

Arbitraje sin materia indisponible en el régimen peruano de los contratos del Estado

MARIO LINARES JARA*

*Profesor de Contratación Pública en la Universidad de Lima
y en la Pontificia Universidad Católica del Perú*

1. INTRODUCCIÓN

No es lo regular la permisión e impulso del arbitraje como medio de solución de todas las controversias que se susciten en la ejecución de los contratos públicos. Ello se debe a la llamada reserva del control de la legalidad de las materias relacionadas con las manifestaciones del «poder» del Estado, esto es con las supuestas potestades de la Administración en los contratos «administrativos» o con los actos administrativos que se dicten durante la ejecución contractual, originándose con ello materias disponibles o indisponibles para el arbitraje.

2. ARBITRAJE Y RESERVA DEL CONTROL DE LA LEGALIDAD

El primer escollo de la implementación regular del arbitraje en los contratos del Estado es la llamada reserva del control de legalidad al poder judicial del ejercicio de potestades o prerrogativas públicas o de los actos administrativos.¹, reserva que puede estar contenida en un ordenamiento o inferirse mediante la presunción de legalidad, ejecutividad y

* Socio del Estudio Linares Consultores.

¹ FRAGA PITALUGA, Luis, «El arbitraje y la transacción como métodos alternativos de resolución de conflictos administrativos», en *IV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo «Allan Randolph Brewer-Carías», La relación jurídico-administrativa y el procedimiento administrativo*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1998, p. 165.

ejecutoriedad de los actos administrativos, concluyéndose 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 relativas a la ejecución contractual constituyen actos administrativos².

La reserva del control de la legalidad puede concordarse con el principio de legalidad. Se afirma entonces que para que proceda el arbitraje en los contratos suscritos por el Estado debe existir una autorización legal, si no la hay, entonces no es posible el arbitraje.

3. ARBITRAJE Y MATERIAS DISPONIBLES E INDISPONIBLES

Ahora bien, en el supuesto de estar previsto en el orden constitucional la solución de controversias contractuales del Estado, ello no significa que este superada la reserva del control de la legalidad. En efecto, de existir la autorización legal respecto del arbitraje en los contratos del Estado, la doctrina comparada establece que el arbitraje podrá aplicarse limitadamente, esto dependiendo de si la controversia se centra en materias disponibles o indisponibles. La Administración deberá practicar un análisis respecto de si la litis se ubica en la zona de disponibilidad o no, encontrándose dentro de esta última las «potestades propias de los contratos administrativos». Se tiene entonces que sólo pueden someterse a arbitraje las controversias de los «Contratos Privados de la Administración» y no la de los «Contratos Administrativos», sino únicamente en cuanto a cuestiones de carácter técnico, de hecho, o de tipo financiero patrimonial³.

4. EL ARBITRAJE EN LOS CONTRATOS DEL ESTADO

Sobre los «Contratos Administrativos» en la idea de oposición a los «Contratos Privados de la Administración» y en la concepción de que le son inherentes a los primeros potestades contractuales exorbitantes, incluso implícitas, no cabe sino remitirnos a lo opinado en reiteradas oportunidades. La tesis del «Contrato Administrativo» es una concepción arti-

² La referencia está dada a los sistemas de jurisdicción unitaria en donde los actos administrativos son impugnables en sede administrativa y luego en sede judicial, sistema distinto a la dualidad de jurisdicción colombiana.

³ URDANETA SANDOVAL, Carlos Alberto, «Aspectos del Arbitraje Público en la Contratación Administrativa», en *Los Contratos Administrativos «Contratos del Estado», VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, «Allan Randolph Brewer-Carias», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 355.*

ficial, es una creación jurisprudencial francesa para definir la competencia administrativa, propia de su tiempo y que no tiene cabida en la actualidad resultando en nuestro contexto inútil y hasta peligrosa por sus supuestas potestades exorbitantes implícitas, entre otras, la de modificación unilateral del contrato⁴. Atribuir carácter de indisponibilidad arbitral a las controversias surgidas dentro de un contrato administrativo atendiendo a las potestades que involucra por naturaleza, carece de sentido.

Respecto de los argumentos centrados en la presunción de legalidad, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos y al ejercicio si no de potestades ilimitadas, sí de prerrogativas públicas debidamente tasadas y otorgadas por ley, situación que determinaría la aceptación del arbitraje sólo para cuestiones técnicas, de hecho o patrimoniales; debe estarse en el Perú, en primer lugar, a lo señalado por nuestra Constitución:

«Artículo 62. (...) Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley»

Asimismo nuestra normativa especial dispone obligatoriamente el arbitraje como medio de solución de controversias, por lo que cualquier interpretación contraria vulnera la Ley:

«Artículo 53º de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

[...].

