones Público Privadas presentan los siguientes elementos, tal como se puede apreciar en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Elementos de las Asociaciones Público - Privadas



Nota: *Los riesgos se deben asignar preferentemente al sector privado, pero ello no impide que algunos sean retenidos o asumidos por el Estado.

Fuente: MEF.

Respecto de los elementos de las Asociaciones Público Privadas, se debe resaltar que solo las entidades públicas titulares de proyectos pueden asumir la titularidad de proyectos a desarrollarse mediante la modalidad de APP, esto es, los Ministerios, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y otras entidades públicas habilitadas mediante ley expresa (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, p. 37).

En ese sentido, dentro de lo que la normativa peruana de Asociaciones Público Privadas ha regulado, encontramos que este tipo de modalidad contractual presenta las características que detallamos a continuación:

Tabla 1: Características de las Asociaciones Público - Privadas

Característica	Detalle
Acuerdo común	Este se traduce en contratos de largo plazo, con una duración máxima de 60 años.
Valor por el Dinero	Se aplica este principio en todas las fases de desarrollo de una Asociación Público Privada, con el principal objetivo de combinar costos y calidad del servicio público que se ofrece a la ciudadanía.
Asignación de riesgos	Se distribuye adecuadamente los riesgos a cada parte, tanto a la entidad pública como al privado, que se encuentre en mejor capacidad de administrarlos. Ello permite que se maximice el valor por el dinero.
Mecanismo de pago	La forma de pago a quienes han financiado el proyecto depende de la clasificación del proyecto, es decir, si este es autofinanciado o cofinanciado. Así pues, pueden provenir del cobro de tarifas y/o de los pagos periódicos que realiza la entidad pública al privado.
Objeto del contrato	Las Asociaciones Público Privadas pueden comprender: infraestructura pública en general, servicios públicos, servicios vinculados a la infraestructura y servicios públicos, proyectos de investigación aplicada, proyectos de innovación tecnológica.

Fuente: Banco Interamericano de Desarrollo y Ministerio de Economía y Finanzas.

Elaboración propia.

Como ya hemos expresado, si bien las Asociaciones Público Privadas, no son materia de análisis en la presente investigación, su importancia radica en el tipo de relación contractual a través de la cual se ve reflejada una colaboración público-privada. En ese sentido, al ser una figura jurídica flexible en su formación, es posible encontrar distintas modalidades contractuales:

- Contrato de concesión para construir, operar, explotar y mantener.
- Contrato de concesión para operación y mantenimiento.
- Contrato de gerencia.

Al respecto, cabe precisar que la lista enunciada no es taxativa, puesto que cualquier otra modalidad contractual permitida por ley podría considerarse una Asociación Público Privada.

Por las características expuestas, es sabido que las Asociaciones Público Privadas no poseen un solo tipo contractual establecido. La activa participación del privado en las diversas etapas de las Asociaciones Público Privadas y la complejidad de los proyectos que se busca desarrollar bajo este esquema público-privado, conlleva a que se incluya mecanismos de solución de controversias que realmente resuelvan los eventuales conflictos que se puedan suscitar, de la manera más eficiente y rápida, de modo que no se paraliquen las obras ni se perjudiquen las inversiones realizadas por parte de los privados y del Estado.

En ese orden de ideas, los contratos de Asociaciones Público Privadas contemplan tres mecanismos de resolución de controversias para los contratos: (i) el “Amigable Compondor”; (ii) la Junta de Resolución de Disputas; y, (iii) el Arbitraje. A este respecto, cabe resaltar que los dos primeros corresponden a mecanismos facultativos, mientras que el último sí constituye un mecanismo obligatorio por ley.

El llamado Amigable Compondor implica la participación de un tercero neutral que interviene como mediador ante un conflicto y propone fórmulas de solución, las cuales tienen efectos de transacción, si son aceptadas parcial o totalmente por las partes (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020b, p. 24).

De otro lado, la Junta de Resolución de Disputas es un mecanismo cuyo panel está compuesto por expertos con conocimiento especial del proyecto de construcción durante la ejecución del mismo. Este panel se utiliza en proyectos de gran

envergadura o que poseen complejidad técnica (Banco Interamericano de Desarrollo, 2020b, p. 25).

El tercer mecanismo corresponde al Arbitraje. En los contratos de Asociaciones Público Privadas se disponen convenios arbitrales para resolver las controversias sobre materia de libre disposición de las partes.

Como hemos señalado, este régimen contractual que busca atraer a inversores privados para llevar a cabo proyectos que beneficien a la ciudadanía, tiene como principal atractivo las garantías que supone el sistema arbitral como mecanismo de solución de eventuales controversias. Ello, principalmente, por garantizar al privado una justicia eficaz y célere, que no genere mayores costos en tiempo y dinero, en comparación a la justicia ordinaria peruana.

1.5.3. El régimen de la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contratación de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos. La Ley de Contrataciones del Estado no consagra un concepto de contrato administrativo como sinónimo de un régimen exorbitante.

De otro lado, como la manifestación de la voluntad contractual administrativa debe desenvolverse a través de un previo proceso de selección, la regulación exige además que el postor se encuentre legitimado para obrar.

Actualmente, el régimen general de contratación pública se encuentra desarrollado en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

En tal sentido, cabe precisar que los métodos de contratación determinados en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, son los siguientes: i) Licitación Pública, ii) Concurso Público, iii) Adjudicación Simplificada, iv) Subasta Inversa Electrónica, v) Selección de Consultores Individuales, vi) Comparación de Precios, y vii) Contratación Directa⁸.

La normativa de contrataciones del Estado presenta diversos métodos de contratación que darán como resultado un contrato administrativo con determinadas particularidades, dependiendo de cada caso.

Pese a que somos conscientes de la obligatoriedad del arbitraje para los contratos públicos, la relevancia del análisis de este régimen se encuentra en reflexionar si corresponde optar por devolver al Poder Judicial determinados contratos en base a sus características propias. Para ello, se tomará en cuenta la etapa de actuaciones preparatorias, proceso de selección y ejecución contractual.

1.5.4. Sistemas de contratación

⁸ Artículo 32 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

Sobre este punto, debemos señalar que los sistemas de contratación son aquellas distintas modalidades que tiene el Estado para realizar el pago por un bien, servicio u obra.

Así pues, los principales sistemas de contratación en el Perú son los siguientes:

- (i) el sistema de Suma Alzada, cuando se pacta un precio global por la ejecución del servicio que no podrá sufrir modificaciones, salvo por las excepciones previstas en la Ley de Contrataciones del Estado;
- (ii) el sistema de Precios Unitarios, cuando la contraprestación a favor del contratista estará en función de los metrados realmente ejecutados⁹;
- (iii) el sistema mixto, referido a la combinación entre el sistema de Suma Alzada y de Precios Unitarios; y,
- (iv) el sistema de tarifas, aplicado a consultoría en general y supervisión de obra, siempre que no se tenga conocimiento del tiempo aproximado por el que se requerirá el servicio.

1.5.5. Métodos de contratación

La Ley de Contrataciones del Estado señala que una Entidad puede contratar por medio de licitación pública, concurso público, adjudicación simplificada, selección de consultores individuales, comparación de precios, subasta inversa electrónica,

⁹ Artículo 14 del Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado.

contratación directa y los demás procedimientos de selección de alcance general que contemple el reglamento, los que deben respetar los principios que rigen las contrataciones y los tratados o compromisos internacionales que incluyan disposiciones sobre contratación pública.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha precisado que la licitación pública se utiliza para la contratación de bienes y obras; y, el concurso público para la contratación de servicios. En ambos casos, se aplican a las contrataciones cuyo valor estimado o valor referencial, se encuentre dentro de los márgenes que establece la ley de presupuesto del sector público.

1.5.5.1. Licitación Pública

La licitación pública es un procedimiento preparatorio de la voluntad contractual, en virtud del cual el órgano administrativo competente invita a los postores a formular propuestas ciñéndose a las bases, a efectos de seleccionar a la más conveniente. Así pues, la licitación pública es una consecuencia de una decisión unilateral administrativa, pero como una actuación preparatoria de un posterior acto bilateral de la Administración con un particular (Bartra Caveró, 1999, p. 19).

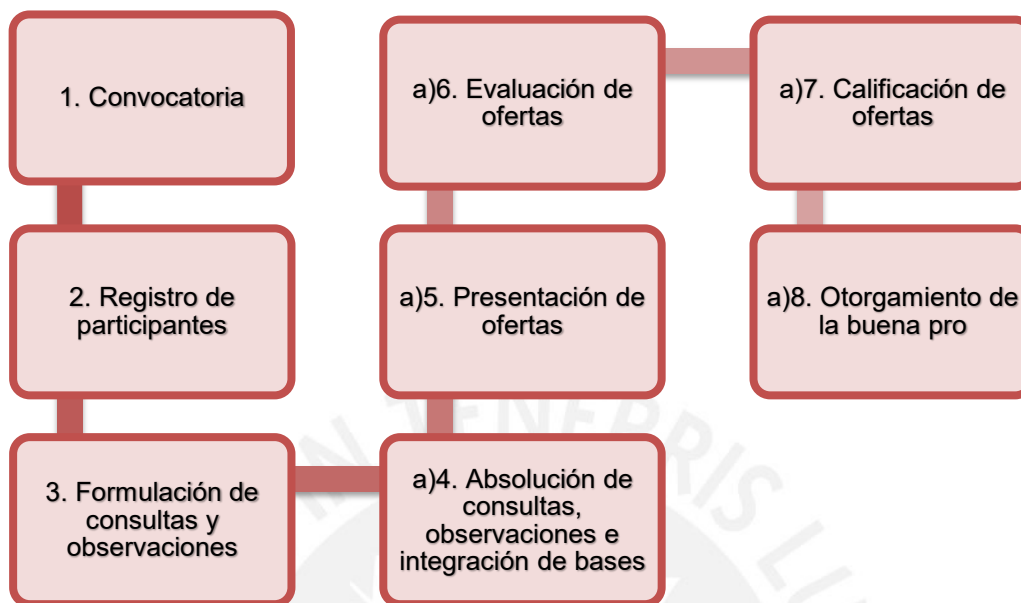
Julio Rodolfo Comadira señala que la licitación pública es un modo de selección de contratistas de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa. El procedimiento administrativo inicia con una invitación abierta a una cantidad indeterminada de posibles interesados para que formulen sus propuestas. Cabe resaltar que con los postores deberán cumplir con lo establecido en los pliegos de las bases y las condiciones pertinentes. Entre los interesados que se presenten y

cumplan con los requisitos, se seleccionará la propuesta más conveniente al interés público (2010, p. 1-2).

En nuestra normativa de contratación pública se establece que la Entidad utiliza la Licitación Pública para contratar bienes y obras, de manera que se sigue las etapas que se menciona a continuación:



Gráfico 2: Etapas de la Licitación Pública y del Concurso Público



Elaboración propia.

En la primera etapa, la entidad realiza una convocatoria pública para presentar oferta, lo cual incluye la publicación de las bases. Posteriormente, las personas naturales o jurídicas interesadas en participar se inscriben a través del SEACE. En la tercera etapa, los participantes pueden formular consultas y observaciones de manera fundamentada, a través del SEACE, respecto de las bases.

Por su parte, la presentación de ofertas se realiza de manera electrónica a través del SEACE durante el periodo establecido en la convocatoria, salvo que este se postergue de acuerdo a lo señalado en la Ley y el presente Reglamento.

La sexta etapa consiste en la evaluación de ofertas, mediante la cual se aplican los factores de evaluación a las ofertas que cumplen con lo establecido en la

normativa de contrataciones. Luego de culminada esta etapa, se califica a los postores que obtuvieron el primer y segundo lugar, verificando que cumplan con los requisitos de calificación especificados en las bases.

Finalmente, en la etapa del otorgamiento de la buena pro, se deberá realizar de manera previa una revisión de las ofertas económicas para cerciorar que cumplan con los requisitos de calificación, de conformidad con lo establecido para el rechazo de ofertas. De rechazarse alguna de las ofertas, se deberá revisar el cumplimiento de los requisitos de calificación de los postores que siguen en el orden de prelación.

Toda vez que la oferta ganadora haya quedado definida, el comité de selección otorga la buena pro, a través de su publicación en el SEACE.

1.5.5.2. Concurso Público

El artículo 77 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que la Administración Pública utiliza el concurso público para contratar servicios en general, consultorías en general y consultoría de obras. El Concurso Público para contratar consultoría en general y consultoría de obra contempla las mismas etapas que las desarrolladas para el acápite anterior, referido a la licitación pública.

Es de destacar que, para los propósitos de esta investigación, se eligió a la licitación pública y al concurso público como figuras relevantes, puesto que, estadísticamente, representan los métodos de contratación más utilizados, pues a través de ellos el Estado busca satisfacer la demanda de bienes y servicios en todo el Perú.

En ese sentido, resulta lógico pensar que son los dos métodos de contratación en los que más se generan controversias, ya sea en la etapa precontractual o en la ejecución de contrato. De modo que en el siguiente capítulo analizaremos con mayor detalle las razones por las cuales el Estado entra en conflicto con sus proveedores, para determinar si este resultaría un criterio válido para derivar ciertos conflictos a arbitraje y otros a la vía judicial.

A manera de conclusión preliminar, cabe destacar, como ya hemos señalado en otra oportunidad, que la voluntad de estudiar los contratos administrativos se sustenta en demostrar que no todos los contratos que celebra la Administración Pública son iguales, pues presentan particularidades que los diferencian unos de otros, pese a compartir similitudes como que una de las partes sea el Estado y que exista la posibilidad de ejecutar prerrogativas o potestades.

A lo largo de este primer capítulo, ha quedado en evidencia que la naturaleza de los contratos administrativos tiene un componente público. Pese a que nuestra legislación no recoge ninguna distinción formal y engloba a todos como contratos públicos, aplicándose un régimen especial, pero también, de manera supletoria, las reglas del derecho civil.

Este primer criterio diferenciador, partiendo de la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, no resultó tan práctico ni útil para demostrar que el Poder Judicial puede ser considerado como vía predilecta para resolver conflictos entre el Estado y los privados. Por el contrario, se evidenció que el arbitraje no es incompatible con los contratos públicos.

Por tanto, en el siguiente capítulo abordaremos la problemática de los contratos administrativos, es decir, por qué razones acudimos al arbitraje, específicamente en la normativa de contratación pública.



CAPÍTULO SEGUNDO: LA CONTRATACIÓN PÚBLICA, RAZONES DE ENEMISTAD ENTRE LOS PRIVADOS Y EL ESTADO

Después de haber analizado en el capítulo anterior la naturaleza jurídica de los contratos administrativos y sus especiales características en el Derecho Administrativo, es importante resaltar qué ocurre cuando surgen controversias en el marco de los mismos.

A lo largo de más de dos décadas, el arbitraje ha sido en el Perú el mecanismo por excelencia para resolver los problemas jurídicos que puedan suscitarse en el marco de un contrato, y, de manera preferente, para los que se encuentran regidos por el Derecho Administrativo.

Este capítulo segundo tiene como propósito presentar la realidad de la ejecución de los contratos administrativos más problemáticos en el marco de la contratación pública. Asimismo, analizaremos las principales causas que generan que no se complete su cabal ejecución, generando desazón, retraso y pérdidas para ambas partes, y sobre todo para la sociedad, lo que determina que posteriormente se vean frente a frente en los tribunales arbitrales.

Adicionalmente, detallaremos las ventajas y desventajas del arbitraje en contratación pública y de la eventual solución de tales controversias en el Poder Judicial. Nuestra hipótesis se centra en afirmar que es posible que la vía ordinaria se habilite para resolver conflictos de determinados contratos públicos. Conjuntamente, buscaremos confirmar si la vía arbitral sigue siendo la mejor opción para este tipo de contratos.

No obstante, para llegar a la parte conflictiva de la ejecución contractual, resulta necesario que primero se describa cuál será nuestro foco de estudio en materia contractual. Es por eso que en la siguiente sección se abordará los contratos de obra y los contratos de bienes y servicios.

2.1. Los contratos más problemáticos de la historia de la contratación pública

El principal motivo para acotar el estudio a la normativa de contratación pública se sustenta en los diversos métodos de contratación, lo cual genera la posterior celebración de distintos contratos administrativos.

Asimismo, la cantidad de procesos de selección que se llevan a cabo bajo el marco del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado es considerable y supera ampliamente la cantidad de contratos que han sido celebrados bajo los otros dos regímenes descritos en el punto 1.5. del capítulo primero.

De igual forma, en el caso específico de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se establece que toda controversia que pueda surgir en la etapa contractual puede ser llevada a arbitraje, de manera que se descarta la vía judicial para tales contratos. Al recordar las particularidades de los contratos de este régimen legal específico, nos llamó la atención que la vía predilecta sea el arbitraje y no la jurisdicción ordinaria.

Como sabemos, el universo de los contratos administrativos —incluso en la normativa de contratación pública— es diverso. Por tal motivo, tomamos la decisión de ajustar aún más el foco de análisis y centrarlo en dos tipos de contrato: el contrato de obra y el contrato de bienes y servicios.

En base a los estudios realizados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC - PUCP), evidenciamos que la incidencia en los contratos administrativos cuyo objeto era obras, bienes y/o servicios resultaba mayor, en comparación con el resto.

Sumado a ello, verificamos dicha información en la plataforma virtual CONOSCE, donde a través del Sistema de Inteligencia de Negocios del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se realizan análisis especializados del mercado de las contrataciones públicas.

Por lo expuesto, consideramos que resulta relevante poder acotar la investigación a estos contratos, para posteriormente analizar cuáles son los motivos por los que las partes van a arbitraje y si resultaría posible que sea el Poder Judicial quien resuelva estos conflictos.

2.1.1. Contrato de obra

El contrato de obra tiene como antecedente directo a la figura romana de la *locatio conductio operis*¹⁰, la misma que fue recogida por el Derecho francés en 1804 y por el Derecho alemán en 1900. A su vez, en nuestro país, este concepto es incorporado en el Código Civil de 1984 por el artículo 1771, el cual señala que “por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución” (Castillo, 2021, p. 557).

¹⁰ En el arrendamiento de obra, el locador entrega una cosa al conductor para que trabaje sobre ella y realice una obra, a efectos de que la devuelva al locador cuando haya finalizado. De esta manera, el conductor, una vez finalizada la obra, recibe una compensación pecunaria.

Al respecto, consideramos que es importante retroceder en la historia hasta el momento en que se configuró inicialmente el contrato de obra en el Perú. De ello, podemos advertir que el contrato de obra tuvo su origen en el derecho civil, al que luego se le agregó una característica que lo tornó en público.

Desde la perspectiva civil, el contrato de obra posee tres elementos característicos: (i) la ejecución de una obra material o inmaterial; (ii) el pago de una retribución como contraprestación, y (iii) la autonomía del contratista en el cumplimiento de su obligación.

