

### 3. LOS MECANISMOS DE CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN: FORTALEZAS Y DEBILIDADES

#### 3.1 EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

##### (a) Régimen Constitucional del Proceso Contencioso-administrativo

El proceso contencioso-administrativo en el Perú ha sido configurado en el artículo 148 (50) de la Constitución como mecanismo de tutela jurisdiccional de los privados para defenderse de las actuaciones administrativas arbitrarias que les afecten, así como una garantía esencial del Estado de Derecho, porque constituye un medio creado para controlar que la Administración Pública actúe subordinada al marco jurídico que regula su actividad (la Constitución, las leyes y los reglamentos), permitiendo a los ciudadanos acudir a otro Poder del Estado (el Judicial) demandando que evalúe si las actuaciones

Las reglas de desarrollo del proceso contencioso-administrativo están contenidas en la Ley núm. 27584 (51), que es la primera norma legal que reguló en forma específica en el Perú el citado proceso (52), cuyas modificaciones posteriores, entre ellas la más importante dispuesta por el Decreto Legislativo núm. 1067 de junio de 2008, han sido recopiladas en el Texto Unido Ordenado de la Ley núm. 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso-administrativo aprobado mediante Decreto Supremo núm. 013-2008-JUS del 28 de agosto del año 2008, al que en adelante nos referiremos como el TUO de la LPCA.

La citada ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo, establece con fines meramente ilustrativos (no taxativos) una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio administrativo, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgreden el marco legal (ejem: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos

---

(50) «Artículo 148. Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contenciosa-administrativa».

(51) Ley cuya entrada en vigencia se dilató seis (6) meses desde el 17 de abril del 2002 hasta junio del mismo año por mandato de un Decreto de Urgencia que utilizó como justificación el infundado temor del Gobierno de una posible avalancha de ejecuciones de obligaciones pecuniarias en su contra, que nunca se dio.

(52) Sobre el tema: PRIORI POSADA, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del proceso Contencioso-Administrativo*, Ara Editores, Lima, 2009, 4.ª edición, p. 59. También: HUAPAYA TAPIA, Ramón, *Tratado del Proceso Contencioso-Administrativo*, Jurista Editores, Lima, 2006, p. 377. Díez SÁNCHEZ, Juan José, «Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», en la obra colectiva promovida por la Asociación Peruana de Derecho Administrativo titulada *Derecho Administrativo*, que recoge las ponencias presentadas al Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo celebrado en la Pontificia Universidad Católica del Perú en abril del 2004, Jurista Editores, Lima, 2004, pp. 167 ss.

por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos que suscribe la administración pública peruana, razón por la cual en el Perú la casi totalidad de las controversias que se generan entre los contratistas privados y el Estado durante la ejecución de un contrato con el Estado se resuelve a través de procesos arbitrales (art. 4).

El contencioso-administrativo es diseñado como un proceso de plena jurisdicción, o como la doctrina administrativa le denomina «de carácter subjetivo», de modo que el juez no se limita a solo revisar la legalidad de los actos administrativos, sino que tiene encomendado la protección y la satisfacción de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas (53). Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso, las que pueden acumularse, sea de forma originaria o sucesiva, se encuentran: que se declare la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado; el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo; que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme y que se le condene al pago de indemnización por el daño causado por alguna actuación administrativa (art. 5.º).

En lo que respecta a la pretensión indemnizatoria para exigir la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración, como hemos señalado en otro trabajo (54), si bien es positiva la evolución que ha experimentado el régimen legal del proceso contencioso-administrativo que con las reformas introducidas por el Decreto Legislativo núm. 1067 a partir del año 2008 se ha consignado por primera vez en la relación de pretensiones que se pueden exigir en los procesos contenciosos administrativos a la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la Administración pero condicionándola a que solo opere siempre y cuando se plantee en forma acumulativa a alguna de las otras pretensiones que se exijan en la correspondiente demanda, sin embargo la realidad ha demostrado que dicha condicionalidad ha afectado gravemente en la práctica su operatividad (55).

Asimismo se establece que el contencioso-administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (art. 213.4 de la LPAG) facultan a la administración pública para demandar ante el Poder Judi-

---

(53) Sobre el tema: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, «El nuevo proceso contencioso-administrativo peruano: ¿Principio del fin de nuestro amparo alternativo?», en *Normas Legales*, tomo 319, volumen II, Lima, diciembre 2002, pp. 1 ss. También publicado en *Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso*, Ara Editores, Lima, 2003, p. 253 ss.

(54) En «Fundamentos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la administración pública en el Perú», ponencia presentada al XIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, publicada en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Coordinadores Jaime Rodríguez Arana y otros, Universidad Panamericana, México, 2014, tomo II, p. 417.