53.2 Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. [...].»

La disposición contenida en el inciso 4 del artículo 1º de la Ley General de Arbitraje asimismo señala:

«Disposición general.- Pueden someterse a arbitraje las controversias determinadas o determinables sobre las cuales las partes tienen facultad de libre disposición, así como aquellas relativas a materia ambiental, pudiendo extinguirse respecto de ellas el proceso judicial existente o evitando el que podría promoverse; excepto: [...]. Las directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de Derecho públi-

⁴ MAIRAL, Hector A., «De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo, en *El Derecho*, diario del 18 de septiembre de 1998.

co». Esta disposición debe entenderse inaplicable para los contratos públicos en atención a la especialidad de la Ley de Contrataciones del Estado que ha dispuesto la utilización del arbitraje como medio de solución de controversias al igual que la conciliación».

De forma similar, el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de Colombia, Ley 80 de 1993, indica:

«Artículo 70. De la cláusula compromisoria.- En los contratos estatales podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación.

El arbitramento será de derecho. Los árbitros serán tres, a menos que las partes decidan acudir a un árbitro. (...)»

Ahora, y si bien es cierto que no ha existido debate en nuestro medio sobre la aceptación del arbitraje en los contratos públicos⁵, ello no significa que lo mismo haya acontecido en otras realidades en donde a pesar de haber el legislador optado por la utilización del arbitraje ha existido oposición o interpretaciones restrictivas. Precisamente, en Colombia, la recepción del sistema arbitral no ha sido pacífica por la labor principalmente del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional⁶:

«Este principio permite deducir que, en un Estado de Derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado. En su ejercicio se encuentran comprometidos la tranquilidad, la seguridad y la salubridad públicas, que constituyen elementos integradores del orden público»⁷.

⁵ No creo que haya existido acatamiento pacífico del arbitraje sino que no se han generado respuestas contrarias debido a que es reciente el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo. La adaptación de postulados o principios férreos tradicionales que demanda la eficacia y un nuevo derecho público no generan por tanto pronunciamientos doctrinarios o jurisprudenciales encendidos.

⁶ HOYOS DUQUE, Ricardo, «El ámbito de aplicación del arbitraje en el contrato estatal», en *V Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, p. 436.

⁷ Sentencia del Consejo de Estado colombiano, 8 de junio de 2000, Exp. N° 16793. Citado por CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, *El Arbitraje en el Derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 138.

«(...) no resulta admisible aceptar la tesis, conforme a la cual, las partes pueden disponer o transigir respecto de la legalidad de los actos administrativos, por tratarse precisamente de un aspecto en que se encuentran involucradas normas de Derecho público, y el ejercicio del poder público. Empero, aun en la ocurrencia de que la cláusula compromisoria llegara a contemplar tal permisión, el juez excepcional, esto es, el arbitral, tendría velado pronunciarse sobre la legalidad del acto y de los efectos no transigibles, pues es éste un aspecto en donde se encuentra seriamente comprometido el orden jurídico, para cuya protección, en el caso de la actividad estatal, se halla instituida la jurisdicción contenciosa administrativa, de manera exclusiva y excluyente a cualquier otra jurisdicción o autoridad, por tratarse del ejercicio de una función del Estado que implica manifestación del poder público, el cual es ajeno a la actividad de los administrados»⁸.

Al hilo de lo expuesto debe decirse que al margen de la oposición o restricción de la que es objeto el sistema arbitral en los contratos estatales, el argumento donde reposa su aplicación irrestricta está dado por la naturaleza de la función arbitral que no es otra que la jurisdiccional y frente a la cual no caben restricciones⁹. En efecto, los árbitros comparten los mismos derechos y obligaciones de los jueces. Si a los segundos les compete conocer de la actuación de la Administración, trátase de potestades o prerrogativas, ¿por qué a los primeros no? El propio Estado, como indica Bullard, ha consentido en el Arbitraje, por lo tanto no cabe «inmunidad»:

«Si el tribunal arbitral cuenta con facultad para resolver un caso, es porque existe un acuerdo de las partes. Por ello, si el Estado acordó someter a un arbitraje una controversia, queda claro que renunció a la inmunidad soberana. La única pregunta relevante es entonces es si el Estado consintió o no, legitimadamente, el ir a arbitraje. Por ello, normalmente no va a haber problemas de inmunidad soberana si existe un convenio arbitral».¹⁰

Pues bien, nuestra normativa es clara, el Estado ha consentido en el arbitraje para solucionar las controversias que se presenten en los contratos del Estado¹¹ y se ha pronunciado sobre la materia arbitral: ejecución,

⁸ Sentencia del Consejo de Estado colombiano, 23 de febrero de 2000, Exp. N° 16394. *Ibidem*, p. 140.