De conformidad con Mario Castillo, el tercer elemento consiste en que el contratista se aboca por su cuenta y riesgo al cumplimiento de su prestación, procediendo con libertad y sin intervención de la contraparte, de acuerdo al modo, al lugar y tiempo que estime adecuado para su realización (2021, p. 558). Al respecto, cabe precisar que este tercer elemento requiere una interpretación particular para los contratos de obra pública, como se explicará más adelante.

En el contrato de obra pública quien encarga la referida obra es una entidad de la Administración y quien se obliga a realizarla es una empresa privada. Es por esta razón que a los contratos de obra pública se les otorga una característica especial.

La entidad estatal es propietaria de la obra y es quien deberá definir la forma como la obra debe ejecutarse para satisfacer adecuadamente el interés público. Si el contratista ejecuta fielmente las instrucciones de la entidad que lo contrata, cumplirá sus obligaciones.

En tal sentido, cabe precisar que cuando una de las partes es la Administración Pública, no resulta posible que se deje a la libre interpretación del contratista la realización de la obra pública, toda vez que las actuaciones de las entidades de la Administración se rigen por el cumplimiento de una finalidad pública determinada y por el Principio de Legalidad.

Sobre este punto, advertimos que en el conjunto de contratos que son utilizados para ejecutar obras públicas —dentro de los cuales destacan el contrato de concesión, el contrato de asociaciones público-privadas y las obras por impuestos— el contrato de obra pública es la modalidad más común de ejecución de obras.

Pero resulta importante advertir que existe una discusión sobre la naturaleza de este contrato. La doctrina no es uniforme al otorgar características a este tipo de contrato, pues se debate si forma parte del concepto de “contrato administrativo” (Linares, 2007, p. 180).

En relación a ello, Dromi (1999, p. 563) define al contrato de obra pública como:

“(...) un procedimiento mediante el cual el estado, o entidades públicas no estatales, indirectamente, a través de terceros, llevan a cabo la mencionada obra. Constituye o uno de los medios o formas de realizar la obra pública”.
(...) La obra pública es un resultado querido por la administración, en persecución del fin de utilidad general; en tanto que el contrato de obra y la concesión de obra pública son sus modos de concreción”.

En la obra pública existe una Entidad bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones con el Estado, la cual mantiene interés en una obra que goza de una finalidad o utilidad pública.

Por tanto, el contrato de obra pública es aquel por el cual el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente (quien la encarga) a pagarle una retribución (Campos & Hinostroza, 2004, p. 298). Si trasladamos dicha definición a la contratación pública, podemos afirmar que, a través de este contrato, el Estado encarga una obra a un privado.

Así pues, se identifica el “contrato de obra pública” como aquel realizado por la Administración con particulares para que estos últimos construyan determinados bienes, como puentes, caminos o edificios (Gordillo, 2015, p. 820).

Por su parte, el contrato de obra pública es definido por García de Enterría y Fernández como “aquel que tiene por objeto la construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o del subsuelo por cuenta de la administración” (Linares, 2007, p. 176).

En nuestro caso, en el Perú existe una definición legal de obra pública, contenida en el Anexo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225¹¹, Ley de Contrataciones del Estado:

¹¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF.

“Obra: Construcción, reconstrucción, remodelación, renovación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes, entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos”.

Frente a ello, debemos reiterar que las obras públicas se caracterizan por su artificialidad, es decir, son siempre producto de la acción del hombre, de un proceso de transformación específico que es ejecutado por este.

Resulta importante recalcar que no es necesario que la obra pública haya sido construida por el Estado. No obstante, sí se requiere que le pertenezca. Asimismo, la obra pública se define como la cosa mueble o inmueble construida para utilidad o comodidad común, que pertenece a una entidad estatal (Gordillo, 2015, p. 822-824).

2.1.2. Contrato de bienes y servicios

Los contratos de bienes y servicios en el Perú pertenecen a la categoría de los contratos administrativos, los cuales se regulan a través de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento. De acuerdo a las definiciones establecidas en el Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los contratos de bienes tienen como principal objetivo adquirir objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y cumplir con sus funciones y fines.

Así pues, para llevar a cabo esta adquisición —por parte del Estado— se deberá celebrar un contrato administrativo típico, a través del cual la Administración Pública adquiere la propiedad de bienes muebles o inmuebles del proveedor, a cambio

de pagar su precio en dinero con recursos públicos para el cumplimiento de sus actividades y funciones (Morón & Aguilera, 2017, p. 59).

Por su parte, el contrato de servicios está referido a las actividades o labores que requiere una Entidad para el desarrollo y el cumplimiento de sus funciones y fines. En ese sentido, este tipo de contrato se caracteriza por tener por objeto la prestación de servicios a la entidad, sin mediar subordinación, por un tiempo determinado o para una actividad específica, a cambio de una retribución con cargo a recursos públicos (Morón & Aguilera, 2017, p. 60).

De acuerdo al referido Anexo N° 1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, los servicios pueden clasificarse en: (i) servicios en general, (ii) consultoría en general, y (iii) consultoría de obra.

Los servicios en general son aquellas actividades que pueden estar sujetas a resultados para considerar terminadas sus prestaciones. La consultoría en general está referida a servicios profesionales altamente calificados, mientras que la consultoría de obra corresponde a servicios profesionales altamente calificados, consistente en la elaboración del expediente técnico de obras, en la supervisión de la elaboración de expediente técnico de obra o en la supervisión de obras.

En ese orden de ideas, consideramos importante señalar cuáles son las estadísticas actuales del contrato de obra pública y del contrato de bienes y servicios, pues estos derivan de los métodos de contratación de la licitación pública y el concurso público.

De acuerdo a la información obtenida en el portal web del CONOSCE, el número de procesos efectuados asciende a lo siguiente:

Tabla 2: Estadísticas Generales de Contrataciones Públicas

Año	Número de Licitaciones Públicas	Número de Concursos Públicos
2021	983	842
2020	2137	1633
2019	2833	2025
2018	2853	1901
2017	3180	2036

Fuente: CONOSCE. Elaboración propia.

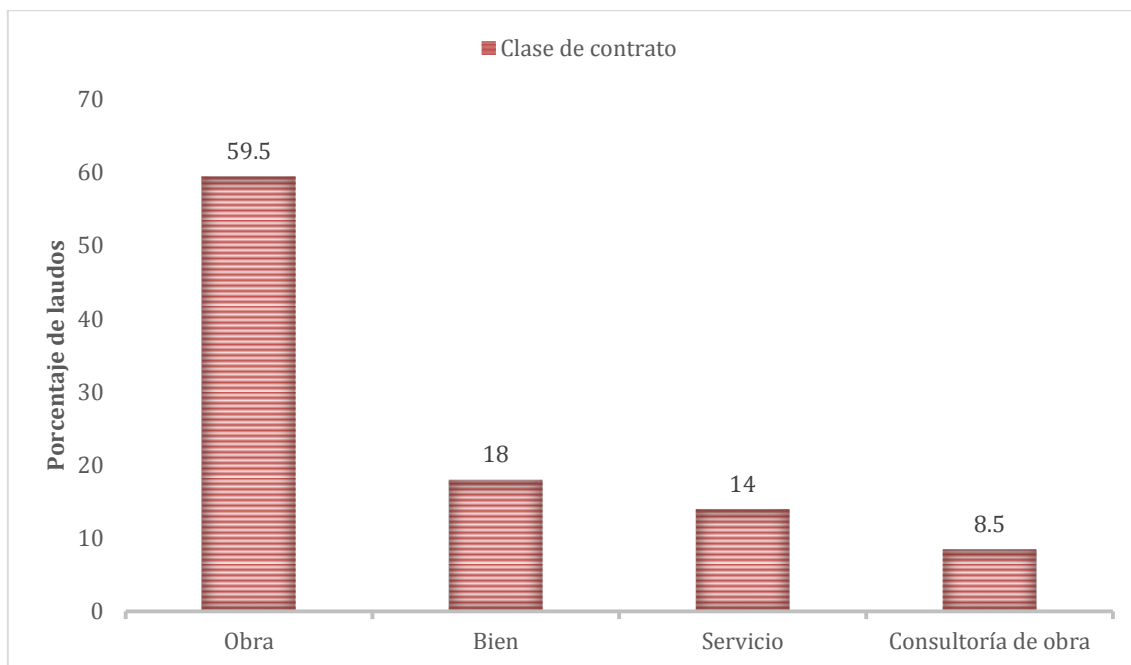
De lo observado podemos inferir que, al mes de septiembre de 2021, el número de procesos en ambos casos ha descendido, lo cual se debe a la pandemia originada por el coronavirus. Como sabemos, desde el 16 de marzo de 2020, el Estado peruano declaró estado de emergencia, con lo cual todos los sectores, a excepción de quienes se encargan de proveer servicios básicos, pararon sus actividades.

Es debido a esta coyuntura que otros métodos de contratación —como la adjudicación simplificada y la contratación directa— fueron empleados para satisfacer más rápidamente las necesidades básicas de la población.

No obstante, consideramos que, a lo largo de los últimos cinco años, las licitaciones públicas y los concursos públicos tuvieron un notable desarrollo. Asimismo, es de conocimiento público que los contratos más propensos a generar controversias son el contrato de obra pública, así como el contrato de bienes y servicios.

Así pues, cabe precisar que lo señalado en el acápite anterior se sustenta en el estudio del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú¹², información que reproducimos a continuación:

Gráfico 3: Clases de contratos sometidos a arbitraje



Fuente: CARC-PUCP. Elaboración propia.

Así pues, centrarnos solamente en estos contratos nos permitirá profundizar en las causas que incitan el desarrollo de controversias y, por ende, futuros arbitrajes.

2.2. La pugna entre el privado y el Estado: ¿qué hacer cuándo ambas partes creen que tienen la razón?

¹² Debemos advertir que el estudio realizado por César Guzmán - Barrón y Rigoberto Zúñiga abarca el universo de laudos registrados en la página oficial del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado en el periodo 2003 al 2012.

Consideramos oportuno resaltar la existencia de opción en la solución de controversias para los contratos que se rigen bajo la Ley de Contrataciones del Estado, así como su reglamento. Nos referimos a la opción que hay entre recurrir a la conciliación o al arbitraje; pudiendo darse el caso en que, al final, se transite por ambos caminos.

La normativa de contrataciones vigente dispone que las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes. Por otro lado, las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

De conformidad con el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se dispone que las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. Así pues, la solicitud debe ser presentada ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, dentro del plazo de caducidad correspondiente, y ser llevado a cabo por un conciliador certificado.

Si la conciliación no llega a buen puerto, lógicamente, el siguiente paso para solucionar una controversia en materia de contratación pública sería iniciar un arbitraje, dentro del plazo de caducidad correspondiente. Pese a que la conciliación no es objeto de nuestra investigación, consideramos importante resaltar brevemente este mecanismo de solución de controversias, debido a que gran parte de los problemas que se suscitan en la ejecución contractual bien podrían resolverse en esta etapa. Las

razones que se encuentran detrás de esta afirmación se analizarán en el siguiente capítulo.

En ese sentido, es preciso señalar que el arbitraje en el Perú presenta un desarrollo particular, en comparación a otros ordenamientos extranjeros, en los cuales el arbitraje es una vía excepcional para solucionar conflictos suscitados en contratos públicos.

A pesar del reconocimiento constitucional que tiene el arbitraje como jurisdicción, mucho se ha discutido sobre los temas que podrían someterse a discusión, sobre todo por el componente público de los contratos administrativos.

En efecto, la primera dificultad en la implementación del arbitraje en la contratación pública ha sido la denominada reserva del control de legalidad de parte del Poder Judicial respecto del ejercicio de potestades o prerrogativas públicas o de los actos administrativos (Linares, 2007, p. 184-185).

Es así que uno de los fundamentos para que los conflictos derivados de un contrato administrativo se revisen en vía judicial, y no en la arbitral, es que esta es una manera de ejercer la función de control de la Administración Pública, algo que no podría hacer un tribunal privado.

Al respecto, debemos resaltar que la función administrativa se encuentra sometida al control del Poder Judicial, es decir, en la vía ordinaria es posible revisar las actuaciones administrativas y, por ende, controlar las decisiones que tome la Administración Pública a través del proceso contencioso - administrativo.

En esa misma línea, Mario Linares ha concluido que la vía idónea para la solución de controversias en los contratos del Estado es la administrativa y posteriormente la judicial, habida cuenta de que las decisiones de la Administración Pública relativas a la ejecución contractual constituyen actos administrativos (2007, p. 184-185).

Por ese motivo, también se señala que es no es admisible reconocer a los miembros de un tribunal privado la potestad de anular actos administrativos, ya que estos sólo pueden ser anulados por órganos de la jurisdicción administrativa siguiendo el procedimiento establecido (Patrikios, 1997, p. 198).

Al respecto, parte de la doctrina¹³ considera que el arbitraje podrá aplicarse de forma limitada, es decir, que deberá someterse a la vía arbitral aquellas controversias que sean de carácter patrimonial o que se centren en materias de naturaleza disponible.

Sobre este punto, debemos advertir qué son las denominadas potestades o prerrogativas de la Administración Pública —materia que hemos analizado en el primer capítulo de esta investigación— las que se encuentran dentro de la zona de indisponibilidad de ser sometidas al arbitraje.

Sumado a ello, también se considera que solo podrá someterse a arbitraje las controversias de alcance patrimonial que surgen respecto de la ejecución e

¹³ Véase Linares, M. (2007). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo*, 175-190; y Baca, V. (2013). El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la Administración. *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. Volumen II*, 533-558.

interpretación de un contrato público que no se refieran a la validez o invalidez de actos administrativos (Baca, 2013, p. 540).

Al respecto, consideramos oportuno volver a lo establecido en el artículo 223 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, según el cual se establece una serie de materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

Como señalan Mario Castillo y Rita Sabroso, esta enumeración sugiere una exclusión, referida a la exclusión de las prestaciones adicionales que superen cierto porcentaje del valor del contrato y el tema referido al enriquecimiento sin causa (2019, p.49).

En ese sentido, la normativa de contratación pública ha establecido qué materias son arbitrables y cuáles están impedidas de ser llevadas al arbitraje. Somos de la opinión de que esta lógica responde a un criterio destinado a evitar el indebido manejo de los recursos del Estado.

Como se ha podido evidenciar, el camino para resolver los conflictos que se susciten en el marco de la ejecución contractual en materia pública presenta diversas opciones y no limita a que se resuelvan únicamente en la vía arbitral, pues podemos encontrar también la vía conciliatoria, la junta de resolución de disputas y el acuerdo entre las partes.

No obstante, como se analizará con mayor profundidad en el siguiente capítulo, el arbitraje parece ser la vía que más se utiliza debido a su obligatoriedad derivada de la normativa de contratación pública.

Al igual que en los contratos celebrados por adhesión, los particulares deben tener claro que para contratar con el Estado tienen que aceptar la inclusión de una cláusula arbitral para resolver conflictos en caso se genere alguna duda sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato.

Frente a ello, surge la interrogante respecto al por qué se optó por el arbitraje como vía de solución de conflictos en materia de contratación con el Estado y se descartó la vía ordinaria, constituyendo un caso bastante particular para la comunidad jurídica internacional, lo cual será explicado en el capítulo tercero.

Por ahora, ya que sabemos qué deben hacer el Estado y los particulares cuando no se ponen de acuerdo en temas relacionados al contrato administrativo celebrado, investigaremos las razones por las cuales las partes se enfrentan. Ello nos permitirá referirnos al tema de la especialidad al momento de dirimir un conflicto de esta naturaleza y responder a los cuestionamientos sobre la posibilidad de que estos asuntos sean resueltos por un juez o por un árbitro.

2.3. ¿Por qué se enfrentan las partes en los contratos administrativos?

Es sabido que las controversias pueden surgir entre las partes de un contrato administrativo y que estas pueden estar referidas a la etapa de ejecución contractual, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato.

Según dos importantes estudios¹⁴ que se realizaron hace casi una década, las principales controversias sobre contratos administrativos recaen en: (i) deficiencias de actos preparatorios; (ii) ampliaciones de plazo y mayores gastos generales; (iii) penalidades; (iv) resolución de contrato; y (v) corrupción y pérdida de transparencia, conforme desarrollaremos a continuación.

2.2.1. Las deficiencias de los actos preparatorios

Los procesos de contratación pública tienen tres fases claramente diferenciadas y cuya presencia es transversal a los diversos objetos contractuales. Dichas fases representan la secuencia que siguen —o deben seguir— todas las entidades cuando requieren la colaboración de terceros para el cumplimiento de sus funciones (Zambrano Olivera, 2009, p. 156).

En el caso de los Actos Preparatorios, esta fase está referida a todas aquellas actuaciones de planificación y programación, previas al desarrollo del proceso de selección, que se inicia con la decisión de adquirir o contratar.

Dentro de esta fase encontramos las siguientes actuaciones: (i) determinación de necesidades; (ii) presupuesto institucional; (iii) Plan Anual de Contrataciones; (iv) determinación de características técnicas; (v) aprobación del expediente de contratación; (vi) designación del Comité Especial; (vii) elaboración de Bases Administrativas; y, (viii) aprobación de las Bases (Zambrano, 2009, p. 156).

¹⁴ Véase Guzmán-Barrón, C. y Zúñiga, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el Estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de conflictos - PUCP "Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: Análisis de Laudos Arbitrales"; y Contraloría General de la República (2013). El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013. Recuperado de <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

Dentro de las actuaciones antes mencionadas, cabe precisar que el Plan Anual de Contrataciones constituye un instrumento de gestión con el que cuentan las Entidades Públicas.

Ello permite programar con la debida anticipación los requerimientos de bienes, servicios u obras necesarios para el cumplimiento de sus fines, así como evaluar el grado de eficacia y eficiencia de los mecanismos de planificación que hubieran adoptado oportunamente (Zambrano, 2009, p. 156).

El titular o funcionario con facultades para aprobar el Plan Anual de Contrataciones es responsable de supervisar y efectuar el seguimiento al proceso de planificación, formulación, aprobación y ejecución oportuna. Por su parte, el órgano encargado de las contrataciones se encarga de ejecutar los procedimientos de selección y las contrataciones programadas en la fecha prevista.

En ese sentido, resulta de suma importancia definir con precisión las características técnicas de aquello que será materia de contratación, para facilitar el estudio de las posibilidades que ofrece el mercado y para la satisfacción del usuario final, de manera que se evite deficiencias que conlleven a la generación de conflictos que terminen en resolución contractual y posteriormente en arbitraje.

Así pues, el realizar estudios de las posibilidades que ofrece el mercado en un procedimiento de contratación, permite que la Entidad pueda definir con precisión los requerimientos y especificaciones técnicas mínimos de los bienes, servicios u obras a contratar, así como determinar el valor referencial del proceso, en función de los precios vigentes del mercado (Zambrano, 2009, p. 162).