(55) Participa de la misma opinión crítica: Luis Alberto HUAMÁN ORDÓÑEZ. *El proceso contencioso-administrativo. Opus cit.*, 164 y 165 y 287 a 289; también Giovanni F. PRIORI POSADA. *Comentarios a la Ley del proceso contencioso-administrativo, op. cit.*, pp. 138 a 142 quien considera que como consecuencia de dicha restricción el afectado no estaría impedido de poder derivar la pretensión indemnizatoria por sí sola al proceso y juez civil, quebrando el principio de especialidad que es propio del proceso contencioso-administrativo.

cial la declaración de nulidad de sus propios actos administrativos declarativos de derechos a favor de un particular, dentro del plazo de los dos años siguientes al vencimiento del plazo de un año con que cuenta la Administración para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa (56). La ley exige que la administración pública para hacer uso de la citada facultad de interponer demanda contenciosa administrativa contra sus propios actos emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (segundo párrafo del art. 13). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (numeral 5 del art. 15).

En cuanto a los órganos jurisdiccionales encargados de resolver el proceso contencioso-administrativo, la ley consagra la creación de jueces de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso-administrativo, con el objetivo de obtener mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. En los distritos judiciales del país en los que no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso-administrativo será competente el Juez en lo Civil o el Juez mixto, o en su caso la Sala Civil correspondiente. Se establece que el proceso deberá iniciarse por regla general ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la respectiva Corte Superior (art. 11). La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (arts. 35 y 36), salvo aquellos casos en que el objeto de la demanda verse sobre actuaciones del Banco Central de Reserva del Perú (BCR), la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Pensiones (SBS) y de la Superintendencia Nacional de Salud, en el que es competente, en primera instancia la Sala Especializada en lo Contencioso-administrativo de la Corte Superior respectiva, en segunda instancia la Sala Civil de la Corte Suprema y si se interpone recurso de casación la competencia recae en la Sala Constitucional y Social también de la Corte Suprema (57). En nuestra opinión no existe justificación alguna para que la Corte Suprema, es verdad que a través de Salas diferentes, pueda pronunciarse dos veces en un mismo proceso.

La ley establece el plazo de tres meses como regla general para que los afectados por alguna actuación de la administración pública puedan interponer la correspondiente demanda contenciosa administrativa, a contar desde el conocimiento o notificación de la actuación impugnada, lo que ocurra primero. En los casos en que se haya producido silencio administrativo negativo u otras formas de inactividad formal de la Administración Pública no se computa plazo para que los interesados

---

(56) Sobre el tema: Juan Carlos MORÓN URBINA. «El proceso de lesividad: El contencioso promovido por la Administración». En *Proceso & Justicia. Revista de Derecho Procesal*. Editada por la asociación civil Taller de Derecho. núm. 3, Lima, p. 30 ss. También HUAPAYA TAPIA, Ramón, «Algunos temas puntuales en relación a la regulación normativa del proceso contencioso-administrativo de "agravio" o de lesividad en la ley que regula el proceso contencioso-administrativo del Perú», publicado en *Administración Pública, Derecho Administrativo y Regulación*, Ara Editores, Lima, 2011, p. 463.

(57) Según el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de la LPCA cuyo texto ha sido modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo núm. 1158 del 2013.

interpongan su demanda porque se entiende que es responsabilidad de cargo de la Administración Pública el no emitir oportunamente su pronunciamiento. Cuando se pretenda cuestionar actuaciones materiales que no se sustenten en actos administrativos el plazo para presentar la demanda será de tres meses desde el día siguiente en que se tomó conocimiento de las referidas actuaciones. Respecto de los terceros que no hayan participado en el respectivo procedimiento administrativo que da origen a alguna actuación administrativa pero que resulten afectados por la misma, podrán interponer su correspondiente demanda contenciosa administrativa dentro de los plazos reseñados computados a partir del momento en que haya tomado conocimiento de la actuación que pretenden cuestionar (art. 19).

En cuanto al cauce procesal, el régimen legal vigente contempla dos tipos de modalidades del proceso contencioso-administrativo: (i) el denominado incorrectamente «procedimiento» especial, que viene a ser propiamente el proceso específico (normal, regular) del proceso contencioso-administrativo, y (ii) el denominado proceso urgente, referido únicamente a tres de las pretensiones anteriormente reseñadas y siempre que se cumplan determinados requisitos especiales.

En materia de pruebas, si bien el texto inicial de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo aprobado por el Congreso, a contracorriente de las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringió la actividad probatoria en el contencioso-administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial (58), la reforma al texto del artículo 30 dispuesta en el año 2008 por el Decreto Legislativo núm. 1067, morigeró parcialmente dicha restricción al establecer que no operaría cuando se produzcan hechos nuevos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso (59).