⁹ CORREA ÁNGEL, Diana Ximena, *El arbitraje en el Derecho administrativo: una forma de justicia alternativa para un nuevo modelo de Estado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, p. 184.

¹⁰ BULLARD G. Alfredo, «Enemigos íntimos. El arbitraje y los contratos administrativos», en *La Contratación Pública 2*, Hammurabi, Juan Carlos Cassagne, Enrique Rivero Ysern, Dirección, Buenos Aires, 2007, p. 1211.

¹¹ La Ley de Contrataciones y Adquisiciones de Estado, desde su texto primigenio de 1998, estableció la conciliación y el arbitraje como medio de solución de controversias para los contratos que regula, esto es los de obra, consultoría, adquisición de bienes, suministro, servicios y arrendamiento.

interpretación, resolución, inexistencia, eficacia o invalidez, cuestiones que se materializan mediante actos administrativos, siendo estos por tanto materia arbitral. Es más, no cabría la distinción propuesta por el profesor Mairal, relativa a los actos administrativos (por naturaleza no arbitrables en la postura tradicional) y los simples pronunciamientos de la Administración a fin de establecer jurisdicción o vía impugnativa¹². En efecto, para Mairal no toda decisión de la autoridad administrativa debe tener la calidad de acto administrativo existiendo actos que solo se limitan al establecimiento de la posición de la Entidad estatal en torno a determinada situación contractual, situación que permite entonces distintas vías de impugnación, mas, si como es de verse, la ley establece que cualquier controversia se deberá someter a la vía arbitral, no hay espacio para la distinción a fin de establecer jurisdicción.

5. LA RESTRICCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA RESULTA INCONVENIENTE Y DISCRIMINATORIA PARA LAS EMPRESAS NACIONALES

Además de lo hasta aquí expuesto, las concepciones contrarias al arbitraje en los contratos públicos deben ceder posiciones en torno a dos cuestiones reales: la ineficiencia de nuestros sistemas judiciales y la discriminación recaída en las empresas o inversionistas nacionales respecto del estatuto privilegiado que gozan las empresas extranjeras debido al régimen internacional de protección de inversiones foráneas en donde está asegurado un proceso arbitral internacional en el que no caben posturas relativas a actos de poder o potestades públicas¹³, superando la realidad mercantil a dogmas jurídico públicos¹⁴.

En cuanto al régimen de los contratos de concesión, se encuentra previsto para las controversias no técnicas y dependiendo de la cuantía de la controversia, el arbitraje de derecho bajo las reglas del CIADI o mediante un centro de arbitraje nacional.

¹² MAIRAL indica: «Se hace necesario, entonces, distinguir entre los actos administrativos y que los que llamamos meros pronunciamientos administrativos, es decir, entre aquellas conductas estatales idóneas para alterar la esfera jurídica del particular, y aquellas otras que se limitan a fijar la posición del Estado ante el particular pero sin ser por sí solos, hábiles para producir aquel resultado. Mientras que a las primeras les alcanza cabalmente la definición de acto administrativo, a las últimas debe serles negado tal carácter, reconociéndoles solamente, y ello en algunas pocas hipótesis, el efecto meramente adjetivo de liberar al particular de una espera adicional para habilitar la vía reparatoria prevista en los artículos 30º al 32º de la Ley de Procedimientos Administrativos» (MAIRAL, Héctor A., «Los meros pronunciamientos administrativos», en: *Derecho Administrativo, Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel Marienhoff*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

¹³ Me refiero a los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y a los Capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio en donde el ejercicio de «potestades implícitas» no tienen

Siguiendo el hilo de lo expuesto, la sede judicial es inconveniente quedando afectado contradictoriamente el interés público que se pretende resguardar al someterse las causas a procesos judiciales que además de ser extremadamente largos se verán afectadas por los efectos de la endeble institucionalidad, sometiéndose a los contratos a externalidades —y por ende a costos—, que bien pueden evitarse.¹⁵ En efecto, y si bien la inseguridad jurídica posee varias aristas, lo relativo a las deficiencias de la función judicial no es materia de discusión en Latinoamérica.