Sobre este punto, es preciso advertir que la deficiencia en los actos preparatorios puede generar que se desencadenen controversias, no necesariamente en esta etapa precontractual, sino más bien en la ejecución del contrato.

Sería el caso de una empresa proveedora de bienes y servicios, la cual es contratada por el Estado para cumplir con las obligaciones pactadas, tomando como referencia las Bases Integradas, el Expediente Técnico y el contrato celebrado.

Para sorpresa de las partes, en la etapa de ejecución contractual, estas caen en cuenta de que el espacio destinado a albergar las maquinarias que debía proveer la parte privada no se condice con lo establecido en las Bases Integradas ni en el Expediente Técnico. He aquí la importancia de desarrollar documentos del procedimiento de selección y contractuales que cuenten con un respaldo técnico y jurídico que permita que dicho plan se ejecute de la manera más eficiente.

En ese sentido, al haber diferencias entre lo diseñado y establecido en los documentos previos a la celebración del contrato, con el espacio real que la entidad pública brinda, se genera una controversia que puede ser resuelta a través de otros mecanismos que no impliquen la vía judicial ni la vía arbitral.

No obstante ello, ha quedado demostrado —a lo largo de la vigencia de las diversas Leyes de Contrataciones del Estado y sus reglamentos— que los funcionarios públicos prefieren que un árbitro sea quien decida darle la razón a la parte privada, en aras de protegerse ante un eventual control posterior de los órganos internos encargados.

Así, vemos que errores en forma o en cálculo resultan determinantes al momento de ejecutar un contrato. Estas deficiencias en el diseño pueden pasar los controles de los órganos encargados para la contratación, de manera interna.

Pero es evidente que la falta de comunicación y trabajo coordinado dentro de la propia entidad podría arrojar un resultado perjudicial, no en el momento de elaboración del Plan Anual de Contrataciones, ni en las bases (más allá de que estas van a contener errores), sino en la etapa contractual.

2.2.2. Las ampliaciones de plazo y los mayores gastos generales

En aras de cumplir con las obligaciones establecidas en el contrato y poder culminar de manera satisfactoria la ejecución del mismo, el contratista puede solicitar una ampliación de plazo. No obstante, dicha ampliación debe ser aprobada por parte de la Entidad y ser sustentada en las causales establecidas por ley.

El artículo 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones señala que el contratista puede solicitar la ampliación de plazo siempre que se trate de causales ajenas a su voluntad, como en los siguientes supuestos: (i) atrasos y/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista; (ii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de la prestación adicional de obra; (iii) cuando es necesario un plazo adicional para la ejecución de los mayores metrados, en contratos a precios unitarios.

Al respecto, cabe precisar que las ampliaciones de plazo pueden tener origen por atrasos o paralizaciones ajenos a la voluntad del proveedor o del contratista. En caso exista controversia sobre la denegatoria de la ampliación de plazo o la procedencia de su solicitud, esta puede ser sometida a arbitraje.

En el artículo 201 del Reglamento, se establece que toda vez aprobada la ampliación de plazo, se formula una valorización de los mayores costos directos y mayores gastos generales variables para su pago, la cual es presentada por el residente al inspector o supervisor. Dicho profesional, en un plazo máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización, la eleva a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación.

En caso la Entidad apruebe la referida valorización, es pagada en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

Si surgen discrepancias respecto de la formulación de una valorización de mayores costos directos y mayores gastos generales variables, tales controversias se someten a la Junta de Resolución de Disputas, cuando corresponda, o se resuelven en la liquidación del contrato, sin perjuicio del pago de la parte no controvertida.

2.2.3. Las penalidades

Las penalidades se definen como un mecanismo de resarcimiento para la entidad, el cual surge como una respuesta ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a cargo del contratista.

De acuerdo a la norma de contrataciones con el Estado, las penalidades pueden ser de dos tipos: (i) por mora; y (ii) otras penalidades. Es importante resaltar que la Entidad se encarga de prever en los documentos del procedimiento de

selección la aplicación de la penalidad por mora, así como puede establecer otras penalidades.

De acuerdo con el artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobada. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y, en consecuencia, no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

2.2.4. La resolución de contrato

De conformidad con el artículo 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad puede resolver el contrato cuando el contratista:

- (i) incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;

- (ii) haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; y
- (iii) paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

Asimismo, cabe precisar que el contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

Sobre este punto, la interpretación de lo que supone “incumplimiento de obligaciones esenciales” ha sido motivo de diversas controversias entre las partes. Como se ha explicado anteriormente, el incumplimiento de las obligaciones de las partes en los contratos administrativos, otorga la posibilidad a la parte afectada por el incumplimiento, de resolver el contrato. Para ello, se deberá seguir el procedimiento establecido en el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Así pues, debemos tomar en consideración todos los efectos que conlleva la resolución contractual. Por el lado de la Entidad, si esta es la parte afectada, ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización que puede solicitar por mayores daños. Por otro lado, si la parte afectada es el contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

En este contexto resulta de suma importancia tener claro el plazo que el artículo 166 establece para acudir a la vía conciliatoria y/o arbitral. Esta solicitud deberá realizarse dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución.

2.2.5. La corrupción y pérdida de transparencia

La corrupción es uno de los problemas más graves que afronta el país. Por ello, no resulta necesario realizar estudios exhaustivos para evidenciar actos de corrupción en entidades públicas.

Un estudio realizado por *Transparency Internacional* revela una situación poco favorable, puesto que los resultados del índice de Percepción de Corrupción 2020 dejan al Perú en el puesto 94 de 180 países objeto de estudio.

En otras palabras, el Perú se encuentra entre aquellos Estados que tienen un mayor índice de percepción de corrupción, con una puntuación de treinta y ocho, donde cero es ser muy corrupto; y cien, nada corrupto. En ese sentido, el referido estudio evidencia la necesidad de promover mayores reformas en el sistema público peruano.

De manera interna, el Estado peruano ha emprendido una política para minimizar manifestaciones de corrupción dentro del Sector Público, tan es así, que el 22 de julio de 2002, en un foro que reunió a las autoridades de los tres niveles de gobierno, se firmó el Acuerdo Nacional 2002, que aprueba los lineamientos y políticas nacionales.

Se estableció treinta y un políticas de Estado, que fueron clasificadas dentro de los siguientes cuatro objetivos:

- Democracia y Estado de Derecho.
- Equidad y justicia social.
- Competitividad del país.
- Estado eficiente, transparente y descentralizado.

Dentro del objetivo de consolidar un Estado eficiente, transparente y descentralizado al servicio de las personas, el Gobierno asumió la Vigésimo Sexta Política de Estado, que consiste en la promoción de la integridad y la transparencia y erradicación de la corrupción, el lavado de dinero, la evasión tributaria y el contrabando en todas sus formas.

Asimismo, existen planes estatales para afrontar el problema de la corrupción. El “Plan Bicentenario: El Perú hacia el 2021”, aprobado mediante Decreto Supremo N° 04-2011- PCM, es un plan a largo plazo que contiene los siguientes ejes estratégicos para lograr objetivos nacionales:

- Derechos fundamentales y dignidad de las personas.
- Oportunidades y acceso a los servicios.

- Estado y gobernabilidad.
- Economía, competitividad y empleo.
- Desarrollo regional e infraestructura.
- Recursos naturales y ambiente.

En el eje de Estado y Gobernabilidad se argumenta que “es necesario incorporar el diseño de una estrategia integral de lucha contra la corrupción en un conjunto de reformas institucionales orientadas a garantizar niveles de vida dignos para todas las personas”.

De esta manera, se plantea el objetivo nacional de lograr un Estado democrático y descentralizado, que funcione con eficacia, eficiencia y articuladamente entre sus diferentes sectores y los tres niveles de gobierno al servicio de la ciudadanía y el desarrollo, garantizando la seguridad nacional.

Al respecto, cabe resaltar que, como Lineamiento de Política para la Gobernabilidad, se considera “Luchar contra la corrupción en el país, en todos los niveles de gobierno”. A manera de ejemplo, advertimos que la emergencia sanitaria causada por el Covid-19 ha sido la razón por la cual el Estado ha decidido realizar contrataciones directas. Si bien, nos encontramos ante una situación que amerita, sin duda, que el abastecimiento sea lo más veloz y eficiente posible, no estamos exentos de que se generen casos de corrupción.

Esta premisa se sustenta en el ya mencionado Índice de Percepción de Corrupción, elaborado por la organización *Transparency International*, en el cual se advierte que el Perú sufre de corrupción estructural, impunidad e inestabilidad política.

Se han destinado más de S/ 243 millones para la compra de mascarillas textiles y pruebas de Covid-19, la adquisición de dispositivos electrónicos y servicios de Internet para las clases no presenciales, el equipamiento de hospitales provisionales y el alojamiento de peruanos repatriados desde el extranjero y de aquellos que se han visto desplazados de manera involuntaria al interior del país¹⁵.

Por otro lado, es preciso destacar también el cuestionamiento, expresamente destapado en los medios de comunicación con el caso Odebrecht. Altos directivos de esta compañía multinacional realizaron confesiones sobre los sobornos que esta empresa pagó a diversas autoridades del Perú, situación que no ha sido ajena a otros países latinoamericanos.

En ese sentido, Marcelo Odebrecht confesó haber desembolsado hasta 29 millones de dólares a las autoridades peruanas entre los años 2005 y 2014, a efectos de que su empresa ganara licitaciones por obras que ascienden a 12.534 millones de dólares¹⁶.

Entre las especulaciones sobre este caso de corrupción en nuestro país, se ha cuestionado duramente el sistema arbitral, puesto que Odebrecht (como es normal en

¹⁵ Ojo Público. Perú destina más de S/442 millones en compras sin competencia para Covid-19. Fecha de consulta: 09 de mayo de 2020. <https://ojo-publico.com/1805/covid-19-peru-destina-millones-para-compras-sin-competencia>

¹⁶ CNN. Odebrecht en el Perú: cinco claves para entender el caso. Fecha de consulta: 09 de mayo de 2020. <https://cnnespanol.cnn.com/2017/11/14/odebrecht-en-el-peru-cinco-claves-para-entender-el-caso/>

cualquier contratante de obra pública con el Estado peruano) llevó a arbitraje varios de los problemas que se suscitaron con el Estado, por sus contratos en ejecución.

A este respecto, cabe precisar que en algunos casos los tribunales arbitrales fallaron a favor de la empresa brasilera. No obstante, en otros, se le dio razón al Estado.

Sin perjuicio de lo señalado, y a estas alturas de nuestra investigación, resulta obvio que no es novedad que las empresas constructoras activaran la vía arbitral, debido a dos razones. En primer lugar, existe la regla general de que todo contratista para resolver sus controversias con el Estado debe ir a arbitraje, de manera que, en este caso, Odebrecht no podía recurrir a la vía judicial.

En segundo lugar, de acuerdo a los ya citados estudios de la Contraloría General de la República y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (CARC-PUCP), en la mayoría de arbitrajes con el Estado ganan los contratistas. De acuerdo al informe que recoge los resultados del estudio realizado por CARC-PUCP, el Estado pierde porque en un 75,2% de las veces que lo demandan, recibe alguna condena. Así pues, se evidencia que este escenario generaba un incentivo para que el contratista considerara que el arbitraje resultaba la vía más adecuada y eficaz para resolver sus conflictos.

Es a raíz de este caso que podemos explicar cómo funciona la corrupción en el sistema de contratación pública. En un alto nivel de gobierno, la corrupción distorsiona el buen funcionamiento del Estado, que permite a líderes gubernamentales beneficiarse de coimas encubiertas al otorgar licitaciones públicas, generando graves daños a la sociedad peruana. Es así que se manipula políticas y entidades, y se

vulneran las reglas de los procedimientos de selección para defender intereses particulares.

No obstante, la corrupción no ha afectado solamente al sistema arbitral. Este es un problema de mayor antigüedad, al que volveremos a hacer referencia en el siguiente capítulo, para ensayar una explicación sobre las razones por las que se huye de la jurisdicción ordinaria para encontrar en el arbitraje un mejor sistema de justicia.

En ese orden ideas, debemos señalar que: (i) la corrupción es un mal que ha atacado —desde hace muchos años— al Estado, contaminando el ordenamiento jurídico, más específicamente, el sistema de justicia; (ii) el sistema arbitral nació como un mecanismo alternativo de solución de controversias, para mitigar los efectos que generaba tener un Poder Judicial afectado por una serie de males y que produce desconfianza.

De lo expuesto, podemos afirmar que la gran mayoría de controversias se generan por ineficiencia o incumplimiento del propio Estado. Con ello, se ha demostrado que la gestión contractual de parte de la Administración Pública no es la más adecuada. Conflictos que podrían hallar una solución en etapas previas al arbitraje, derivan en él, puesto que los procuradores o defensores del Estado prefieren no concretar la opción de conciliar y dejan tan importante decisión a los árbitros.

A manera de conclusión, en este capítulo se trató de abordar el camino que deben seguir las partes para lograr solucionar sus conflictos derivados de contratos administrativos, así como explicar las razones por las que se generan estas controversias. Con ello, también se ha evidenciado la imperante necesidad de contar

con los operadores de la justicia que conozcan a cabalidad las materias sobre las que se discute en la contratación pública.



CAPÍTULO TERCERO: EL BALANCE ENTRE LA JUSTICIA PÚBLICA Y LA JUSTICIA PRIVADA

Como hemos podido apreciar en el desarrollo de los capítulos anteriores, el fenómeno del establecimiento del arbitraje obligatorio para dirimir las controversias surgidas en materia de la Ley de Contrataciones del Estado, constituye, en cierta forma, una manifestación del reconocimiento del propio Estado peruano de que no necesariamente los mecanismos habituales de la administración de justicia (Poder Judicial) funcionan de la mejor manera.

Llama la atención que el propio Estado haya reconocido esta situación y haya establecido, de manera invariable desde 1998, la obligatoriedad del arbitraje en los contratos que celebre con particulares. Esta sola constatación podría relevarnos de mayor análisis, aplicando la vieja frase del derecho procesal “a confesión de parte, relevo de prueba”.

Pero resulta necesario ahondar en el tema, en la medida de que el arbitraje en contratación pública no solo se deriva de lo expresado, sino también de políticas generales del Estado peruano, introducidas desde comienzos de los años noventa, favorables a la inversión nacional y extranjera.

Como sabemos, las inversiones se fomentan si es que se crea un clima favorable a ellas, tanto en materia de solución de controversias, como en lo que respecta a estabilidad legislativa.

Es evidente que para cualquier inversionista que provenga de los países exportadores de inversión, conviene mucho más que sus eventuales conflictos sean

resueltos en arbitraje; de ahí que, incluso, han proliferado en las cuatro últimas décadas los tratados bilaterales de inversión o tratados de libre comercio, celebrados por el Perú con otros Estados, a efectos de otorgar protección recíproca a los inversionistas nacionales de ambos estados, cuando realicen inversiones en el estado del cual no son nacionales.

Esta situación, que ya determina una presencia ineludible del arbitraje de inversión con respecto a los países receptores de la misma, tiene también un correlato en materia de arbitraje interno y, en el Perú, esto se ha visto traducido en el arbitraje en contratación pública.

Ahora bien, podríamos preguntarnos cuál es la razón por la cual el Perú tomó esta decisión con respecto a los arbitrajes obligatorios, cuando ningún otro país la adoptó. A nuestro criterio, esta fue una manifestación de otorgar muestras de confianza a los inversionistas, para que sepan que el propio Estado no intervendría en la administración de justicia de los contratos que el mismo celebrara con terceros, y tal vez, esta situación se haya visto precipitada por el hecho de que el Perú durante las décadas de los setenta y ochenta del siglo XX padeció de medidas intervencionistas del Estado en la economía y de violaciones flagrantes de los derechos de tales inversionistas. Por todo ello, las muestras de confianza resultaban indispensables.

No es que se trate de un repliegue del Derecho Administrativo, pues el mismo mantiene su estructura y fueros de siempre. De lo que se trata es de facilitar una vía independiente (la arbitral) para solucionar esas eventuales controversias.

No olvidemos que la vía administrativa, en lo que respecta a los recursos impugnatorios propios de la Administración Pública, sigue incólume. La diferencia

radica en que hasta 1997, agotada la vía administrativa, los particulares debían recurrir al proceso contencioso administrativo en el Poder Judicial, procesos que se caracterizan por ser de prolongada duración.

En virtud a ello, en este tercer capítulo, el principal objetivo apunta a responder al cuestionamiento de si es realmente el arbitraje obligatorio la vía más adecuada para resolver los conflictos que se suscitan en el marco de la contratación pública.

En ese sentido, se deberá tomar en consideración las ventajas y desventajas que implica optar por una de estas dos vías jurisdiccionales reconocidas constitucionalmente, y así determinar si el Perú está acercándose a una mejor aplicación de la justicia en materia de contratos públicos.

Es así que, para realizar el análisis respectivo del panorama de la resolución de conflictos, recurrimos a profesionales expertos en dicha materia, a efectos de conocer el lado práctico de la solución de controversias en contratos públicos, a través de sus experiencias profesionales y académicas. Por tanto, anexamos a la presente investigación el Apéndice A y el Apéndice B, correspondiente a los listados de las personas entrevistadas, así como de las preguntas efectuadas, respectivamente.

Cabe precisar que las entrevistas realizadas constituyeron el insumo necesario para establecer determinados criterios que serán detallados en el numeral 3.2.1., de manera que se pueda ratificar que el arbitraje continúa siendo la vía más adecuada para resolver los conflictos que puedan suscitarse en la contratación pública.

No obstante, antes de analizar los criterios que nos ayudarán a validar o desechar nuestra hipótesis, consideramos necesario que estudiemos cuál es la

relación entre el arbitraje, el Derecho Administrativo y el Derecho Público. Para efectuar esta explicación, resulta importante que analicemos el fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo”.

3.1. ¿Cómo se resuelven las controversias en la contratación pública?

A lo largo de los dos últimos siglos, se fue gestando en Europa el fenómeno de la denominada “huida del Derecho Administrativo” al Derecho Privado. Ello se explica a partir de la constatación de que el Derecho Administrativo del Estado Social devino en inviable para los fines de gobernanza en una economía social de mercado. Es decir, se requería de un Derecho Administrativo más ágil en la ejecución del gasto, en la atención de los servicios, menos proclive al exceso de procedimientos, entre otros aspectos.

A partir de la década de los ochenta del siglo XX, como consecuencia de las propuestas señaladas, diversos países de América Latina empezaron a implementar las políticas de ajuste estructural, modificando sustancialmente sus políticas económicas y reformando el Estado y, por ende, la Administración Pública.

El problema es que la modificación se ha efectuado en un ámbito sensible donde en los últimos veinte años la nueva condición jurídica de la Administración Pública, consecuencia de la implementación de las políticas de ajuste estructural, permitió el desarrollo de los contratos administrativos y del arbitraje (Retamozo, 2018, p. 55).