Sin embargo la tesis correcta en nuestra opinión, es la que sostiene que en el contencioso-administrativos los jueces deben «enjuiciar el litigio con plenitud de jurisdicción resolviendo las pretensiones de las partes a la vista de los hechos acreditados en el momento de dictar sentencias, hayan sido probados en el proceso o fuera de él».

Las medidas cautelares son admitidas con amplitud en la ley del proceso contencioso-administrativo peruano, porque pueden solicitarse incluso antes de iniciado o dentro del proceso de conformidad con las normas del Código Procesal Civil

---

(58) Calificó la referida restricción a la actividad probatoria como una quiebra sustancial a la complitud de la plena jurisdicción en el diseño del régimen legal del proceso contencioso: DíEZ, Juan José, «Comentarios en torno a la ley del proceso contencioso-administrativo del Perú», publicado en *Derecho Administrativo*, Libro de Ponencias del Primer Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Jurista, Lima, 2004, p. 191.

(59) Participa de la crítica a las restricciones que impuso el Congreso en el texto primigenio de la ley aprobada en lo referido al régimen de las pruebas: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, en «Notas sobre el anteproyecto de ley del proceso contencioso-administrativo hoy en debate en el Perú», publicado en *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*, Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima, 2014, pp. 497 a 548, en el que da cuenta de las propuestas contenidas en un proyecto de ley elaborado por una Comisión designada por el Ministerio de Justicia en el año 2013 para proponer reformas a la ley del proceso contencioso-administrativo; también es crítico de las citadas restricciones al régimen de las pruebas: HUAMÁN ORDÓÑEZ., Luis Alberto, *El proceso contencioso-administrativo*. *Opus cit.*, y PRIORI POSADA, Giovanni F., *Comentarios a la Ley del proceso Contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 219.

(art. 38). Se establece que son especialmente procedentes las medidas de innovar y de no innovar (art. 40).

Respecto del régimen de las medidas cautelares en los procesos contencioso-administrativos en el Perú, en los últimos años se han dictado disposiciones legales para establecer requisitos y reglas que hacen más difíciles y gravosas el acceso de los justiciables a dichas medidas cautelares en tres regímenes sectoriales: en las controversias en el ámbito de lo tributario cuando se cuestionen las decisiones que dicta en última instancia administrativa el Tribunal Fiscal o en general la Administración Tributaria (60); en las controversias respecto de los derechos administrativos que otorga el Ministerio que regula actividad de pesca en lo referido al uso, aprovechamiento, extracción o explotación de recursos naturales hidrobiológicos (61) y para cuestionar las sanciones administrativas o el ejercicio de cualquiera de sus funciones por parte del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental –OEFA– (62). El común denominador de los requisitos que las normas específicas de los referidos regímenes exigen es que el interesado debe presentar una contracautela consistente en una garantía, ya sea real o una carta fianza de carácter bancario o financiero, por el importe del asunto o tema en discusión. No se acepta en ningún caso la caución juratoria como contracautela. En el caso de la actividad de pesca la única garantía que puede acreditar el solicitante es la carta fianza

En nuestra opinión las exigencias glosadas en los tres ámbitos descritos constituyen una limitación inconstitucional al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación de acceso al otorgamiento de medidas cautelares, porque restringen a los justiciables acceder a la tutela cautelar imponiéndole por vía legal a los jueces la obligación de exigir requisitos y ceñirse a procedimientos que tienen como consecuencia que se reduzcan los medios que tienen a su disposición los justiciables para defenderse de los posibles abusos de la administración pública, debido a que la dilación del trámite del proceso judicial pueda convertir en irreparable la lesión en sus derechos (63).

En lo que respecta al régimen de ejecución de las sentencias, la ley del proceso contencioso-administrativo fortalece las potestades de los jueces para velar porque los funcionarios de la Administración Pública cumplan las sentencias recaídas en los procesos contencioso-administrativos (arts. 45 y 46). En cuanto a la ejecución de sentencias que condenen al Estado a pagar sumas de dinero es importante tener presente el artículo 47 de la ley del proceso contencioso-administrativo que establece las reglas que regulan el cumplimiento o ejecución de las citadas sentencias

---

(60) Decreto Legislativo núm. 1121 que reforma el artículo 159 del Código Tributario que regula las medidas cautelares judiciales en materia tributaria, modificado posteriormente en forma parcial por el artículo 7 de la Ley núm. 30230.

(61) Ley núm. 29639 de diciembre del 2010.