Por lo dicho cabe entonces cuestionar porque el empresario local debe estar sometido a un régimen exorbitante del derecho común en materia contractual y a la imposibilidad de acceder al arbitraje sometiéndose a un poder judicial lento y en donde no está garantizada la especialidad, la independencia y hasta la imparcialidad, cuando el Estado ha renunciado a la aplicación de sus «potestades irrenunciables» para los inversionistas extranjeros¹⁶.

Entre las razones para otorgar un régimen ventajoso para los inversores extranjeros está la del estado deficitario de nuestros presupuestos públicos y la escasez de capital nacional suficiente para afrontar a satisfacción, la urgente infraestructura pública indispensable para el desarrollo. Ahora bien, las necesidades difieren sólo en volumen respecto del régimen de los contratos públicos no relacionados a los grandes proyectos de infraestructura. Cantidad, no naturaleza de las cosas. Es más, se puede ahondar en que también es beneficiosa para el mismo Estado y sus fines públicos la incorporación del arbitraje dado que disminuiría los costos de transacción de la contratación

cabida, ya sea por ser contrarias a convenios de estabilidad jurídica que en el Perú tienen rango constitucional, o por no asegurarse respecto del acto expropiatorio directo o indirecto, una, pronta justa y efectiva compensación.

- ¹⁴ «Posibles postulados de Derecho Público que no están en perfecta sintonía con el sometimiento del Estado a arbitrajes internacionales terminan cediendo a favor de la aplicación del arbitraje en estas relaciones jurídicas de este tipo comercial en que interviene la Administración, ante este empuje del mercado especialmente del mercado internacional» (GONZALES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *El Contrato Administrativo*, Civitas, Madrid, 2003 p. 391 y 394).
- ¹⁵ ARRARTE y PANIAGUA indican al respecto: «La opción por el sistema arbitral obedece a la constatación de que el arbitraje tiene ventajas de las cuales nuestro sistema judicial aún no goza, y que le permiten un mejor conocimiento del conflicto, y emitir una decisión en términos comparativos, muchos más breves, lo que resulta acorde con la racionalidad económica de las relaciones que se encuentran detrás del conflicto» (ARRARTE, Ana María y PANIAGUA, Carlos, «Apuntes sobre el arbitraje administrativo y la materia arbitrable respecto de adicionales de obra, en: *Revista Peruana de Arbitraje*, Lima, 2007, p. 125).
- ¹⁶ LINARES JARA, Mario, *El sistema de protección internacional de la inversión extranjera y los contratos públicos*, Grijley, Lima, 2006.

pública y fomentaría la mayor participación de empresas en los procedimientos de selección de contratistas. A las empresas locales no se les puede asegurar en Latinoamérica mediante nuestros poderes judiciales¹⁷, los beneficios de la sede arbitral. Persistir entonces en postulados dogmáticos resulta además de discriminatorio atentatorio contra el propio Estado.

La experiencia peruana en arbitrajes en contratos públicos sin materia indisponible es importante no sólo por sus ventajas sino como punto de análisis del sistema que como vemos desafía principios que han permanecido por mucho tiempo incólumes. De forma coherente con ello, debemos pues ser muy exigentes en cuanto a su funcionamiento, siendo necesario corregirse errores que en síntesis se centran en la especialidad de los árbitros y en el rol del ente rector en materia de contratos del Estado.

Respecto de lo primero debe decirse que no toda «democratización» es positiva.¹⁸ Por una cuestión de orden, de responsabilidad por la especialización legal de la materia, los tribunales debieran estar constituidos por abogados exclusivamente. Los intereses de las partes no pueden estar librados a la mera «intuición» o «experiencia legal» de uno o dos árbitros legos en un tribunal ni a las explicaciones jurídicas que puedan recibir estos de sus pares abogados. Si bien es necesaria la participación multidisciplinaria en los arbitrajes, las que son ajenas al derecho deben hacerse desde las pericias que sean necesarias practicarse. Es imperioso cambiar el esquema actual de conformación de tribunales arbitrales que responde a un estadio ya superado de solución de controversias técnicas en el seno de un organismo público técnico y con un marco legal preponderantemente técnico e incipiente en derecho administrativo, como era el marco del extinto Consejo Superior de Licitaciones y Obras Públicas CONSULCOP y del Reglamento Único de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas - RULCOP.