En tal sentido, en los últimos veintitrés años, las diferencias derivadas de los contratos públicos se han visto sometidas al fuero arbitral, en virtud del reconocimiento del arbitraje como vía jurisdiccional efectiva.

Sumado a ello, la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, publicada en el Diario El Peruano el 3 de agosto de 1997, que entró en vigencia el 29 de septiembre de 1998, recogió la observancia obligatoria del referido mecanismo de solución de controversias para resolver de manera más idónea y eficaz los conflictos suscitados entre los particulares y el Estado. Si bien se han producido cambios de matiz, el arbitraje —en materia de contratación pública— es la vía de solución de controversias por excelencia.

A este respecto, Alberto Retamozo señala que la habilitación de sometimiento de controversias derivadas de contratos públicos a la vía arbitral se originó como una manifestación del contexto de la denominada huida del Derecho Administrativo al Derecho Privado (2018, p. 52).

En ese contexto, Sebastián Martín-Retortillo explica que la actuación jurídico-privada no tiene carácter incidental. Por el contrario, se trata de un planteamiento globalizado. Así pues, destaca que este fenómeno está produciendo una profunda mutación en los esquemas orgánicos y operativos de la Administración, de manera que se está tratando de establecer un sometimiento casi total de la Administración al Derecho Privado (1996, p. 36-37).

En tal sentido, como base de este planteamiento, se insiste en que se trata de establecer criterios que permitan mayor operatividad en la actuación de las

administraciones públicas, pues, eludiendo así las trabas y vinculaciones que pueda ofrecerle la legislación administrativa, puede resultar más eficaz.

El mito de la eficacia implica reconocer que la mecánica operativa del sistema jurídico-administrativo es retardataria, careciendo de flexibilidad precisa, de manera que no garantiza la eficacia de una gestión. Así pues, lo jurídico-administrativo se relega al cuarto de los trastos viejos y, en aras de esa exigible eficacia, con un evidente simplismo, se acude, sin más, a fórmulas jurídico-privadas (Martín-Retortillo, 1996, p. 37-38).

Ahora bien, la exposición de motivos¹⁷ del Decreto Legislativo N° 1071, que norma la Ley de Arbitraje, sí cumple con brindar alcances sobre lo que se establece en dicha ley. Así pues, establece que gracias al arbitraje, tenemos una solución de conflictos más rápida y especializada, mayor control de las partes sobre la independencia e imparcialidad de quienes resuelven, mayor control de las partes sobre las reglas del proceso y mayor predictibilidad en las decisiones.

La cultura arbitral contribuye, no solo a resolver conflictos, sino a hacerlo en un entorno eficiente, con una mayor autonomía privada y descargando al sistema judicial del conocimiento de determinadas materias.

Asimismo, en la exposición de motivos se señala que el arbitraje ha permitido reducir el costo y sobre todo el tiempo para la solución de controversias y ha contribuido a reducir significativamente los costos de transacción en la economía.

¹⁷ Cabe precisar que no se trata de un documento oficial. La Exposición de Motivos a la que se hace referencia fue enviada por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N° 650-2008-DP/SCM, pero no fue publicada por el Diario Oficial "El Peruano".

Entre otras ventajas, se ha fomentado así el comercio y la inversión, al generar mayor seguridad a los inversionistas y agentes económicos y se ha abierto una válvula de escape del sistema judicial para los litigios comerciales.

En esa misma línea, Mario Castillo y Rita Sabroso advierten que el arbitraje en materia de contratación pública es una situación especial en el contexto de América Latina, porque significó que el Estado peruano era consciente de que el propio Estado no necesariamente resultaba ser el más indicado para administrar justicia sobre sus propios conflictos. Por tanto, se asumió que la vía arbitral era más adecuada que la propia justicia ordinaria para solucionar estas diferencias, dada la duración excesiva de los procesos judiciales relativos a este tema (2009, p. 15).

De igual manera, Alfredo Bullard afirma que las características de nuestro Poder Judicial condujeron a la creación de una serie de «sustitutos» confiables debido a que la reforma del Poder Judicial resulta tan difícil y toma tanto tiempo, que se prefirió las privatizaciones. En el presente caso, había que crear mecanismos alternativos para generar confianza (2006, p. 166).

Por su parte, Fernando Cantuarias (2002, p. 192) precisa que arbitrar las controversias generadas en el campo comercial genera mayor seguridad para los ofertantes de los bienes y servicios que consume el Estado, garantizándoles que, de suscitarse una controversia, no se afectaría las condiciones del intercambio, sometiéndose a una instancia con las características del Poder Judicial.

Desde una perspectiva distinta, Ana María Arrarte y Carlos Paniagua advierten que las controversias generadas en el marco de contratos públicos deberían ser resueltas por un Poder Judicial autónomo e independiente, de jueces capacitados, a

quienes se les respete la especialización en determinadas materias, y se les otorgue una carga procesal razonable que les permita resolver de manera pronta (2007, p. 182).

Ante estas dos posiciones (positiva y negativa) acerca del desempeño del Poder Judicial, Martín-Retortillo precisa que se debe reconocer que el sistema jurídico-administrativo impone —ciertamente— un operar “procedimentalizado” que cabe considerar retardatario y carente de eficacia. Por ello, cabe afirmar que el permanente y reiterado recurso a las fórmulas jurídico-privadas, a la postre, no ha respondido sino a la finalidad de eludir controles, con el fin de que así el poder público no se viera limitado en su actuar (1996, p. 39).

En suma, se observa que existen posturas que consideran que el arbitraje es la vía idónea para resolver las controversias en materia de contratación pública, dados los problemas que se presentan en la vía judicial como el retardo o la supuesta falta de garantías que ofrece el Poder Judicial.

Frente a ello, también se podría considerar que lo central no es tanto la existencia del arbitraje, sino la falta de atención del Estado en el empoderamiento de instituciones como el Poder Judicial.

Así pues, la solución pasa por reforzar las instituciones existentes, brindándoles mayor capacidad y autonomía, de manera tal que el Estado se encuentre en condiciones óptimas de poder resolver sus conflictos y no en desventaja frente al arbitraje.

En materia de contratación pública, los mecanismos de solución de controversias establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado, son los siguientes: i) conciliación, ii) arbitraje institucional, iii) arbitraje ad hoc, iv) junta de resolución de disputas, y, v) Poder Judicial.

Cabe precisar que, para este último caso, solo se recurre a la vía ordinaria en lo que respecta a la aprobación de ejecución de prestaciones adicionales, y a las pretensiones referidas a enriquecimiento sin causa o indebido, pago de indemnizaciones o cualquier otra que se derive u origine en la falta de aprobación de prestaciones adicionales o de la aprobación parcial de estas.

Para la presente investigación, nos interesa estudiar y comparar el arbitraje institucional y el Poder Judicial.

3.1.1. La justicia pública del Poder Judicial

El Poder Judicial es uno de los tres poderes del Estado, cuyos funcionarios se encargan de aplicar normas y principios jurídicos para la resolución de conflictos. Así pues, el Poder Judicial está regulado en el Capítulo VIII (del artículo 138 al 149) de la Constitución Política del Perú y por el Decreto Supremo N° 017-93-JUS, el cual aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, "TUO de la LOPJ"), siendo autónomo en su ejercicio funcional en diversos to: político, administrativo, económico, disciplinario e independiente en lo jurisdiccional.

El referido TUO de la LOPJ¹⁸ establece en su artículo 1 que el Poder Judicial posee la potestad exclusiva para administrar justicia:

Artículo 1.- La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con sujeción a la Constitución y a las leyes.

No existe ni puede instituirse jurisdicción alguna independiente del Poder Judicial, con excepción de la arbitral y la militar.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Al respecto, cabe precisar que ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional.

No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso¹⁹.

Para los actos administrativos, la vía para solucionar los conflictos que puedan originarse es la acción contencioso administrativa, prevista en el artículo 148 de la Constitución Política, que tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de

¹⁸ Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

¹⁹ Artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-JUS.

las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados²⁰.

En ese sentido, cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

En lo que respecta a la presente investigación, debemos señalar que son impugnables ante el Poder Judicial 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 controversia²¹.

La potestad jurisdiccional del Estado se remonta al siglo XVIII, época desde la cual el Estado se ha organizado de tal manera que los órganos legislativo, ejecutivo y judicial comparten estas potestades a efectos de que ninguno pueda hegemonizar el poder tiránicamente (Rubio, 2014, p. 161).

El Poder Judicial está estructurado con los siguientes órganos de función jurisdiccional:

- La Corte Suprema de Justicia de la República, con jurisdicción sobre todo el territorio nacional. Se organiza en salas para la administración de justicia.

²⁰ Artículo 1 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

²¹ Artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula el proceso contencioso administrativo.

- Las cortes superiores de justicia, en los respectivos distritos judiciales. También se organizan en salas.
- Los juzgados especializados y mixtos, en las provincias respectivas. Estos juzgados pueden ser civiles, penales, de trabajo, agrarios y de familia.
- Los juzgados de paz letrados, en la ciudad o población de su sede.
- Los juzgados de paz.

Una característica importante de la administración de justicia por el Poder Judicial consiste en que sus resoluciones o sentencias finales adquieren la calidad de cosa juzgada y, una vez que han llegado a tal situación, deben ser ejecutadas y cumplidas sin demora ni modificaciones. Ello otorga al Poder Judicial la última y definitiva decisión en el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las materias que son de su competencia (Rubio, 2014, p. 52).

El aporte que hace el Poder Judicial al Derecho es muy importante porque al administrar justicia aplica las normas jurídicas (que en su redacción solo contienen formulaciones abstractas) a los casos concretos que por su propia naturaleza, están llenos de matices y particularidades. De esta manera, el Poder Judicial recrea constantemente el Derecho, enriqueciéndolo en base a su criterio de juzgador, cosa que se formula a través de la jurisprudencia como fuente de Derecho (Rubio, 2014, p. 53).

En ese sentido, en lo que respecta a la solución de controversias que puedan suscitarse en la contratación pública, el proceso contencioso - administrativo está reservado para aquellos conflictos que se deriven de la etapa previa a la ejecución del contrato.

El proceso contencioso - administrativo en el Perú está expresamente consagrado en el artículo 148 de la Constitución, como mecanismo para el control judicial de la legalidad de la actividad de la Administración Pública, mediante el cual los ciudadanos pueden acudir ante el Poder Judicial cuestionando las decisiones administrativas que afecten sus derechos e intereses (Danós, 2005, p. 601-602).

Como explicaremos en la siguiente sección, actualmente, para los conflictos generados en la ejecución de los contratos públicos, el arbitraje representa la vía más utilizada debido a su expreso mandato legal.

No obstante, antes de la promulgación y entrada en vigencia de la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, cuando se generaba algún conflicto entre el Estado y un contratista con motivo de la realización de una obra pública el afectado podía impugnar dicha decisión del Estado ante un tribunal administrativo denominado “Consejo Superior de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas”, cuya resolución a su vez podía ser cuestionada ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso - administrativo (Danós, 2005, p. 620).

En esa misma línea, debemos resaltar que el antecedente de la actual Ley de Contrataciones del Estado es el “Reglamento Único de Adquisiciones para el suministro de bienes y prestación de servicios no personales” (RUA), aprobado por Decreto Supremo N° 065-85-PCM, y el “Reglamento Único de Licitaciones y Contratos

de Obras Públicas” (RULCOP), aprobado por Decreto Supremo N° 034-80-VC. Al respecto, cabe precisar que dichas normas no contemplaron al arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos públicos.

En la referida normativa se reguló los recursos impugnativos, los cuales eran resueltos por el Consejo Superior como última instancia administrativa. Posteriormente, estas controversias podían ser discutidas en el Poder Judicial, en el juzgado contencioso - administrativo. Como sabemos, estos reglamentos no incluyeron en sus disposiciones la posibilidad de acceder a la solución de los conflictos por la vía del arbitraje. Sin embargo, debemos precisar que desde noviembre de 1992, la Ley General de Arbitraje señaló que podían someterse al arbitraje las controversias del Estado, de sus dependencias y demás personas de Derecho Público, siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o naturaleza contractual.

No obstante, lo que sí estaba reconocido en el RULCOP, es que el Código Civil era de aplicación supletoria a los contratos de ejecución de obras públicas suscritos bajo la vigencia de este reglamento, en aquello que resulte compatible con la naturaleza de estos contratos públicos.

Es así que el arbitraje fue ganando reconocimiento para poder ser considerado como la vía adecuada para resolver los conflictos derivados de contratos del Estado, historia que continuaremos desarrollando en la siguiente sección.

3.1.2. La justicia privada del arbitraje

En el ámbito de la contratación pública, la conciliación y el arbitraje han sido establecidos como mecanismos alternativos de solución de conflictos, de manera que se logre poner término, eficientemente, a las controversias que se generen en la etapa de ejecución de contratos celebrados entre el Estado y sus proveedores (Contraloría General de la República, 2013, p. 13).

Fraga Pittaluga afirma que el arbitraje administrativo es el mecanismo por el cual la Administración Pública puede pactar con los administrados que sus diferencias sean resueltas por árbitros (2000, p. 48).

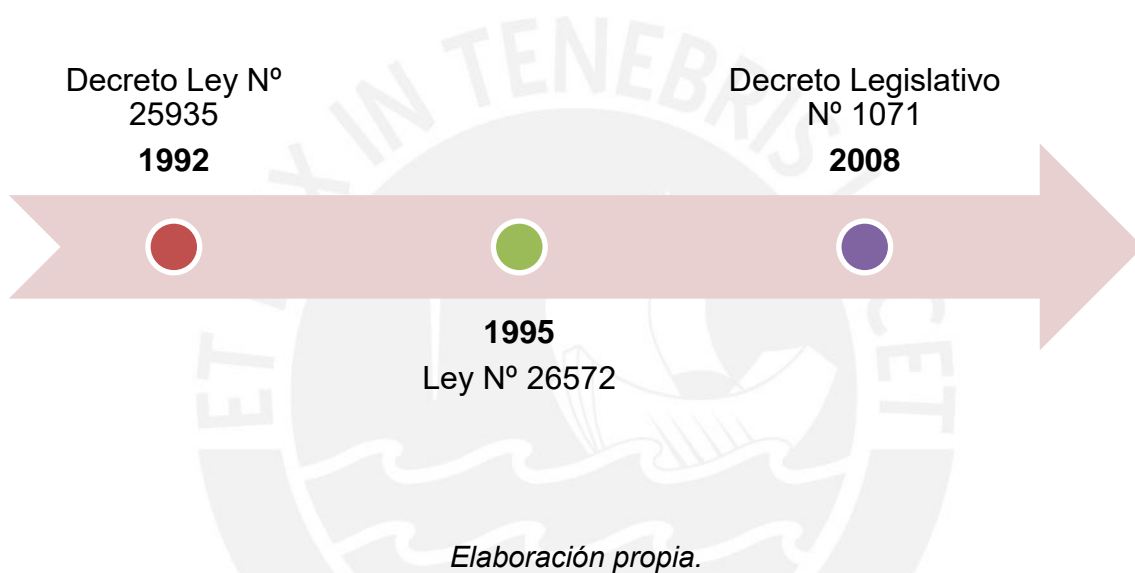
Asimismo, César Rubio (2013, p. 151), citando a Ignacio Granado, define al arbitraje administrativo como aquel mecanismo mediante el cual la Administración Pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes.

En la misma línea, Juan Rosa (1998, p. 138) advierte que en el arbitraje administrativo una de las partes intervinientes es una Entidad de la Administración Pública y la controversia es sometida a normas de Derecho Público antes que a normas de Derecho Privado.

Al respecto, debemos señalar que el arbitraje en el Perú ha tenido un desarrollo normativo preponderante en el ámbito privado, pero, como venimos señalando, también el Estado ha incluido al arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

A efectos de explicar de manera secuencial la dación de normas referidas a esta materia, hemos realizado el siguiente gráfico, el cual recoge las normas más importantes en el periodo 1992 al 2008:

Gráfico 4: Línea de tiempo de la Ley de Arbitraje



El arbitraje fue regulado por primera vez con una ley autónoma a través del Decreto Ley N° 25935, que en 1992 aprobó la Ley General de Arbitraje, y que derogó los capítulos de cláusula compromisoria y compromiso arbitral que contenía el Código Civil de 1984 (artículos 1906 a 1922).

Posteriormente, en 1995 se derogó el referido dispositivo legal por la Primera Disposición Final de la Ley N° 26572, la cual estuvo vigente desde el 6 de enero de 1996 hasta el 31 de agosto de 2008. El 1 de septiembre de 2008 entró en vigencia el Decreto Legislativo N° 1071, actual ley de arbitraje.

Por otra parte, en lo que respecta al marco normativo de los contratos públicos, es preciso resaltar que —antes de la década de los ochenta— no existía un régimen general que regule los procedimientos sobre contratación de bienes, servicios y obras para todas las entidades de la Administración Pública.