(62) Ley núm. 30011 de abril del 2013, que incorpora el artículo 20-A titulado «Ejecutoriedad de las resoluciones de OEFA», a la Ley núm. 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

(63) Critican duramente las exigencias establecidas para el otorgamiento de medidas cautelares en materia tributaria: PRIORI POSADA, Giovanni, «El inconstitucional proceso contencioso-administrativo tributario: la progresiva eliminación de las garantías procesales», en *Libro Homenaje a Carlos Montoya Anguerry*, PUCP, Lima, 2014, pp. 314 ss; ABAD Y., Samuel, y DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, «La inconstitucional regulación de las medidas cautelares contra la Administración Tributaria y el Tribunal Fiscal», en *Revista del Instituto peruano de Derecho Tributario*, núm. 56, Lima 2013, tomo II, pp. 15 a 36.

por parte de la Administración Pública, mediante el establecimiento de topes presupuestales y de plazos para cumplirlas que deben ser interpretadas y cumplidas de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (64) [que entre otras reglas establece que el plazo razonable de ejecución no debería superar los 5 años (65)] para que dichas normas sean aplicadas de manera compatible con los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la igualdad, a la cosa juzgada e incluso el propio derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales reconocido también por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (66).

Lamentablemente en los últimos 15 o casi 20 años ha sido frecuente en el Perú el establecimiento, por medios legales diferentes a la ley reguladora del proceso contencioso-administrativo, de graves restricciones a la posibilidad de ejecutar sentencias que establezcan obligaciones pecuniarias contra el Estado, no obstante las citadas sentencias del Tribunal Constitucional e incluso reiterados informes de la Defensoría del Pueblo sobre la materia que llaman la atención sobre la inconstitucionalidad de las repetidas veces que por medios legislativos se ha dotado al Estado de un régimen legal que le permita resistirse al cumplimiento de sentencias judiciales condenatorias de pago de sumas de dinero (67). Se tiene entendido que felizmente en algunos casos los jueces invocando el segundo párrafo del artícu-

(64) En especial con la sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes núm. 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), del 1 de febrero del 2004, verdadero *leading case* nacional en la materia

(65) «A juicio de este colegiado, establecer un plazo máximo de 5 años para que el Estado cubra proporcionalmente la totalidad de una obligación declarada en una resolución judicial resulta razonable y, por ende, constitucional. Pero no es razonable ni constitucional el incumplimiento de sentencias judiciales que, teniendo ya más de 5 años de dictadas, no hayan sido presupuestadas conforme a la legislación vigente al tiempo de ser expedidas dichas sentencias; en consecuencia corresponde investigar al Ministerio Público si los funcionarios públicos que incumplieron con presupuestar las deudas del Estado procedieron o no dolosamente». Sentencia recaída en los procesos de inconstitucionalidad tramitados con los expedientes núm. 0015-2001-AI, 0016-2001-AI y 004-2002-AI (acumulados), FFJJ núm. 55.

(66) «El derecho a la ejecución de las sentencias judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que por su propio carácter tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales (v. Gr. El derecho que un proceso dure un plazo razonable, etc.). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de una sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiera a ello, por el daño sufrido». Sentencia recaída en los expedientes núms. 015-AI, 016-AI y 004-AI/Tc (acumulados) FFJJ núm. 11.

(67) Sobre la materia: BACA ONETO, Víctor, «La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración, en especial, el caso del embargo de dinero público», publicado en *Revista de Derecho Administrativo* núm. 2, Lima 2006, pp. 167; José Antonio TIRADO «Las reglas aplicables a la ejecución de sentencias contra entidades públicas en la ley del proceso contencioso-administrativo», publicado en: *Derecho Administrativo: innovación, cambio y eficacia*. Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional de Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima 2014, pp. 497 a 548; ABAD, Samuel, «Cuando el Estado no cumple: el difícil camino para ejecutar una sentencia en los procesos contencioso-administrativos», publicado en *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano. Ponencias presentadas en el tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo (Lima, 2008)*, Grijley, Lima 2008, pp. 17 a 39; EGUIGUREN P., Francisco, «La inexecución de las sentencias por incumplimiento de entidades estatales. Algunas propuestas de solución», en *Ius et Veritas*, núm. 18, Lima, p. 96.

lo 138 de la Constitución (68) que les permite ejercer el control difuso de inconstitucionalidad han procedido a ejecutar directamente sus sentencias, inaplicando al caso concreto las normas que pretenden restringir sus poderes, por considerarlas contrarias a los derechos de los justiciables consagrados en la Constitución. La jurisprudencia constitucional peruana ha sido enfática en disponer que el Estado debe cumplir con las sentencias que le condenan al pago de sumas de dinero, estableciendo incluso por vía jurisprudencial reglas que el legislador, la administración pública y los propios jueces deben tener en cuenta en la regulación, cumplimiento y ejecución de las sentencias de condena