En cuanto al rol del ente rector, este debería tener, modificaciones legislativas y/o reglamentarias por delante, un rol supervisor sobre la especialidad de los árbitros buscándose mecanismos de exclusión en sus registros para casos de corrupción. Debe anularse asimismo la tasa exigida para

¹⁷ CAMPAÑA MORA, Joffre, «La inmunidad de Jurisdicción y el Arbitraje en los Contratos Administrativos», en *Los Contratos Administrativos «Contratos del Estado», VIII Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo, «Allan Randolph Brewer-Carías», Fundación Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 2005, p. 292.*

¹⁸ KUNDMÜLLER CAMINITI, Franz. «El arbitraje de derecho administrativo. Exclusión de la sede judicial para la solución de controversias en las contrataciones y adquisiciones del Estado», en: *Actualidad Jurídica*, T. 119, Lima, 2003, p. 39.

la instalación de los Tribunales Arbitrales, hecho que no tiene ningún sentido ni fundamento, más aún, si gran parte de los Tribunales no se someten a las reglas institucionales del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado - Consucode, sino que opta por un arbitraje ad hoc.

6. ARBITRAJE DE DERECHO Y NO DE EQUIDAD

Ahora bien, atendiendo a la especialidad antes indicada, no es posible pues un arbitraje de equidad en donde se prescindiera de consideraciones jurídicas. El arbitraje debe ser de derecho, propiamente de Derecho administrativo, sin que por ello y como primer punto, se le deba llamar «Arbitraje Administrativo». Dicho rótulo es artificial, el arbitraje atiende a cuestiones de índole jurisdiccional y procesal, no interesa si el derecho aplicable sea comercial, laboral o administrativo.

La aplicación del Derecho Administrativo en los arbitrajes de los Contratos del Estado implica el control de la legalidad de los actos administrativos reglados verificándose los presupuestos contenidos en la ley para la emisión de los mismos. Ello no constituye una contradicción, tal como ha indicado el muy apreciado profesor español, Sanz Rubiales, cuando con ocasión de su respectiva ponencia en un anterior Congreso de Derecho Administrativo celebrado en Lima, y luego de exponer cuestiones relativas a la negación de nuestra normativa respecto de la interpretación unilateral del contrato de parte de la Administración, de cómo el Estado de acuerdo al ordenamiento y doctrina española no puede someter a arbitraje el ejercicio de poderes discrecionales y de potestades que *per se*, son indisponibles; expresa:

«En definitiva, no parece factible que la Administración, tampoco cuando contrata, se someta al arbitraje de terceros, si ejerce potestades públicas. Y en esto la ley peruana incurre en una clara contradicción, cuando admite, por una parte, las prerrogativas administrativas y por otra, el arbitraje obligatorio. (...)

Por eso se plantean serios problemas: ¿Qué pasa cuando — durante la ejecución del contrato —, la Entidad contratante ejerce el *ius variandi* y el contratista se opone, planteando la correspondiente controversia? ¿deberá determinarse por un árbitro? Puede un árbitro determinar la legalidad o ilegalidad del ejercicio de una determinada potestad administrativa unilateral y otorgada por ley, como es la del *ius variandi*?»¹⁹.

¹⁹ SANZ RUBIALES, «Algunos problemas de la regulación de los contratos en el Derecho peruano», en: *Derecho Administrativo*, Asociación Peruana de Derecho Administrativo, Jurista editores, Lima, 2004, p. 658.

Creo que es natural que desde la doctrina española y también desde un amplio sector de la doctrina argentina, lo aquí sostenido y lo que indica nuestro ordenamiento, sea visto no como cordialmente Sanz puede haber indicado, sino cuando menos, como un hierro inaceptable que atenta contra institutos básicos del Derecho Administrativo.

Pues bien, ante ello, debe decirse que no se trata en todo caso y desde el mismo ordenamiento español, de una cuestión centrada en criterios o principios inalterables en su sustancia, sino de grados de aceptación, de tolerancia o de pragmatismo que no hacen sino la evolución del derecho local o su adaptación a la realidad global. En efecto, el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, Ley General Presupuestaria española, señala:

«(...) no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente los derechos de la Hacienda Pública estatal ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.»

Como se aprecia, el arbitraje si es posible, de forma excepcional pero posible, siendo también posible en consecuencia la derogación de las prerrogativas administrativas en materia contractual.²⁰ Por otro lado y respecto de los contratos de la Administración en el exterior, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el artículo 117.3 señala:

«Se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de arbitraje».