No obstante, posteriormente se promulgó una serie de normas que fueron evolucionando hasta llegar a aquellas vigentes en contratación pública: la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

Así pues, observemos esta evolución normativa en el siguiente gráfico:

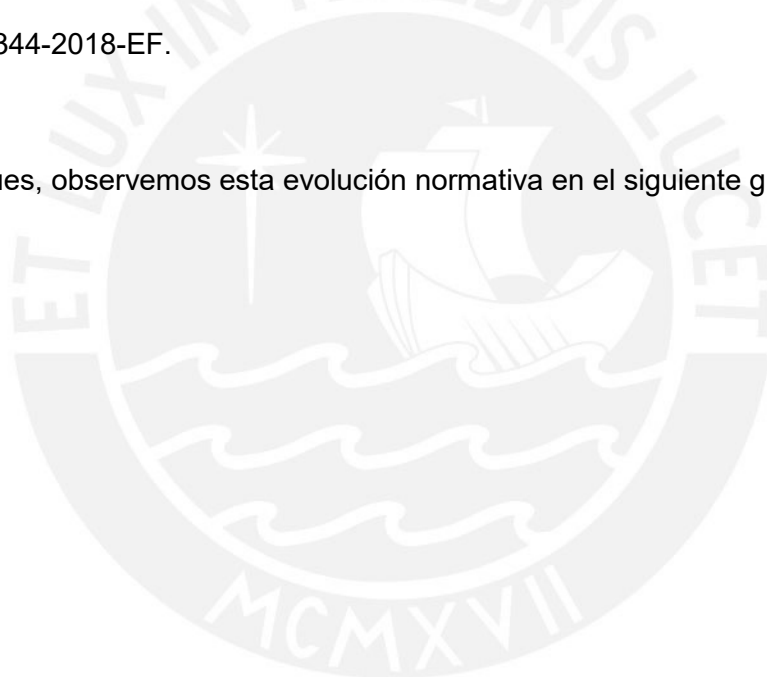
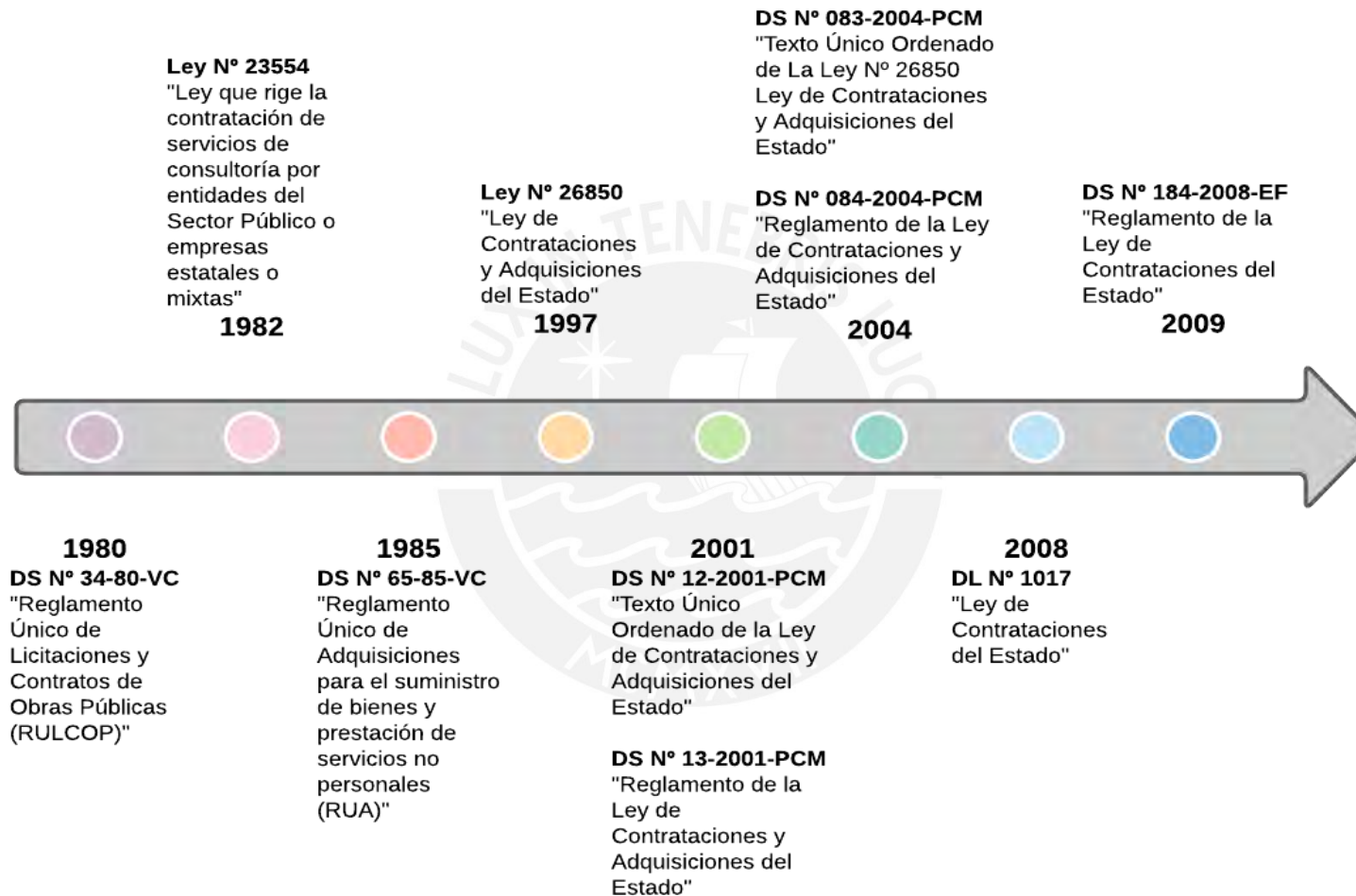
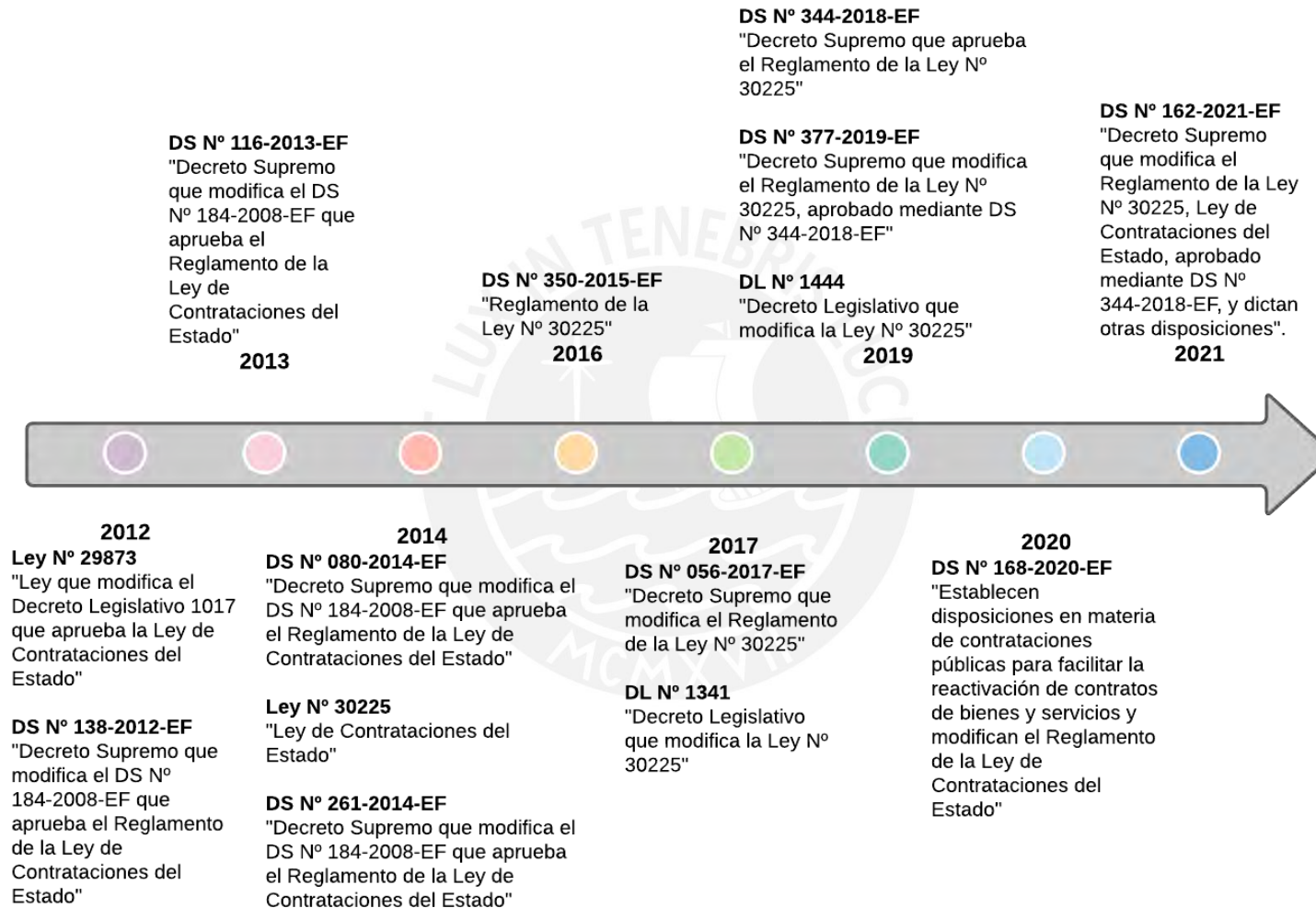


Gráfico 5: Línea de tiempo de la normativa de contratación pública (1980-2009)



Elaboración propia.

Gráfico 6: Línea de tiempo de la normativa de contratación pública (2012-2021)



Elaboración propia.

En ese sentido, es recién hacia finales de 1980 que se publica el Decreto Supremo N° 034-80-VC, que aprueba el Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas.

No obstante, en razón al contexto de la “huida del Derecho Administrativo” al Derecho Privado, se dio inicio al denominado arbitraje administrativo. Al respecto, debemos resaltar lo dispuesto por las Constituciones Políticas de 1979 y de 1993.

La Constitución Política de 1979 señala en su artículo 136 que “el Estado y las personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de contratos con extranjeros a tribunales judiciales o arbitrales constituidos en virtud de convenios internacionales de los cuales es parte el Perú”.

Por su parte, la Constitución Política de 1993 señala en su artículo 63 que “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”.

De los textos citados podemos inferir que en 1979 todavía se reservaba el arbitraje para aquellos contratos celebrados con personas jurídicas extranjeras, mientras que desde 1993 se abrió la posibilidad de que el Estado someta sus controversias a los tribunales arbitrales nacionales.

En noviembre de 1992 se promulgó el Decreto Ley N° 25935, Ley General de Arbitraje, en el cual se estableció el rol del Estado en este aspecto:

Artículo 1.- (...)

Pueden igualmente someterse a arbitraje (...) las pretensiones y controversias referentes a bienes muebles o inmuebles o a obligaciones del Estado y de sus dependencias, de los Gobiernos Central, Regional y Local, y de las demás personas de Derecho Público, **siempre que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado o de naturaleza contractual. En estos casos el arbitraje será necesariamente de derecho.**

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Este decreto ley reguló el arbitraje para el Estado, de manera limitada, pues estableció presupuestos que debían cumplirse para habilitar esta vía jurisdiccional. La condición que se dispuso en dicha normativa se centró en que se tratara de controversias derivadas de naturaleza contractual o que deriven de una relación jurídica patrimonial de derecho privado.

Posteriormente, la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, estableció respecto al arbitraje del Estado, lo señalado a continuación:

Artículo 2.- Arbitraje del Estado.-

*Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, **las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país**, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.*

(...)

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Del texto citado podemos inferir que en 1995 el Estado estableció de manera más clara la posibilidad de que se resuelvan controversias que surjan de los contratos entre la Administración Pública y los particulares, sean nacionales o extranjeros domiciliados, a través del arbitraje. Igual habilitación se otorgó para las controversias nacidas de contratos entre las personas jurídicas de Derecho Público y los privados.

Después, la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, instauró la cláusula obligatoria del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en los contratos de obra:

Artículo 41.- *Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:*

(...)

b) *Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.*

(El subrayado es nuestro)

Así nació la famosa cláusula obligatoria para los contratos del Estado, en aplicación de la cual se podía resolver discrepancias mediante arbitraje.

El artículo 53 del mismo cuerpo legal reforzó la idea del arbitraje obligatorio en materia estatal:

Artículo 53.- Solución de controversias

(...)

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.

(El subrayado es nuestro)

Sobre este punto, cabe precisar que actualmente el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 dispone que el arbitraje será la vía por la cual se solucionarán las controversias suscitadas en materia pública. Se prevé también la conciliación, pero debemos tener presente que, si no se llegara a conciliar, la controversia se solucionará necesariamente en arbitraje.

En el artículo 45 del referido cuerpo normativo se señala que:

Artículo 45. Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad Hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

(...)

(El subrayado es nuestro)

A este respecto, resulta importante recordar (pues ya lo hemos señalado en dos ocasiones) que, pese a que la normativa vigente señala que las partes pueden optar entre la conciliación y el arbitraje, el Estado casi nunca concilia, por el temor de los funcionarios públicos de ser sancionados por los órganos de control en sus respectivas entidades.

Es por ello que las personas que representan al Estado como parte en un contrato público, prefieren tomar decisiones que podrían llevarlos a arbitrajes innecesarios, a efectos de que estas mismas decisiones sean dictadas a través de laudos emitidos por los Tribunales Arbitrales y, así, evitar todo tipo de responsabilidad frente a los órganos de control (Guzmán- Barrón & Zúñiga, 2014, p. 99). Sobre este punto volveremos en la sección 3.2. del presente capítulo.

Al iniciar la presente sección, partimos de la disposición legal que señala que existen diversos mecanismos de solución de conflictos. Pese a ello, se ha evidenciado que, en la práctica, el arbitraje es el mecanismo que se utiliza por la Administración Pública y los particulares, en caso no se llegase a solucionar la controversia a través de conciliación, mecanismo usualmente contemplado como paso previo u opcional al arbitraje. Pero es evidente que si no hay acuerdo sobre la controversia, el reclamante tendrá que hacer valer su derecho en arbitraje. Sencillamente no tendrá otro camino.

Esta premisa se encuentra fuertemente vinculada a lo que se conoce en doctrina como el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Este fenómeno jurídico nos permite afirmar la utilización de mecanismos privados en tareas que antes exclusivamente se encontraban a cargo del Estado. Así pues, en el Perú, la

obligatoriedad del arbitraje en contratación pública supuso una manifestación de este fenómeno.

En las siguientes líneas, buscaremos responder en qué medida el arbitraje constituye un fenómeno de la huida del Derecho Administrativo peruano. Ello nos permitirá estudiar cómo se originó el sistema arbitral y cuáles fueron los principales motivos para su creación y habilitación en la contratación pública de en nuestro país.

3.1.2.1. Origen del Arbitraje en los contratos con el Estado: ¿fenómeno de la huida del Derecho Administrativo?

El fenómeno en cuestión es definido por Martín-Retortillo (1996, p. 25) como el abandono de procedimientos de actuación administrativa para dar paso a la utilización de fórmulas de Derecho Privado. En ese sentido, diversas funciones y cometidos de inequívoco carácter público van a ser ejercidos por la Administración conforme a procedimientos jurídico-privados, o van a remitirse a organizaciones de carácter privado que, naturalmente, los desempeñan conforme a esos mismos procedimientos.

En palabras de José Carlos Laguna de Paz, la sumisión de la Administración Pública al derecho privado resulta problemática, pues la elección de las formas y regímenes jurídicos privados no permite garantizar los principios públicos necesarios en toda actuación de la Administración. Por tanto, el peligro consistiría en la posibilidad que la Administración Pública se refugie en el derecho privado para escapar de las vinculaciones que el derecho público específicamente ha creado para ello (Laguna de Paz, 1995, p. 204-205).

Así pues, el fenómeno de la huida del Derecho administrativo nos lleva a pensar si en un Estado de Derecho, con el argumento de una mayor eficacia de gestión, es posible cancelar exigencias y vinculaciones, que es a lo que, básicamente, conduce el recurso a las fórmulas jurídico-privadas (Martín-Retortillo, 1996, p. 38).

Fritz Fleiner, citado por Martín-Retortillo, calificó como “huida del Derecho Administrativo” al fenómeno “despublicador”, mostrado en el recurso de la Administración hacia formas privadas, cobrando una inusitada dimensión, donde ya no se huye solo del Derecho Administrativo sino de los resguardos y garantías para encauzar la actividad administrativa (1996, p. 21).

En la Europa de la década de los ochenta, comenzaron los intentos de eludir el Derecho Administrativo y recurrir al Derecho Privado, debido al crecimiento desmesurado de la sociedad frente a un Estado incapaz de aportar soluciones (Espulgues, 2018, p. 64-65).

El Derecho Administrativo en el Perú, siguiendo el modelo español y a su vez el francés, se construyó y consolidó basado en un régimen de prerrogativas a favor de la Administración en su calidad de garante del interés público.

Al respecto, cabe precisar que esta construcción no ha sido estática, sino que ha experimentado paulatinamente una evolución respecto a su configuración inicial. Es así que para algunos autores como Carla Espulgues (2018, p. 65) dicha evolución se ha orientado hacia una aplicación indiscriminada del Derecho Privado.

Sobre este punto, consideramos que no se trata de un alejamiento total del Derecho Público y Derecho Administrativo hacia el fuero privado, puesto que las

formas, procesos y garantías inherentes al Estado no han sido dejados de lado para aplicar solamente el Derecho Privado.

Podemos afirmar que el alcance de lo público en la evolución del Derecho Administrativo se está produciendo por un fenómeno natural de asunción por parte de la sociedad de funciones propias del Estado, al cual se le conoce como “autorregulación privada” (Espulgues, 2018, p. 69).

No obstante, ello no implica que el Estado no deba velar por el interés público ni dejar de otorgar garantías para proteger los recursos que se utilizan para llevar a cabo la contratación pública.

En el caso de los arbitrajes en contratación pública, pasamos de someter los conflictos al razonamiento y juicio de un magistrado, a los conocimientos y especialización de un árbitro. Si bien resulta evidente que parte de la sociedad está asumiendo funciones propias del Estado, no se trata de personajes parcializados, que necesariamente van a favorecer al privado, sino de profesionales cuya labor debe ser tan reconocida como la de un juez, y que cuenta con el respectivo respaldo constitucional.

En tal sentido, advertimos que el Derecho Administrativo y el Derecho Público no pueden entenderse como un paquete de normas aplicables únicamente al Estado. Ni tampoco el Derecho Privado como normas aplicables solamente a los particulares. No sería razonable dividir lo público de lo privado, pues sería como vivir en dos mundos paralelos sin coexistencia. Sabemos que en realidad siempre hay vinculación entre estas ramas del Derecho, a efectos de satisfacer las necesidades básicas de la población.

Por tanto, debe insistirse en la posibilidad de aplicación de estas normas entre sí, puesto que cada vez surgen más normas de Derecho Administrativo y Derecho Público que están dirigidas tanto al Estado como a los particulares (Espulgues, 2018, p. 69-70).

En las últimas décadas, la evolución del Derecho Público se ha visto reflejada en el fenómeno de la privatización de la justicia. Ante esta situación, nace la necesidad de incorporar a esta rama del Derecho nuevos mecanismos de resolución de conflictos, entre los cuales destaca el arbitraje.

Se trata de la incorporación de un nuevo concepto de justicia administrativa, la cual ofrece una “*multy-doors justice*”. Los administrados e incluso las propias entidades pueden gestionar sus conflictos buscando la vía o el medio más adecuado a cada caso en concreto (Espulgues, 2018, p. 139-140).

Ese sería el caso de los medios alternativos de solución de conflictos propuestos en la normativa de contratación pública peruana. La conciliación, el arbitraje y las Juntas de Resolución de Disputas, son algunos ejemplos de las vías que el Estado y los privados pueden escoger para solucionar sus controversias.

Sin perjuicio de ello, en algunos casos se ha cuestionado el carácter jurisdiccional del arbitraje por diversos motivos, siendo uno de ellos la ausencia de fuerza ejecutiva de los laudos. No obstante, ello no invalida la esencia de un acto jurisdiccional.

El arbitraje representa un mecanismo privado, el cual podría generar dudas respecto de quién tiene derecho y quién no a resolver controversias, de acuerdo a su juicio. Cabe precisar que tanto en un proceso judicial, como en un proceso arbitral, es un tercero autorizado por ley, quien se encarga de dirimir el conflicto.