El numeral 41.1 de la Ley del Proceso Contencioso-administrativo establece que el personal al servicio de la Administración Pública, cualquiera fuera el régimen de su vinculación con la misma, se encuentra sujeto a la obligación de cumplir la sentencia emitida en el proceso, actuando como parte sometida plenamente al control del Poder Judicial; en virtud de lo cual se indica que el mismo se encuentra prohibido de calificar el contenido de la sentencia o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, quedando obligados a realizar todos los actos necesarios para la completa ejecución de la resolución judicial. Conviene precisar, que en el cumplimiento del deber de ejecutar las sentencias estimatorias recaídas en los procesos contencioso-administrativos, el personal al servicio de la Administración no actúa en ejercicio de potestades administrativas propias, sino como parte vencida en juicio, en igualdad de condiciones respecto del demandante y sometida a la potestad de la jurisdicción para dictar sentencia e imponer su contenido.

### 3.2 LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES

#### (a) Marco constitucional y legal del sistema de jurisdicción constitucional en el Perú

La Constitución de 1993 establece en su artículo 200 los siguientes procesos constitucionales para la protección de los derechos constitucionales y la depuración del sistema jurídico:

- 1) El *Habeas Corpus* para la protección de la libertad personal y de los derechos conexos a este último;
- 2) El *Habeas Data* para la protección del derecho constitucional de acceso a la información que obra en poder de la administración pública y del derecho constitucional a la autodeterminación respecto de datos vinculados a la intimidad personal y familiar;
- 3) El Amparo para la protección de los demás derechos constitucionales no tutelados por el *Habeas Corpus* ni por el *Habeas Data*,
- 4) La denominada Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley;

---

(68) «Constitución, artículo 138, segundo párrafo. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.»

## VI. LA EVOLUCIÓN DE LAS GARANTÍAS JURÍDICAS DE LOS ADMINISTRADOS...

5) La Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional para el control de la constitucionalidad de las normas con rango de ley;

6) La denominada Acción Popular que se interpone ante el Poder Judicial para el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y de todo dispositivo legal dictado por la Administración Pública subordinado a la ley; y

7) El conflicto de competencias y atribuciones que se tramita ante el Tribunal Constitucional para resolver las controversias constitucionales entre poderes y organismos constitucionales previstos por la Constitución.

De los 7 procesos constitucionales mencionados encontramos que los 4 primeros: el *habeas corpus*, el amparo, el *habeas data* y la denominada acción de cumplimiento pueden plantearse contra actos de autoridades públicas o de particulares que se estimen violatorios de derechos constitucionales, mientras que las tres restantes: la acción de inconstitucionalidad contra leyes y normas que participen de ese rango, la acción popular contra reglamentos y el conflicto de competencias y atribuciones constitucionales, tienen por objeto el control de la conformidad constitucional o legal de las normas jurídicas de carácter general y la solución de controversias constitucionales competenciales.

Los procesos que sirven para la tutela de los derechos constitucionales pueden ser formulados por cualquier persona que se considere afectada en sus derechos por actuaciones u omisiones de entidades administrativas, funcionarios públicos o incluso por particulares. Señala el artículo 1 del Código Procesal Constitucional (69) que regula los mencionados procesos que su finalidad es «proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o un acto administrativo».

En lo que respecta a las reglas de competencia, tratándose de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao el respectivo proceso se inicia ante los denominados jueces especializados en derecho público, en los demás distritos judiciales como está organizado el Poder Judicial en el Perú son competentes para conocer los procesos de *habeas corpus* los jueces especializados en la materia penal, mientras que respecto de los demás procesos constitucionales (amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento) la competencia corresponde a los jueces civiles o de carácter mixto. En segunda instancia en Lima y Callao es competente para conocer en vía de apelación la sala superior de derecho público, mientras que en los distritos judiciales de provincias la competencia corresponde a las respectivas salas especializadas en lo civil. En caso que el fallo de segunda instancia resulte favorable al demandante el proceso concluye y no cabe formular otro recurso para impugnar la sentencia. Conforme a la Constitución de 1993 solo en caso que el Poder Judicial resuelva desfavorablemente las demandas de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de cumplimiento cabe que el demandante formule recurso de

---

(69) Conforme al nuevo Código recientemente aprobado mediante la Ley N.º 31307, vigente a partir del 24 de julio del 2021, sobre la base del anterior Código del mismo nombre que fuera aprobado en base a un proyecto preparado por un grupo de trabajo conformado por seis profesores de Derecho Constitucional, Procesal Administrativo y Penal, en el que tuvimos el honor de participar. AAVV «Código Procesal Constitucional. Comentarios, exposición de motivos, dictámenes e índice analítico». Palestra editores, Lima, 2004..