Si bien en otro artículo de la ley existe referencia a que las empresas extranjeras deberán someterse al derecho y jurisdicción del reino de España, este artículo permite igualmente que la Administración española se someta a la realidad de determinados mercados, creando islas o estirando conceptos al igual que en el caso anterior, respecto de las materias «indisponibles por naturaleza».

Como punto final debe decirse que la aplicación del arbitraje en el derecho administrativo, primero en los contratos públicos con inversores extranjeros y luego a nivel local sin que medie materia arbitrable, debe ex-

²⁰ DÍAZ MADRERA, Beatriz, «El arbitraje y el derecho de la contratación pública», en *Arbitraje. El Arbitraje en las distintas áreas del derecho*, Primera parte, Palestra, Universidad Abat Oliba CEU, Estudio Mario Castillo Freyre, Lima, 2007, p. 165.

plicarse en la evolución que tienen que experimentar los derechos locales ante lo supranacional, lo internacional y ante la globalización del capital:

«Por ello, hablamos de Derecho público como un simultáneo para dos aldeas: la local (más propia de la nación o de la provincia) y la global (más propia de la comunidad integrada o de la instancia internacional). Este nuevo derecho se encuentra condicionado y determinado por los datos objetivos de la nueva realidad política (Estados integrados), económica (mercados comunes) y social (culturas globales). Por ello es imprescindible que dé, en toda su dimensión científica; respuesta simultánea a los nuevos espectros y escenarios de la contemporaneidad»²¹

7. CONCLUSIONES

1. La Constitución establece como vía de solución de conflictos contractuales, la vía arbitral y la judicial.
2. La ley peruana establece la obligatoriedad del arbitraje para los contratos que suscribe el Estado no distinguiendo entre materias disponibles e indisponibles.
3. El contrato administrativo no ha sido producto de una doctrina elaborada por la jurisprudencia ni ha existido en nuestro derecho positivo. Si ha sido mencionado, es justamente con la finalidad de negarlo²². No existe por tanto espacio para supuestas potestades contractuales irrenunciables propias de la doctrina del contrato administrativo ni para materias indisponibles con relación al arbitraje.
4. Para efectos de la invocación del arbitraje en los contratos del Estado, no cabe distinguir entre actos administrativos y simples pronunciamientos de la Administración. La ley se refiere solo a la existencia de controversias como habilitante de la sede arbitral.
5. El arbitraje deviene en una necesidad por lo endeble de nuestra institucionalidad estatal y la necesidad de garantizar predictibi-

²¹ DROMI, Roberto, *El Derecho público en la hipermodernidad*, Universidad Complutense/Hispania Libros, Madrid-México D.F., 2005, p. 44). Vide también DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, 11ª ed., Hispania Libros, Madrid-México-Buenos Aires, 2006.

²² En efecto, la ley marco para el crecimiento de la inversión privada, Decreto Legislativo N° 757, artículo 39, dispone: «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».

lidad y estabilidad a los inversionistas, constituyendo un medio pragmático concordante con la realidad y el logro de las propias finalidades de la Administración.

6. El derecho de los contratos públicos en los ordenamientos locales latinoamericanos, debido a los usos mercantiles internacionales, por la globalización del capital y la necesidad de captar inversiones de parte de nuestros Estados, debe tender hacia la aceptación del arbitraje sin materias indisponibles.

JUS

Gestión Pública

INFORMACIÓN JURÍDICA, PRESUPUESTARIA Y DE ORGANIZACIÓN PARA INSTALACIONES PÚBLICAS

Directores

Jorge Dávalos Ortiz
Richard Martín Urado
Mario Linares Jara
Alberto Retamozo Linares

Comité Consultivo

Alfredo Jiliberto González
Walter Delgado Silva
Gustavo Guerra Cabera
César Ochoa Cortés
Ricardo Salazar Chávez
Nelson Stack Ylla
Diego Zegarra Valtierra

Especial CONTRATACIÓN PÚBLICA

Mario Linares Jara
Procedimientos y modalidades de
selección de contratistas

Gustavo Beramendi Galdós
La modalidad especial de
selección vía subasta inversa

Marco Antonio Martínez Zamora
El régimen de impugnaciones en
los procesos de selección

María del Carmen Tovar Gil
La función del arbitraje en las contrataciones
y adquisiciones del Estado

Jorge Luis Dunayre Ordinola
Los vicios ocultos en la ejecución contractual

Alberto Retamozo Linares
Entre la Ley de Contrataciones y Adquisiciones
del Estado y Perú compras

GRUPO EDITORIAL
JUS
2007

GRILEY