En ese sentido, el nacimiento del arbitraje y la emisión de laudos, no implica que el Estado renuncie a la prerrogativa ejecutiva de la justicia, sino que ejecutará lo que es justo, luego de un proceso llevado a cabo, privada o públicamente (Castillo & Vásquez, 2006, p. 49).

Sobre el particular, debemos advertir que el término “huida” representa un escape, como referencia a la evasión del Derecho Público hacia los fueros privados. Pero no podríamos arribar en el Perú a similar conclusión, en la medida de que la estructura del Derecho Administrativo y del Derecho Público sigue siendo sólida y los recursos a que había lugar en la legislación previa al arbitraje siguen existiendo.

Al respecto, debemos tomar en cuenta que la Administración Pública habrá de sujetarse a una serie de principios. Así pues, la cuestión estriba en determinar si la aplicación del derecho privado sobre pretexto de conseguir una mayor eficacia en su actuación constituye o no un intento de huir de los procedimientos y principios que han de regir la actuación pública con una consiguiente merma de garantías, es decir, si la “huida del derecho administrativo” es además una “huida del derecho” (Del Saz, S., 1994, p. 74).

La huida del derecho administrativo hacia el fuero privado se muestra como una manifestación en la cual no hay control por parte de la Administración Pública, lo que ocasionaría la vulneración de las garantías. Asimismo, debemos recalcar que —

en otros países como España— esta huida se concibe como un fenómeno totalizador, en el sentido de que se huye de la Administración Pública para refugiarse en el derecho privado y realizar una aplicación indiscriminada de este último.

El arbitraje en el Perú no constituye un mecanismo de solución de controversias que se encuentre exento de regulación, más aún si se trata del arbitraje en contratación pública. Es sabido que la normativa en este tema es específica. En este caso, el arbitraje no contemplaría una huida del derecho administrativo hacia el derecho privado en un cien por ciento, puesto que no se está dejando de lado el Poder Judicial, el cual constituye la vía ordinaria para la resolución de conflictos.

En materia de contratación pública, toda controversia que se genera en la etapa pre contractual se resuelve en la vía contencioso - administrativa del Poder Judicial. No obstante, para los casos de controversias que deriven de la ejecución de contratos públicos, estos son resueltos en la vía arbitral. Es por ello que consideramos que el arbitraje no es completamente un fenómeno de la “huida del derecho administrativo”, de tal manera que podría interpretarse que es la manifestación de una “huida parcial”. No se deja a los privados el manejo de la solución de controversias en este tipo de contratos en su totalidad. Dependerá de la fase de la contratación pública en la que nos encontremos para que los conflictos que se deriven de una u otra fase se resuelvan a través del contencioso - administrativo del Poder Judicial o del arbitraje.

Por consiguiente, de lo que sí puede hablarse es de la voluntad del Estado peruano desde la década de los noventa, de fomentar la inversión nacional y extranjera, de modo tal que el desarrollo de la economía se base fundamentalmente en el esfuerzo y riesgo de los particulares y no en arriesgar recursos estatales.

Entonces, la adopción del arbitraje como medio de solución de controversias constituye una manifestación de esa apertura económica al sector privado y, de ninguna manera, un debilitamiento del Derecho Público.

3.1.2.2. *Naturaleza jurídica del Arbitraje*

El arbitraje constituye un medio de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, las cuales —mediante la conclusión de un convenio arbitral— confían la solución de un litigio a un tercero imparcial elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. En ese sentido, el arbitraje tiene como fundamento el derecho de defensa de las partes y el Principio de Igualdad (Collantes, 2011, p. 93).

Entre partes privadas, el arbitraje tiene carácter consensual, pues se basa en la cultura del acuerdo. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir a los tribunales ordinarios (Collantes, 2011, p. 93).

En palabras de Mario Castillo y Ricardo Vásquez, el arbitraje es una manera reaccionaria de administrar justicia, puesto que todo aquello que no funciona —y la centralización de la función jurisdiccional del Estado está atascada hace mucho, incapaz de solucionar los problemas que el hombre presente y sus circunstancias le plantean— da lugar a una reacción (2006, p. 50).

Podemos decir, como lo hace Fernando de Trazegnies (1989, p. 546 - 547), que el arbitraje se muestra como respuesta ante una decepción de la teoría de la hegemonía del Poder Judicial, debido a la congestión de causas en los tribunales y la

ineficiencia que resulta de ello, las complejidades de la vida comercial moderna que exigen muchas veces conocimientos económicos o tecnológicos avanzados para entender el meollo de una controversia.

En términos generales y no centrados en la administración pública, existe un debate doctrinal en torno a la naturaleza del arbitraje, que ha dado lugar al surgimiento de diferentes teorías:

- (i) las contractualistas o privatistas: ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad, equiparable a lo que sucede en cualquier contrato;
- (ii) las jurisdiccionalistas o procesalistas: asimilan las funciones de los árbitros a las del órgano judicial, sobre todo, basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales;
- (iii) las intermedias o sintéticas: mezclan las dos anteriores.

Esta última teoría ha sido rebautizada por Mario Castillo y Ricardo Vásquez como Teoría Realista del Arbitraje. En esta tesis ellos sostienen que es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar, en la medida de que los particulares deciden someter sus conflictos al arbitraje, de manera que solamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato que faculte la actuación de los árbitros (2006, p. 48).

Asimismo, esta teoría resalta el objeto y gracia del arbitraje. Este mecanismo alternativo de solución de controversias se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados como actos de carácter jurisdiccional, a efectos de que los árbitros tengan la fuerza definitiva de las resoluciones judiciales, como si fueran una sentencia (Castillo & Vásquez, 2006, p. 48).

No obstante, para efectos de la presente investigación, es preciso señalar el origen del arbitraje en materia de contrataciones del Estado. En 1997 se promulgó la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, la misma que entró en vigencia el 29 de septiembre de 1998, a través de la cual se dispuso por primera vez la obligatoriedad del arbitraje en los contratos del Estado:

Cláusulas obligatorias en los Contratos de Adquisición y Contratación

Artículo 41.- Los contratos de obras, de adquisición de bienes o contratación de servicios, incluirán necesariamente y bajo responsabilidad, cláusulas referidas a:

(...)

b) Cláusula de Solución de Controversias: **Cuando en la ejecución o interpretación del contrato, en los casos de Licitación Pública y Concurso Público, surja entre las partes una discrepancia, ésta será definida mediante arbitraje que se sujetará a lo establecido en la Ley N° 26572.** El arbitraje será decidido por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados; en ambos casos, por acuerdo de las partes y a falta de éste será designado por el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Al respecto, consideramos importante señalar que el arbitraje en contratación pública nació como una cláusula obligatoria para los contratos de obra, de bienes o servicios. Este cambio normativo se da hacia finales de la década de los noventa, por lo que también representa una medida que tomó el gobierno de turno para promover la economía e incentivar a los privados a invertir en el Estado y animarlos a contratar con él. Ahora sabemos que una de las formas para que los privados tuvieran una garantía, era pactar estos términos en el contrato administrativo.

A este respecto, cabe resaltar que la citada disposición normativa fue sustituida por el artículo 1 de la Ley N° 27330, publicada el 26 de julio de 2000. Dicha modificación entró en vigencia el 29 de diciembre de 2004, y su texto es el siguiente:

(...)

b) *Cláusula de Solución de Controversias: Cuando en la ejecución o interpretación del contrato surja entre las partes una discrepancia, **ésta será definida mediante el procedimiento de conciliación extrajudicial o arbitraje, según lo acuerden las partes.***

(...)

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Del texto citado podemos inferir que la novedad que trajo el alumbramiento de un nuevo siglo fue la presentación de la conciliación extrajudicial como mecanismo de solución de controversias en los contratos públicos. Es decir, ya no solo se contaba con el arbitraje como mecanismo alternativo al Poder Judicial, sino que también se podía evitar llegar a estas vías y preferir arribar a un acuerdo con la contraparte.

En esa misma línea, la referida normativa de contrataciones del Estado dispuso que las controversias que puedan surgir en la etapa contractual, referidas a la ejecución o interpretación del contrato, se deberán resolver a través del arbitraje o la conciliación:

Artículo 53.- Solución de controversias

Durante el proceso de selección las Entidades están en la obligación de resolver las solicitudes y reclamaciones que formulen los postores con arreglo a las normas de esta Ley y del Reglamento. El Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado constituye la última instancia administrativa y sus resoluciones son de cumplimiento y precedente administrativo obligatorio.

Las controversias que surjan sobre la ejecución o interpretación del contrato se resolverán obligatoriamente mediante los procedimientos de arbitraje o conciliación. *Si la conciliación concluyera con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someterse a arbitraje para que se pronuncie sobre las diferencias no resueltas o resuelva la controversia definitivamente.*

El arbitraje será resuelto por un árbitro único o por un Tribunal Arbitral designados de conformidad a lo que establezca el Reglamento.

El laudo arbitral será inapelable, definitivo y obligatorio para las partes.

Asimismo se comunicará de inmediato al Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones, quien impondrá las sanciones correspondientes.

Los procedimientos de conciliación y arbitraje se sujetarán supletoriamente a lo dispuesto por las leyes de la materia.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Posteriormente 5 de enero de 1996, se publicó la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, a través de la cual se precisó los siguientes aspectos sobre el arbitraje del Estado:

Artículo 2.- Arbitraje del Estado.-

Pueden ser sometidas a arbitraje nacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los contratos que celebren el Estado Peruano y las personas jurídicas de derecho público con nacionales o extranjeros domiciliados en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Para los efectos de este artículo, el Estado comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje nacional.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

La Ley N° 26572 dispuso —para el arbitraje con el Estado— que no se necesitaba de autorización previa. Con ello, el Estado Peruano, las personas jurídicas de derecho público, así como los nacionales o extranjeros domiciliados en el país que celebren contratos administrativos, podrán recurrir al arbitraje.

Otro de los puntos más relevantes fue la disposición contemplada en el artículo 4 de la Ley, relacionada a la intervención del Poder Judicial, mediante la cual se

estableció que las partes podrán someterse en modo exclusivo y excluyente a la jurisdicción arbitral, salvo pacto en contrario.

En lo referido al arbitraje del Estado, se dispuso que las controversias derivadas de los contratos que celebre el Estado Peruano con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán ser sometidas a arbitraje internacional:

Artículo 92.- Arbitraje del Estado.-

Pueden ser sometidas a arbitraje internacional dentro o fuera del país, libremente y sin requisito de previa autorización, **las controversias derivadas de los contratos que el Estado Peruano y las personas de derecho público celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados**, así como las que refieren a sus bienes.

Tratándose de actividades financieras, el arbitraje internacional podrá desarrollarse dentro y fuera del país, inclusive con extranjeros domiciliados.

Para los efectos de este artículo, el Estado Peruano comprende el Gobierno Central, los Gobiernos Regionales y Locales y sus respectivas dependencias.

Las empresas estatales de derecho privado o de economía mixta pueden acordar libremente y sin requisito de previa autorización que las controversias derivadas de los contratos que celebren con nacionales o extranjeros no domiciliados o que se refieran a sus bienes, sean sometidos a arbitraje internacional dentro o fuera del país.

En todos los supuestos, el arbitraje deberá realizarse ante una institución arbitral de reconocido prestigio o ante árbitros designados en procedimientos contemplados en tratados, que formen parte del derecho nacional.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

A diferencia de la norma anterior, que regulaba el artículo 92 de la Ley General de Arbitraje, en la modificación normativa se incorporó la disposición para que todo arbitraje deba realizarse ante una institución arbitral de buen nombre. En este punto, se inició la tarea de institucionalizar el arbitraje, característica que al día de hoy sigue fortaleciéndose.

Adicionalmente, resulta oportuno advertir acerca de una modificación relacionada al grado de intervención del Poder Judicial:

Artículo 97.- Alcance de la intervención del Poder Judicial.- En los asuntos que se rijan por la presente Sección, no intervendrá ninguna autoridad o instancia del Poder Judicial salvo en los casos que expresamente así se disponga.

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Nuevamente, ante estos casos de sometimiento a arbitraje, la intervención del Poder Judicial queda restringida, salvo en lo que respecta al recurso de anulación de laudo, a medidas cautelares ante proceso y, raras veces, a la actuación de medios probatorios.

El arbitraje nació como un mecanismo de solución de conflictos que se derivan de contratos privados, partiendo de la premisa de respeto por la autonomía de voluntad de las partes. No obstante, la justicia privada fue reconocida constitucionalmente como jurisdicción, equiparando la labor de los magistrados a la de los árbitros.

A lo largo del desarrollo normativo del arbitraje con el Estado, hemos podido evidenciar que la intervención del Poder Judicial en los conflictos que atañen los contratos administrativos es cada vez menor y más acotada. Ello genera que el arbitraje libere de carga procesal a los tribunales ordinarios, quienes se ocupan de otras materias.

3.1.2.3. *El Arbitraje Institucional*

El arbitraje institucional es aquel que se sigue ante un centro de arbitraje. Tradicionalmente, se ha considerado que este tipo de arbitraje es el más confiable, en la medida de que la institución otorgaría las seguridades de un manejo profesional en la administración del caso, así como una nómina de árbitros debidamente evaluados, a efectos de que puedan ejercer tal función en el respectivo centro.

No obstante, esto no necesariamente es así, en la medida de que, no todos los centros de arbitraje pueden ser catalogados de manera óptima, de modo tal que en el Perú encontramos centros de arbitraje de mucho prestigio y con un gran número de procesos en giro (como el de la Cámara de Comercio de Lima y el de la PUCP), a la par que otros centros arbitraje de reciente o antigua creación que administran muy pocos casos, reflejo, probablemente, de su escaso prestigio en la sociedad.

Existe en el medio arbitral la difundida idea de que los arbitrajes institucionales ofrecen más garantías que los arbitrajes ad-hoc. Esto, naturalmente, se presentará cuando estemos frente a un centro de arbitraje de primer nivel. Las leyes de contrataciones del Estado promulgadas desde el Gobierno del Presidente Pedro Pablo

Kuczynki, optaron por establecer como regla, en materia de contratación pública, el arbitraje institucional, relegando el ad-hoc para las controversias de escasa cuantía²².

Resulta difícil contar con una estadística en el Perú acerca del número de procesos que manejan los centros de arbitraje, habida cuenta de que por lo general dicha información tiene carácter reservado.

No obstante, hemos accedido a los datos publicados por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP (CARC-PUCP), el mismo que concentra la mayor cantidad de arbitrajes relativos a contratación pública en nuestro medio.

La tabla es la siguiente:

Tabla 3: Arbitraje en contratación pública

Año	Arbitraje Civil/Comercial	Contratación con el Estado (Ley)	Contratación con el Estado 2 (No Ley)	Total
2002	1	0	0	1
2003	0	7	0	7
2004	1	2	0	3
2005	3	10	0	13
2006	3	9	1	13
2007	4	7	0	11
2008	2	9	0	11
2009	7	43	2	52
2010	4	33	1	38
2011	5	35	14	54
2012	9	67	14	90
2013	11	65	14	90
2014	5	151	13	169
2015	14	183	94	291
2016	16	221	81	318
2017	26	213	53	292
2018	27	342	53	422

²² El Decreto Supremo N° 056-2017-EF, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, y el Decreto Supremo N° 377-2019-EF, que modifica el Reglamento de la Ley N° 30225, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

2019	20	436	29	485
Total	158	1833	369	2360

Fuente: Elaboración propia. Datos obtenidos del SIGEDA (Sistema de Gestión de Datos de Arbitraje) del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP, a enero del 2020.

Antes de concluir este acápite, debemos señalar que, como muchos contratos de los cuales se han generado controversias han sido celebrados antes de la normativa que impuso la regla del arbitraje institucional en la contratación del Estado, todavía siguen existiendo procesos en giro de naturaleza ad-hoc y de relevancia patrimonial, pero, sin duda, se trata de una especie en extinción.

Estas consideraciones resultan importantes, a nuestro juicio, para poder luego analizar si el arbitraje debe seguir siendo el medio de solución de las controversias derivadas de la contratación pública.

3.2. Las dos caras de la moneda de la contratación pública: Poder Judicial y Arbitraje

No podemos dejar de resaltar la importancia del sustento constitucional que envuelve al arbitraje. El artículo 63 de la Constitución señala que las controversias que puedan surgir de la relación contractual con el Estado, se pueden someter al arbitraje. Veamos a continuación:

Artículo 63.- *La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son*

libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas. En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. **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.**

(El resaltado y subrayado es nuestro)

Del texto precitado podemos inferir que los conflictos derivados de las relaciones contractuales se someten a la ley. En ese sentido, se habilita la opción para el Estado y para el privado de activar el arbitraje, sin que ello implique una pérdida de las prerrogativas —reconocidas en la ley— de la Administración Pública.

En el capítulo primero hemos realizado un análisis sobre la implicancia de las prerrogativas en los contratos administrativos y de qué manera influyen como criterio diferenciador para determinar si las controversias pueden ser materia arbitrable o no.

Después de haber descrito cómo se resuelven las controversias en materia de contratación pública, desde el Poder Judicial hasta los cambios normativos del arbitraje, es momento de colocar a ambas jurisdicciones en una balanza para analizar los puntos a favor y los puntos en contra de cada uno.

3.2.1. *¿Sigue siendo el arbitraje la vía idónea para resolver conflictos en materia de contratación pública?*

Responder esta pregunta no es fácil. Para ello tendríamos que hacer un análisis de cómo sería tal resolución de conflictos en el Poder Judicial, comparando cada rubro con el arbitraje.

Para tal efecto, hemos agrupado nuestras consideraciones en diversos puntos de referencia necesaria:

3.2.1.1. *Base constitucional*

Sobre este punto, no encontramos una diferencia sustancial entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral. Ello, en la medida de que ambas jurisdicciones están recogidas por la Constitución Política del Perú. Esto resulta muy importante, pues tanto las sentencias firmes como los laudos firmes quedarán expeditos para su ejecución, pues se trata de mandatos de autoridad de obligatorio cumplimiento.

Como todos sabemos, las sentencias y los laudos deberían cumplirse voluntariamente, por la parte perdedora, pero por lo general será necesario recurrir a la ejecución judicial de las sentencias y a la ejecución de los laudos arbitrales, considerando la usual falta de respeto a las órdenes de los tribunales tanto judiciales (sentencias) como arbitrales (laudos).

3.2.1.2. *Duración del proceso*

Los procesos contenciosos administrativos son resueltos en el Poder Judicial, en dos instancias, pudiendo recurrirse en casación. Ello equivale a decir que el proceso contencioso administrativo puede terminar siendo, de seguro, uno de los de mayor duración.