agravio constitucional para que su pretensión sea resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional quien falla sobre el fondo del asunto. Como se puede apreciar la Corte Suprema no conoce del trámite de los procesos constitucionales citados, salvo los casos que se adopten decisiones jurisdiccionales que en aplicación del control difuso de las normas legales, caso en cual se somete a consulta de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia si tales decisiones no hubieran sido impugnadas. Otro aspecto importante a destacar es que al Tribunal Constitucional peruano solo pueden acceder los demandantes de los procesos constitucionales que no han encontrado acogida a sus pretensiones de tutela constitucional ante el Poder Judicial y nunca los demandados como sería el caso de las entidades administrativas y los funcionarios o servidores públicos.

Como se ha señalado anteriormente, los procesos constitucionales que estamos comentando tutelan diferentes derechos constitucionales. El *habeas corpus* conforme a su origen histórico sirve exclusivamente para la protección de la libertad personal o de los derechos conexos a ella, los que por regla general solo pueden ser restringidos por mandato judicial y no por actuaciones administrativas.

En cambio el *habeas data* protege solo dos derechos constitucionales los cuales tienen incidencia en el ámbito administrativo. Es el caso del derecho reconocido por el numeral 5) del artículo 2 de la Constitución que tiene toda persona «a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido», exceptuándose solo las informaciones que afecten la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional, además de la información comprendida en el secreto bancario y la reserva tributaria. Por tanto, cualquier persona que considere no atendida por la administración pública su solicitud de acceso a la información que obra en su poder, está constitucionalmente facultado para formular demanda de *habeas data* a fin de que los jueces ordenen a los funcionarios administrativos obrar conforme al principio de transparencia. Así ha sucedido en casos que adquirieron publicidad iniciados por organizaciones dedicadas a la protección del medio ambiente que exigieron y obtuvieron sentencias favorables que ordenaba a los ministros del sector competente entregar los estudios de impacto ambientes y otros documentos relevantes para la protección del medio ambiente. El segundo derecho susceptible de ser tutelado por el *habeas data* es el denominado por la doctrina constitucional «derecho a la autodeterminación informativa» o a la «libertad informática» que para garantizar la intimidad personal y familiar permite que toda persona tenga la potestad de conocer y acceder a las informaciones que le conciernen archivadas en bancos de datos públicos o privados, exigir la corrección o cancelación de datos inexactos o indebidamente procesados y disponer sobre su transmisión.

El proceso de cumplimiento (70) otorga a los particulares la garantía jurisdiccional de poder reaccionar contra la abstención administrativa ya sea que ésta se manifieste en inactividad formal, es decir, por la omisión en la producción de un acto administrativo individual o de una disposición reglamentaria de carácter general, o por la inactividad material, consistente en la simple inejecución de un acto

---

(70) «Constitución, artículo 200. Son garantías constitucionales: 6) La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, son perjuicio de las responsabilidades de ley.»

debido. En un anterior trabajo (71) he sostenido que la denominada «acción de cumplimiento» no configura propiamente un proceso constitucional porque no está destinada a tutelar ningún derecho constitucional en especial. En el citado trabajo opiné que «se trata en verdad de un mecanismo procesal referido esencialmente al control jurisdiccional (objetivo) de la administración, que en lugar de estar consignado en el capítulo de las garantías destinadas a la protección de los derechos constitucionales, bien pudo ser considerado como una modalidad especial de la acción contenciosa-administrativa» (72). Es importante resaltar que la incorporación de la acción de cumplimiento en la Constitución tiene por efecto otorgar protección, a través de un mecanismo expeditivo y que puede llegar en última instancia al Tribunal Constitucional, a una serie de derechos de origen legal que de ordinario no encontrarían tutela a través de un proceso constitucional que solo tutela derechos fundamentales. A diferencia del proceso de amparo que procede incluso contra conductas omisivas de autoridades o funcionarios pero siempre que vulneren exclusivamente derechos constitucionales, la acción de cumplimiento otorga cobertura a derechos de origen legal concediendo a los particulares la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial que obligue a los órganos de la administración pública hacerlos efectivos.

El proceso de amparo (73) tutela todos los demás derechos constitucionales no protegidos por el *habeas corpus* ni por el *habeas data*. Como se puede apreciar, su ámbito de protección es considerablemente mayor que los demás procesos constitucionales. Por esa razón es que la jurisprudencia publicada en el Diario Oficial permite comprobar que es el proceso constitucional más utilizado por quienes se consideran vulnerados en sus derechos fundamentales.

En el Código Procesal Constitucional se establece un trámite de carácter sumario para el proceso de amparo aunque la realidad en muchos casos lo desmiente. La jurisprudencia unánimemente ha entendido que se trata de un proceso de carácter urgente o subsidiario a los procesos ordinarios previstos por el ordenamiento jurídico como es el caso del contencioso-administrativo, por tanto; no debe operar como una «sanalotodo», que reemplace a otros procesos que permiten obtener un nivel similar de satisfacción a las pretensiones de quienes se sientan afectados en sus derechos constitucionales. Un criterio frecuentemente utilizado por los jueces para determinar la procedencia de una demanda de amparo es evaluar la necesidad o no de actuaciones probatorias complejas, porque de ser ese el caso resuelven declarando improcedente la demanda por no constituir el amparo la vía idónea para actuar pruebas con la amplitud requerida normalmente. El artículo 5 del Código Procesal Constitucional señala de manera expresa que los jueces deben declarar la improcedencia de las demandas cuando comprueben que «existen vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho

---

(71) «El amparo por omisión y la acción de cumplimiento en la Constitución peruana de 1993», publicado en *Lecturas Constitucionales Andinas* núm. 3, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 206.

(72) Como en efecto posteriormente ha sido contemplado por la vigente Ley núm. 27584 reguladora del proceso contencioso-administrativo que entre las actuaciones impugnables señaladas por el numeral 2) de su artículo 4 considera a «... la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública».

(73) Sobre el tema, ABAD Y., Samuel, *El proceso constitucional de amparo*. Gaceta Jurídica editores, Lima, 2004.

constitucional amenazado o vulnerado, salvo cuando se trate del proceso de *habeas corpus*» (74).

Conforme al Código Procesal Constitucional los presupuestos procesales del amparo son también exigibles para la procedencia del *habeas data* y del proceso de cumplimiento.

Para la procedencia del proceso de amparo es indispensable que los hechos y el petitorio de la demanda estén referidos a derechos que tengan sustento constitucional directo o a los aspectos constitucionalmente protegidos del derecho invocado.

Cabe recordar que, como sucede con todo proceso constitucional, el amparo procede no solo contra actuaciones violatorias directamente de derechos constitucionales, sino también cuando se amenacen a los citados derechos ya sea por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorios, en estos casos cuando en la demanda se invoque la protección contra amenazas de violación de derechos deberá fundamentarse porque se considera que la amenaza respecto de la cual se solicita protección tiene carácter cierta y de inminente realización.

En cuanto a la legitimación para interponer la demanda le corresponde interponerla al afectado quien puede comparecer por medio de representante procesal. En cambio, cuando se trate de la amenaza o violación del derecho al medio ambiente u otros derechos difusos que gocen de reconocimiento constitucional, la demanda puede ser interpuesta por cualquier persona, así como por las entidades sin fines de lucro cuyo objeto sea la defensa de los referidos derechos. Asimismo la Defensoría del Pueblo esta facultada para interponer la demanda de amparo en ejercicio de sus competencias constitucionales.

Se contempla un plazo de 60 días a contar desde la fecha en que se produce la presunta afectación del derecho constitucional alegado, plazo que computado en días hábiles equivale prácticamente a tres meses. Se trata de un plazo semejante al que establece la ley del proceso contencioso-administrativo. Las normas reguladoras del proceso de amparo establecen que en caso los actos que constituyen la afectación tengan carácter continuado, el plazo para interponer la demanda se computa desde la fecha en que se realizó por última vez la agresión.

Conforme hemos comentado anteriormente en el ordenamiento administrativo peruano proviene de la propia Constitución la regla que exige el preceptivo agotamiento de la vía previa administrativa como requisito para que los particulares puedan iniciar procesos contenciosos-administrativos. Sin embargo, dicho requisito ha sido flexibilizado en el régimen legal de los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales, porque se contemplan importantes excepciones a dicha exigencia en atención a la posición preferente que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional peruano (75). Por tanto, en nuestra expe-

---

(74) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano dictada desde la vigencia del Código Procesal Constitucional ha establecido los criterios para que los procesos constitucionales como es el caso del amparo y del proceso de cumplimiento constituyan únicamente una vía subsidiaria a los procesos ordinarios para el cuestionamiento de las actuaciones administrativas como es el caso del proceso contencioso-administrativo.