No obstante, un análisis serio sobre esta materia tendría que partir por desarrollar la hipótesis de que los procesos derivados de la contratación pública fuesen resueltos por el Poder Judicial a través de procesos de naturaleza especial que respeten la pluralidad de instancias, pero que prescindan del recurso de casación, lo que equivaldría decir que los juicios serían más cortos, situación que acercaría, en alguna medida, este rubro al arbitraje.

Además, así como hace ya varios años se crearon las salas y juzgados comerciales, podrían constituirse en el Poder Judicial salas y juzgados especializados en conocer los conflictos derivados de la contratación pública, con lo cual los procesos podrían incluso durar menos. Estas consideraciones deben ser tomadas en cuenta frente al arbitraje, que tiene una duración mucho más corta que los procesos judiciales.

No resulta posible decir cuánto demora un proceso judicial contencioso administrativo, ni cuánto demora un arbitraje, dado que no disponemos de las cifras pertinentes para exhibir promedios, no obstante ser criterio generalizado el que los arbitrajes duran menos.

A pesar de ello, no debe perderse de vista que los procesos arbitrales generalmente no terminan con el laudo o con las resoluciones que lo interpreten,

rectifiquen, integren o excluyan; habida cuenta de que resulta común que los litigantes perdedores acudan al Poder Judicial vía recurso de anulación de laudo.

Decimos esto, pues considerando lo que acabamos de señalar, la duración de los procesos arbitrales toma un tiempo mayor al esperado. Para finalizar este punto, es bueno decir que la duración de los arbitrajes en general, ha disminuido notoriamente desde que, con ocasión de la pandemia, se establecieron reglas para su desarrollo virtual, habiendo disminuido de manera notable los plazos y la duración de determinadas etapas del proceso.

3.2.1.3. *Especialidad*

Uno de los puntos que se señala para distinguir el arbitraje del Poder Judicial en materia de contratación pública, consiste en que los tribunales arbitrales deben estar compuestos por personas que tengan especialización en temas de contratación del Estado, Derecho Administrativo y arbitraje, tal como dispone el artículo 45 de la Ley N° 30225 y su reglamento.

Esta especialidad no está presente en los jueces, que conocen materias de diversa naturaleza. No obstante, ello no sería definitivo, pues, como expresamos en el acápite anterior, el tema de la especialidad de los jueces podría ser salvado con la creación de una especialidad en materia de contratación pública.

En ese sentido, la comparación que venimos realizando, la hacemos con respecto a la normativa y características actuales del Poder Judicial. Eso significa, en síntesis, que las partes de un proceso derivado de la contratación pública, deberían

considerar que tienen más garantías en la vía arbitral que, hipotéticamente, en el Poder Judicial.

3.2.1.4. Los costos del proceso

El arbitraje constituye un mecanismo que se caracteriza por ser más caro, en comparación a las tasas que se debe pagar por llevar un proceso en el Poder Judicial.

No obstante ello, debemos erradicar el mito que consiste en que el Poder Judicial es barato, cuando ello no se condice con la realidad. Los juicios en vía contencioso administrativa, por un promedio de cuatro años y medio, pueden llegar a costar varias decenas de miles de dólares, no por las tasas judiciales, sino por los honorarios de la defensa legal que se contrate. Asimismo, si traducimos cuál sería el estimado de pérdida que nos costaría los años en espera de obtener y ejecutar una sentencia favorable en un proceso judicial, los costos para un inversionista serían sumamente altos.

En adición a lo expuesto, resulta claro que los aranceles de administración de los centros de arbitraje y los honorarios de los árbitros, en materia de contratación pública, van a regirse por las tablas de obligatorio cumplimiento establecidas al respecto. Pero más allá de eso, sería indebido extraer como conclusión el que los arbitrajes objetivamente cuestan más por estos aranceles de las instituciones arbitrales y por los honorarios de los árbitros.

No olvidemos que en el arbitraje vamos a acortar tiempos con respecto al Poder Judicial y ese ahorro de tiempo y de esfuerzo también debe ser considerado para la valoración de los costos.

Dentro de tal orden de ideas, consideramos que, finalmente, no distarán mucho los costos en un caso y otro. Finalmente, los honorarios de los estudios de abogados son de lo más variados y no existe, *a priori*, una razón determinante que nos lleve a concluir que los honorarios para la defensa de un arbitraje, serán más altos que aquellos relativos a la defensa en un proceso judicial. Ellos generalmente serán establecidos por los estudios de abogados y los clientes en razón de diversos factores, tales como la cuantía en conflicto, las horas que se destinarán al conocimiento del asunto, honorarios de éxito, etc.

3.2.1.5. *Transparencia*

Tradicionalmente se tiene la idea de que los procesos judiciales son de conocimiento público, en tanto que los procesos arbitrales se rigen por la confidencialidad. Pero esto no es necesariamente así.

Es verdad que el desarrollo de los procesos judiciales podría ser objeto de revelación y, además, es claro que las audiencias de informes orales en los procesos judiciales son públicas, de tal manera que puede asistir a ellas, cualquier interesado.

Los arbitrajes en materia de contratación pública, en cambio, se desarrollan de manera privada, lo que equivale a decir que el contenido de aquello que se actúa en el proceso no será de conocimiento público hasta que se cumpla con el deber legal de publicar el laudo en la página web del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.

Por lo demás, resulta conveniente que el desarrollo de un proceso, sea judicial o arbitral, no esté contaminado por la injerencia ni de la sociedad ni de los medios de prensa, para condicionar a los jueces o árbitros que van a resolver la materia.

Una ventaja muy grande de los arbitrajes es que los árbitros, por lo general, desarrollan el proceso y laudan sin este tipo de presiones, lo que representa una notable ventaja sobre los jueces de la jurisdicción ordinaria. Creemos que la única presión que debe tener un juzgador para resolver un caso es la derivada de la ley y de su conciencia. Cualquier otra puede distorsionar su decisión.

Como argumento contrario a lo expuesto, se podría decir que los árbitros tendrían un menor control por parte de la sociedad, por lo menos antes de emitir sus laudos. Esto es cierto, pero ello resulta connatural a los procesos arbitrales en el mundo entero y es, precisamente, una de las ventajas notorias del arbitraje sobre el Poder Judicial.

3.2.1.6. Corrupción

Es muy difícil conocer si existe mayor corrupción en el Poder Judicial o en el arbitraje. Para tal efecto, resultaría necesario efectuar un estudio en donde se recopilen las sentencias condenatorias firmes tanto de jueces, secretarios de justicia, auxiliares, etc., y de árbitros o de secretarios arbitrales.

Además, habría que hacer una consideración en ese estudio relativa a la magnitud o tamaño del Poder Judicial, con respecto a los del arbitraje. En ese sentido, no cabe duda de que el Poder Judicial es mucho más grande que todos los tribunales

arbitrales del Perú juntos, refiriéndonos, claro está, al número de causas bajo su conocimiento.

No se trata pues de establecer rankings de honestidad ni de corrupción, sino de advertir al medio jurídico para que siempre esté alerta con respecto al recto desarrollo de los procesos judiciales y arbitrales. Por lo demás, no creemos que pueda trazarse una línea divisoria entre el arbitraje y el Poder Judicial en lo que respecta a la conducta de sus respectivos agentes.

Decimos esto, en la medida de la clara existencia de infinitos vasos comunicantes entre ambas áreas de administración de justicia. No tendría por qué sorprendernos el desarrollo de la corrupción en el arbitraje, pues los actores en uno y otro sector de la administración de justicia son fundamentalmente los mismos (M. Castillo comunicación personal, 13 de junio de 2021).

Conforme se ha mencionado en el segundo capítulo de esta investigación, el problema de la corrupción es un mal que aqueja —no solo a nuestro ordenamiento jurídico— sino también a la mayoría de gobiernos en el mundo. Por tal razón, no consideramos que esta tara deba ser atribuida solamente a las fallas que puedan suscitarse en nuestro sistema de justicia (ya sea el judicial o el arbitral), más bien constituye un problema de operadores que de normas jurídicas. En otras palabras, debemos diferenciar el modelo jurídico de las personas encargadas de aplicar o interpretar las normas, siendo estas últimas las que originan la corrupción.

3.2.1.7. Mala planificación y ejecución de los contratos

Cuando se piensa en las controversias que se generan en los contratos públicos, se podría inferir que los problemas que se encuentran corresponden a temas de la ejecución del contrato.

Si bien hay diversas razones por las que el Estado acude a la vía arbitral, se ha identificado que la raíz del problema se encuentra en la mala gestión contractual y también en la etapa precontractual.

Con ello queremos incidir en que existen errores o puntos discutibles en la etapa de elaboración de las bases y del expediente técnico, que se arrastran a la ejecución del contrato, generando controversia en la interpretación de las obligaciones de las partes o en otros aspectos que derivan en denegaciones de ampliaciones de plazos, solicitudes de adicionales, aplicación de penalidades, entre otros. En resumen, no existe correlación entre lo que la Administración Pública solicita y lo que en verdad se necesita.

Como es evidente, lo abordado en este punto resulta irrelevante en cuanto a cuál de las jurisdicciones sería más idónea para conocer los conflictos derivados de contratos públicos. No obstante, no deja de ser un hecho fáctico que debe ser reconocido para que se eviten conflictos y que el sistema de contratación pública funcione de manera óptima.

En este punto, cabe precisar que si bien la mala planificación y la ejecución de contratos no constituiría un criterio para determinar si la controversia se resuelve en vía arbitral o judicial, sí debemos resaltar que todo conflicto que se genere en la etapa pre contractual corresponde que sea visto en vía administrativa y luego en vía judicial,

a través del contencioso – administrativo. Así pues, en lo que refiere a los contratos públicos, estos deberán ser resueltos mediante un arbitraje.

El problema surge cuando en plena ejecución de contrato, se encuentra evidencia de mala planificación (de errores cometidos en la elaboración de bases, en el procedimiento para seleccionar a un postor, entre otros actos preparatorios), que trasladan el conflicto a la etapa contractual. Este inconveniente se encuentra relacionado con la especialidad de los jueces o árbitros que se encargarán de resolver la controversia.

3.2.1.8. La responsabilidad administrativa y la protección de la Contraloría General de la República

Uno de los principales problemas que afronta el arbitraje en contrataciones públicas es la función que cumplen los representantes del Estado, en el marco de este mecanismo alternativo de resolución de conflictos.

Es sabido que la función pública implica el cumplimiento de las facultades que otorga el Estado, las cuales están sustentadas en la competencia, a efectos de actuar en virtud al Principio de Legalidad. Toda actuación que se encuentre fuera de ese radio permitido, podría ser considerada —de manera posterior— como una falta que amerite una sanción administrativa.

Es así que, llevando este escenario al ámbito de la ejecución contractual, tenemos a funcionarios del Estado que prefieren derivar la controversia al arbitraje, que proponer y/o aceptar soluciones que puedan ser discutidas a través de otros mecanismos como la conciliación y/o la transacción.

Ya en la vía arbitral, la sombra de las acciones de control sobre los funcionarios públicos genera un gran temor al momento de la toma de decisiones de estos agentes, ocasionando retrasos en el desarrollo del proceso arbitral, de manera que se forma un incentivo perverso.

Por un lado, la normativa en contratación pública dispone el arbitraje obligatorio como cláusula de solución de controversias en todos los contratos públicos. Por otra parte, se hallan los funcionarios públicos que representan al Estado, quienes demoran el inicio de los arbitrajes y/o cuya actuación retrasa el desarrollo del debido proceso. Por tanto, se genera una pérdida de tiempo y de recursos del Estado, por una controversia que fácilmente podría haber sido resuelta en una mesa de diálogo.

En esa misma línea, problemas tales como las ampliaciones de plazo, no son aceptadas por temor a las acciones posteriores de la Contraloría. Lo mismo ocurre con el caso de las penalidades, pues las penalidades que no son impuestas pueden ser mal percibidas como actos de corrupción de parte de los funcionarios públicos, favoreciendo al privado.

No obstante, no es difícil deducir que similares consideraciones serían aplicables si es que las controversias derivadas de la contratación pública, fueran conocidas por el Poder Judicial y no en arbitraje.

3.2.1.9. Defensa del Estado

De acuerdo a lo establecido por la Constitución Política del Perú y por el Decreto Legislativo N° 1326, que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa

Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado, la defensa del Estado es ejercida por los procuradores públicos. Esto se extiende a procesos de cualquier naturaleza.

No cabe duda de que desde la implantación del arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias, a partir de 1998, las procuradurías han desarrollado a su interior, la especialidad arbitral, vale decir que existe una serie de abogados que componen las procuradurías, que se han especializado en arbitraje y que, muchos de ellos, realizan muy bien su labor.

Por lo demás, resulta importante precisar que con la legislación del Estado peruano a partir del año 2019, se ha reforzado en el plano legislativo la defensa arbitral, como se deduce de las normas que citaremos a continuación:

- Decreto Supremo N° 377-2019-EF, a través del cual modifican el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF.
- Decreto Supremo N° 162-2021-EF, a través del cual modifican el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF, y dictan otras disposiciones.

Sumado a ello, cabe precisar que, en la mayoría de casos, son los procuradores de las entidades quienes asumen su defensa. Pero, ¿cuál es el inconveniente de esta premisa? “Quien mucho abarca, poco aprieta” es un refrán que bien explica esta situación. El Estado tiene en todos sus contratos una cláusula o

convenio arbitral, que señala que ante cualquier desavenencia que pueda surgir en el marco de la ejecución o interpretación de dicho contrato, las partes se someten a dicha jurisdicción.

Como hemos observado en las estadísticas de procesos de selección de licitación pública y concurso público, así como los porcentajes que evidencian que los contratos de obra, de bienes y de servicios son aquellos donde más conflictos se generan, el Estado tiene una cantidad exponencial de arbitrajes en curso. Es por ello que, asumir la defensa del Estado por parte del procurador de turno, resulta una tarea sumamente compleja, pues manejan tal cantidad de información que puede confundir y derivar en una mala defensa.

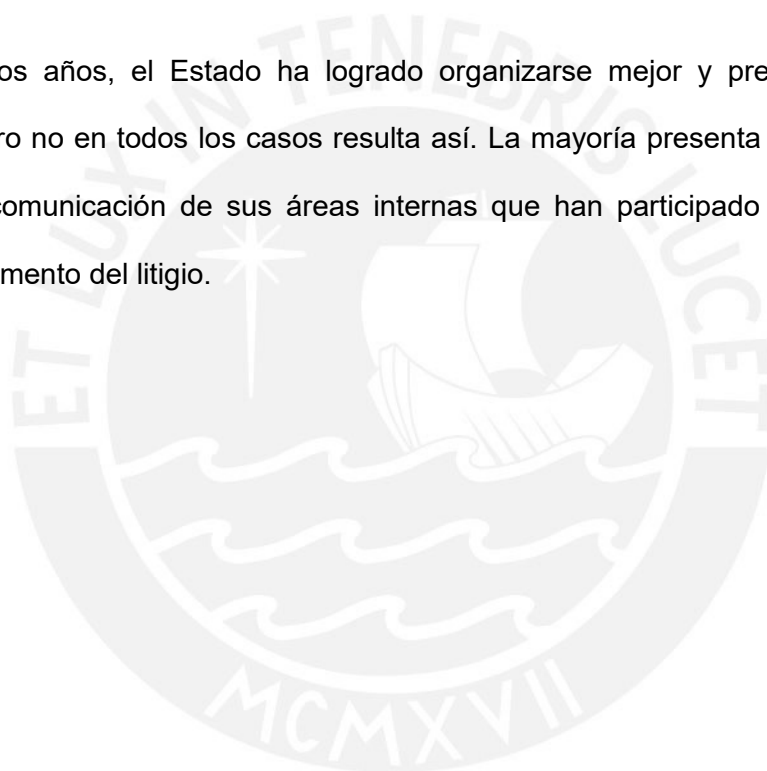
No obstante, el tema va mucho más allá. Parte de la estrategia para ganar un caso —sea judicial, arbitral o en vía administrativa— es conocer a la perfección todos los hechos suscitados, de manera que se pueda armar un buen sustento para los fundamentos de derecho.

Esta premisa no se lleva a cabo de la manera más organizada en el Estado, debido a que no todos los funcionarios públicos participan en las mismas etapas de la contratación pública.

Las entidades dividen en pequeños grupos a las personas que estarán encargadas de cada parte del proceso para contratar con el Estado. Como sabemos, se deberá identificar la necesidad que se busca satisfacer, fundamentar las razones, incluir ello en el Plan Anual de Contratación, y realizar actuaciones preparatorias para contar con un expediente técnico y publicar los documentos que contienen los requerimientos y especificaciones técnicas.

Posteriormente, se deberá convocar a un proceso de selección, recibir propuestas de parte de los particulares interesados, adjudicar la buena pro y celebrar un contrato. Lamentablemente, la odisea no acaba en este punto. Luego de celebrado el contrato viene lo más complicado, que consiste en la ejecución del mismo se realice de la manera más eficiente posible, y es aquí donde usualmente salen a relucir los problemas de todo el proceso pre contractual.

Con los años, el Estado ha logrado organizarse mejor y preparar mejores defensas, pero no en todos los casos resulta así. La mayoría presenta este problema de falta de comunicación de sus áreas internas que han participado en las etapas previas al momento del litigio.



CONCLUSIONES FINALES

1. Resulta difícil, en tiempos modernos y en base a la legislación peruana en materia de contratación pública, efectuar una distinción entre los contratos en los cuales el Estado se reserva facultades extraordinarias y aquellos otros en los cuales el Estado actúa como un particular. Estas potestades o prerrogativas del Estado no constituyen un impedimento para que las controversias que se desarrollen en la ejecución contractual sean llevadas a arbitraje, pues que el tribunal que dirima el conflicto sea privado y no esté constituido por jueces, no quiere decir que habrá mayores irregularidades o se incline la balanza hacia el privado.
2. La legislación peruana sobre contratación pública no establece la distinción antes señalada, de modo que el Estado siempre será Estado, pero los mecanismos contractuales tratan de acercar al Estado como una parte más de los contratos, lo que genera confianza en el medio económico a efectos de contratar con él.
3. En ese sentido, advertimos que la naturaleza jurídica de los contratos administrativos, no resultó ser un criterio práctico para demostrar que el Poder Judicial puede ser considerado como vía predilecta para resolver conflictos entre el Estado y los privados. Por el contrario, se evidenció que el arbitraje es compatible con los contratos públicos, pese a que este tipo de contratos estén investidos de función administrativa.
4. Así pues, la gran mayoría de controversias sometidas a arbitraje se genera por ineficiencia o incumplimiento del propio Estado. Con ello, se ha demostrado

que la gestión contractual de parte de la Administración Pública no es la más adecuada. Los conflictos que podrían hallar una solución en etapas previas al arbitraje, como la conciliación, se tornan más tediosos al llegar a instancias arbitrales. Asimismo, se ha evidenciado la imperante necesidad de contar con los operadores de la justicia que conozcan a cabalidad las materias sobre las que se discute en la contratación pública.

5. Si bien en doctrina de Derecho Administrativo se habla de una huida del Estado hacia los fueros particulares o privados, no podríamos arribar en el Perú a similar conclusión, en la medida de que la estructura del Derecho Administrativo sigue siendo sólida y los recursos a que había lugar en la legislación previa al arbitraje siguen existiendo. Al mantener la vía judicial (contencioso – administrativo) para la resolución de determinados conflictos en materia de contratación pública, podríamos encontrarnos ante un fenómeno de “huida parcial” del Derecho Administrativo.
6. En todo caso, de lo que sí puede hablarse es de la voluntad del Estado peruano desde hace tres décadas, de fomentar la inversión nacional y extranjera, de modo tal que el desarrollo de la economía se base fundamentalmente en el esfuerzo y riesgo de los particulares y no en arriesgar recursos estatales.
7. La adopción del arbitraje como medio de solución de controversias constituye una manifestación de esa apertura económica al sector privado y, de ninguna manera, un debilitamiento del Derecho Administrativo.

8. El arbitraje en contratación pública ha sido la manera exclusiva de administrar justicia desde el 29 de septiembre de 1998, (vale decir desde hace más de veintidós años).
9. Es evidente que el arbitraje ha tenido y tiene problemas de diversa naturaleza, pero los mismos no son de tal gravedad que puedan conducirnos a que se cambie la normativa, para obtener una derogatoria de normas relativas al arbitraje en contratación pública, producido lo cual las controversias derivadas de estos contratos se tendrían que resolver en el Poder Judicial.
10. En el presente trabajo hemos considerado diversos escenarios, a título de ensayo, no obstante lo cual los mismos no llegan a persuadirnos de las bondades de una modificación legislativa de esta naturaleza. Ello, a pesar de haber iniciado la investigación creyendo que nuestras conclusiones iban a dirigirse en sentido opuesto.
11. El arbitraje sigue siendo la vía adecuada para resolver conflictos en materia de contratación pública debido al respaldo de determinados criterios como: (i) el reconocimiento constitucional; (ii) la duración del proceso arbitral resulta más corta y eficaz; (iii) la especialidad en la materia por parte del tribunal arbitral, pues las partes tendrían más garantías en la vía arbitral; (iv) los costos, en el arbitraje vamos a acortar tiempos con respecto al Poder Judicial y ese ahorro de tiempo y de esfuerzo también debe ser considerado para la valoración de los costos; (v) la transparencia, una ventaja muy grande de los arbitrajes es que los árbitros, por lo general, desarrollan el proceso y laudan sin presión de la sociedad ni de los medios de prensa; (vi) la corrupción, que constituye un problema de personas encargadas de aplicar o interpretar las normas jurídicas

y no solamente de fallas en el ordenamiento; y, (vii) la defensa del Estado en materia arbitral sobre contratación pública se ha especializado, desempeñando una muy buena labor.



BIBLIOGRAFÍA

- Ariño, G. (1984). *La reforma de la Ley de Contratos del Estado*. Unión Editorial.
- Arrarte, A. M., & Paniagua, C. (2007). Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra. *Advocatus*, (16), 181-200.
- Baca, V. S. (2013). El arbitraje con el Estado como alternativa de control de la actuación de la Administración. En J. Rodríguez-Arana Muñoz, M. A. Sendin García, J. Danós Ordóñez, J. L. Cáceres Arce, V. Rojas Montes & N. A. Huamán Paredes (Eds.), *Contratación Pública. Doctrina Nacional e Internacional. Volumen II*, 533-558.
- Baca, V. S. (2008). La distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el Derecho peruano. Notas para una polémica. En J. Danós Ordoñez, J. A. Tirado Barrera, R. Jiménez Murillo, & V. Rojas Montes (Eds.), *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado Peruano. Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo* (pp. 663-689). Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020a). Módulo I. Marco de las Asociaciones Público Privadas: Antecedentes, marco normativo, definiciones y principios. *Asociaciones Público Privadas en Perú: Experiencias, Normativa y Pautas Para Impulsar su Desarrollo*, 1-72.
- Banco Interamericano de Desarrollo. (2020b). Módulo VI. Fase de ejecución contractual e iniciativas privadas. *Asociaciones Público Privadas en Perú:*

Experiencias, normativa y pautas para impulsar su desarrollo., 1-38.

Baño León, J. M. (2004). La figura del contrato en el derecho público: nuevas perspectivas y límites. En Elisenda Malaret i Garcia (Coord.), *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-hispano de Profesores de derecho administrativo* (pp. 11-29). Instituto Nacional de Administración Pública.

Bartra, J. (1999). *Licitaciones y Concursos Públicos. Contratos Administrativos. Legislación de las contrataciones y adquisiciones del Estado*. Rhodas.

Bercaitz, M. A. (1980). *Teoría General de los Contratos Administrativos* (2ª ed.). Ediciones Depalma.

Brewer Carías, A. (2006). Nuevas consideraciones sobre el régimen jurídico de los contratos del Estado en Venezuela. *Revista de Derecho Administrativo*, (2), 46-69.

Bullard, A. (2006). Enemigos Íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos. *Revista Peruana de Arbitraje*, (2), 155-226.

Campos, A. y Hinostroza, L. M. (2004). El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. *Revista de Derecho Administrativo*, (5), 297-308.

Cantuarias, F. (2002). Participación del Estado peruano en arbitrajes comerciales. *Advocatus*, (7), 178-193.

Cassagne, J. C. (1999). *El contrato administrativo*. Abeledo-Perrot.

Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo. Tomo II*. Palestra Editores.

Castillo, M. (2021). *Tratado de los contratos típicos. Tomo II*. Gaceta Jurídica.

Castillo, M. y Sabroso, R. (2009). *El arbitraje en la Contratación Pública*. Palestra Editores.

Castillo, M. y Vásquez, R. (2006). *Arbitraje. El Juicio Privado: La verdadera reforma de la justicia*. Palestra Editores.

Collantes, J. L. (2011). *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra Editores.

Comadira, J. R. (2010). *La licitación pública: nociones, principios, cuestiones*. Abeledo-Perrot.

Constitución Política del Perú. (1979). Publicado el 13 de julio de 1979 en el Diario Oficial El Peruano.

Constitución Política del Perú. (1993). Publicado el 30 de diciembre de 1993 en el Diario Oficial El Peruano.

Contraloría General de la República. (2013). *El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013*, 1-183. Recuperado de

<http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

Correa, D. (2002). *El Arbitraje en el Derecho Administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*. Cordillera S.A.C.

Coscolluela, L. (1993). *Manual de Derecho Administrativo I*. Civitas S.A.

Danós, J. (2005). Panorama general del Derecho Administrativo en el Perú. En S. González-Varas Ibáñez y F. Villalba Pérez (Coords.), *El Derecho Administrativo Iberoamericano*, 537-654.

Danós, J. (2007). El régimen de los contratos estatales en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 9-44.

De Trazegnies, F. (1989). Los conceptos y las cosas: Vicisitudes peruanas de la Cláusula Compromisoria y del Compromiso Arbitral. En *El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, libro homenaje a Ludwik Kos Rabcewics Zubkowsky*. Editorial Cuzco.

Decreto Legislativo N° 011-2019-JUS. (2019). Decreto supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, Ley que regula la acción contencioso administrativa. Publicado el 4 de mayo de 2019 en el Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N° 295. (1984). Código Civil. Publicado el 25 de julio de 1984 en el Diario Oficial El Peruano.

Decreto Legislativo N° 757. (1991). Dictan Ley Marco para el crecimiento de la Inversión Privada. Publicado el 13 de noviembre de 1991.

Decreto Supremo N° 017-93-JUS. (1993). Decreto supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Publicado el 2 de junio de 1993 en el Diario Oficial El Peruano.

Decreto Supremo N° 350-2015-EF. (2015). Decreto supremo que aprueba el reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado. Publicado el 10 de diciembre de 2015 en el Diario Oficial El Peruano.

Del Saz, S. (1994). La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública*, (133), 57-98.

Dromi, R. (1999). *Licitación Pública*. Ciudad Argentina.

Espulgues, C. (2018). *Arbitraje y Derecho Administrativo: Teoría y Realidad*. Tirant lo Blanch & P. de la U. de València.

Farrando, I. (2006). Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo. En J. C. Cassagne y E. Rivero Ysern (dir.), *La Contratación Pública. Tomo II. (747-779)*. Hammurabi.

Fraga, L. (2000). *El Arbitraje en el Derecho Administrativo*. Torino.

García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2006). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo I*. Temis.

Gordillo, A. A. (2015). Obra pública y contrato de obra pública. En *Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 11, Marchas y contramarchas en economía y derecho administrativo* (pp. 819-841). FDA. http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc6/ca2.pdf

Guzmán-Barrón, C., & Zúñiga, R. (2014). Comentarios y reflexiones sobre el Estudio de investigación del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos - PUCP "Tendencias del Arbitraje de Contratación Pública: A lisis de Laudos Arbitrales." *Arbitraje PUCP*, (4), 83-102.

Huapaya, R. (2013). Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. *Ius et Veritas*, (46), 284-329.

Laguna de Paz, J.C. (1995). La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo. *Revista de Administración Pública*, (136), 201-229.

Ley N° 26572. (1996). Ley General de Arbitraje. Publicado el 5 de enero de 1996 en el Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 26850. (1997). Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Publicado el 3 de agosto de 1997 en el Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 27330. (2000). Modificaciones a la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Publicado el 26 de julio de 2000 en el Diario Oficial El Peruano.

Ley N° 30225. (2014). Ley de Contrataciones del Estado. Publicado el 11 de julio de 2014 en el Diario Oficial El Peruano.

Linares, M. (2006). El Contrato Administrativo en el Perú. *Revista de Derecho Administrativo*, (1), 285-308.

Linares, M. (2009). Adicionales de Obra Pública. Obra Pública y Contrato, Adicionales, Función Administrativa, Control Público, Arbitraje y Enriquecimiento sin causa. *Revista de Derecho Administrativo*, (7) 175-190.

Linares, M. (2021). Aplicación del régimen sustantivo de la Ley del Procedimiento Administrativo General en la ejecución de los contratos del Estado y en sede arbitral. Los actos administrativos contractuales. En Espinosa-Saldaña, E. (Director), Danós, J. y Morón, J.C. (Coord.), *Estudios sobre Derecho Administrativo. Vol. I. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General* (p. 403-429). Derecho & Sociedad.

Martín-Retortillo, S. (1996). Reflexiones sobre la «huida» del derecho administrativo (*). *Revista de La Administración Pública*, (140), 25-68.

Morón, J. C., y Aguilera, Z. (2017). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Patrikios, A. (1997). *L'arbitrage en matière administrative*. Paris.

Rebollo, M. (2004). Principio de legalidad y autonomía de la voluntad en la

Contratación Pública. En Elisenda Malaret i Garcia (Coord.), *La contratación pública en el horizonte de la integración europea. V Congreso Luso-hispano de Profesores de derecho administrativo* (pp. 41-59). Instituto Nacional de Administración Pública.

Retamozo, A. (2018). *Contrataciones y adquisiciones del Estado y normas de control. Análisis y comentarios. Tomo II*. Gaceta Jurídica.

Rosa, J. (1998). *El arbitraje administrativo*. MacGraw Hill.

Rubio, C. (2013). *Solución de controversias y régimen sancionador en la Contratación Estatal*. Gaceta Jurídica.

Rubio Correa, M. (2014). *El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho* (10ª ed.). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Salazar, R. (2007). El Concepto y los Factores de los Contratos de la Administración Pública como Referentes Necesarios para el Desarrollo del Sistema de Contratación en el Perú. *Derecho & Sociedad*, (29), 55-62.

Tawil, G. S. (2009). Los principios en el contrato de servicios públicos. *Revista de Derecho Administrativo*, (8), 307-313.

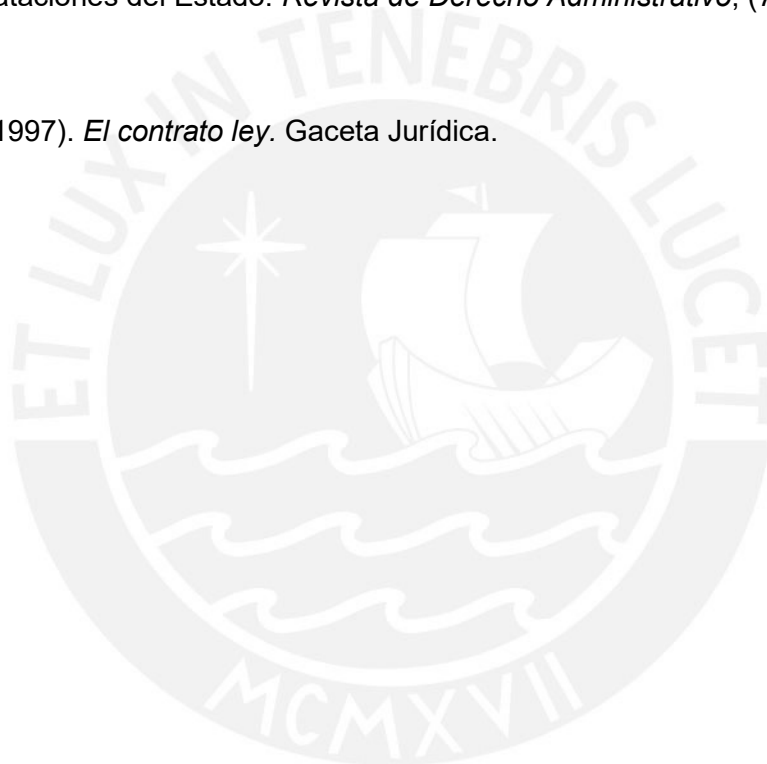
Transparency International. (2021, 05/Agosto). *Corruption Perceptions Index 2020* [Archivo de pdf] Transparency International the global coalition against corruption. <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/nzl>

Tribunal Constitucional. Expediente N° 005-2003-AI/TC. 3 de octubre de 2003.

Villar Palasí, J. L., y Villar Ezcurra, J. L. (1983). *Principios de Derecho Administrativo. Tomo III. Contratación Administrativa*. Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid.

Zambrano, E. (2009). Algunos apuntes sobre la Fase de Actos Preparatorios en las Contrataciones del Estado. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 155-163.

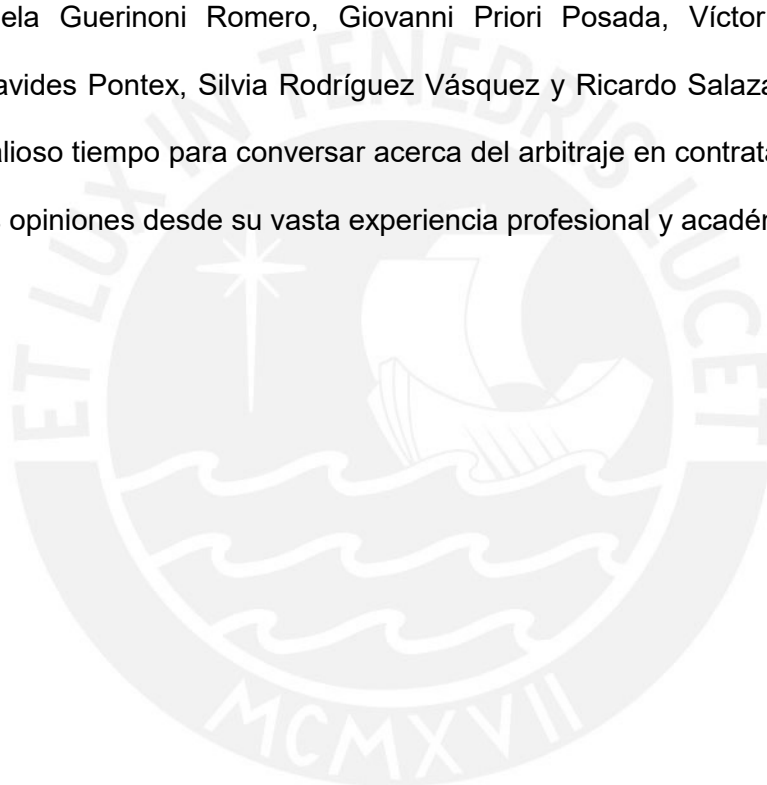
Zegarra, D. (1997). *El contrato ley*. Gaceta Jurídica.



Apéndice A

Listado de profesores y árbitros entrevistados

Expresamos el más profundo agradecimiento a los profesores Jorge Danós Ordóñez, Zita Aguilera Becerril, Juan Carlos Morón Urbina, Ramón Huapaya Tapia, Mario Castillo Freyre, Christian Chocano Davis, Diego Zegarra Valdivia, Elvira Martínez Coco, Víctor Madrid Horna, Luciano Barchi Velaochaga, Laura Castro Zapata, Mariela Guerinoni Romero, Giovanni Priori Posada, Víctor Baca Oneto, Roberto Benavides Pontex, Silvia Rodríguez Vásquez y Ricardo Salazar Chávez, por brindarnos valioso tiempo para conversar acerca del arbitraje en contratación pública y compartir sus opiniones desde su vasta experiencia profesional y académica.



Apéndice B

Listado de preguntas para entrevistas a profesores y árbitros

1. ¿Cómo se desarrollan los arbitrajes en contrataciones con el Estado?
2. En experiencias extranjeras, vemos que es el Poder Judicial quien se encarga de resolver controversias en contrataciones públicas, ¿debería ser así en el Perú? ¿Considera que el arbitraje obligatorio es un punto a favor en la región latinoamericana y a nivel mundial?
3. Desde su experiencia, ¿cuál es la principal controversia que se suscita en los contratos públicos?
4. ¿Consideraría posible que algunas controversias que se resuelven en arbitraje actualmente, puedan ser devueltas a la jurisdicción ordinaria?
5. ¿Cuál es el principal problema que afecta al arbitraje de contrataciones públicas?
6. ¿Estaría de acuerdo con el establecimiento de criterios para determinar qué tipos de contratos públicos someten las controversias que se generen al sistema judicial o arbitral?
7. Si bien la normativa de contrataciones públicas no hace diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado, ¿considera que debería hacerse tal distinción?

8. Por regla general, la normativa de contrataciones dispone que las controversias que se susciten en la ejecución contractual, deberán ser solucionadas a través de la vía arbitral. ¿Considera que la vía arbitral debe mantener su obligatoriedad para la resolución de conflictos en los contratos públicos?
9. Desde su experiencia, ¿cuáles son los retos que afronta la contratación pública, respecto de las vías de solución de conflictos?
10. ¿Considera viable la opción del arbitraje no obligatorio, en materia de contrataciones públicas?
11. En los últimos años, el sistema arbitral se ha visto fuertemente golpeado por la corrupción. En su opinión, ¿cuál es la solución a este problema? ¿La creación de un nuevo mecanismo de solución de conflictos o el regreso al Poder Judicial?