(75) Código Procesal Constitucional, Artículo 43. Agotamiento de las vías previas. El amparo Sólo procede cuando se hayan agotado las vías previas. En caso de duda sobre el agotamiento de la vía previa se preferirá dar trámite a la demanda de amparo. No será exigible el agotamiento de las vías previas si: 1) Una resolución que no sea la última en la vía administrativa, es ejecutada antes de vencerse el plazo para que quede consentida; 2) Por el agotamiento de la vía previa la

riencia jurisprudencial es muy frecuente que los particulares puedan presentar demandas de amparo invocando que le sea de aplicación alguna de las causales de exoneración del agotamiento de la vía administrativa expresamente previstas por la ley, lo que facilita su acceso directo a la justicia, a diferencia de lo que sucede con el contencioso-administrativo para cuya procedencia es indispensable acreditar el cumplimiento del mencionado requisito.

Respecto de las medidas cautelares a favor del demandante el Código Procesal Constitucional ha establecido su plena operatividad de las citadas medidas en los procesos constitucionales de tutela de derechos constitucionales: (i) Para su expedición el juez debe apreciar que el pedido sea adecuado o razonable la existencia de apariencia de buen derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado para garantizar la eficacia de la pretensión, no se exige contracautela; (ii) el juez no requiere correr traslado de la solicitud a la parte demandada lo que en la práctica precedente dilataba el trámite; (iii) la apelación de la medida cautelar otorgada no suspende la ejecución o el deber de cumplimiento inmediato de la medida(76), de esta manera se corrige otro de los graves defectos de la regulación anterior y (iv) se establece que el juez al conceder la medida cautelar debe atender al límite de irreversibilidad de la misma y al perjuicio que por la misma se pueda ocasionar en armonía con el orden público, la finalidad de los procesos constitucionales y los postulados constitucionales.

El Código Procesal Constitucional no contempla la realización de una etapa de pruebas en los procesos constitucionales como el amparo(77), lo que no impide la presentación de pruebas de carácter instrumental o la realización de las diligencias que el juez de la causa considere necesarias sin dilatar los términos, no requiriéndose notificar previamente a las partes sobre la realización de las diligencias. La reducida actividad probatoria se explica en razón del carácter extraordinario del proceso de amparo que la jurisprudencia ha establecido que solo debe proceder en caso no existan otras vías procesales igualmente idóneas para que los particulares puedan tutelar sus derechos.

Las sentencias recaídas en los procesos de amparo participan del mismo carácter de las denominadas por un sector de la doctrina administrativa como «sentencias de plena jurisdicción» porque los jueces están facultados para reconocer una situación jurídica individualizada y disponer la adopción de medidas para el pleno restablecimiento de dicha situación, de modo que pueden imponerle a la administración vencida la realización de todo tipo de prestaciones, cuando sea necesario para restablecer el actor en el goce de sus derechos constitucionales vulnerados.

---

agresión pudiera convertirse en irreparable; 3) La vía previa no se encuentra regulada, o si ha sido iniciada, innecesariamente por el afectado, o; 4) No se resuelve la vía previa en los plazos fijados para su resolución».

(76) Salvo que se trate de resoluciones de medidas cautelares que declaren la inaplicación de normas legales autoaplicativas (es decir en ejercicio del control difuso de constitucionalidad de las leyes en un caso concreto), en cuyo caso la apelación se otorga con efecto suspensivo.

(77) «Artículo 9. Ausencia de etapa probatoria.

Artículo 13. Ofrecimiento de medios probatorios. Oportunidad y valoración.

En los procesos constitucionales los medios probatorios se ofrecen con la interposición de la demanda y en el escrito de contestación. Solo son procedentes aquellos que no requieren actuación, lo que no impide la realización de la actuación de las pruebas que el juez considere indispensables, sin afectar la duración del proceso. El juez puede ordenar a petición de parte la exhibición de los documentos que se hallen en poder de dependencias estatales, bajo responsabilidad. En este último caso no se requerirá notificación previa. Los medios probatorios se valoran de manera conjunta al momento de emitir sentencia.»

Como se ha comentado anteriormente el carácter pleno de la tutela susceptible de ser alcanzada por los justiciables vía los procesos constitucionales, en mi opinión, abona a favor de la obligatoria caracterización del proceso contencioso-administrativo en el Perú como uno que no puede tener un rol inferior al del proceso del amparo. La diferencia principal entre ambos procesos reside en el ámbito de protección comprendido en su radio de acción, porque mientras que vía el amparo se tutelan exclusivamente derechos de rango constitucional, no protegidos por los demás procesos constitucionales, en el contencioso-administrativo encuentran acogida pretensiones de tutela de derechos o intereses creados por normas legales.

El Código Procesal Constitucional establece que las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los procesos constitucionales para la tutela de derechos fundamentales tendrán carácter de jurisprudencia vinculante cuando de ellas se pueda desprender principios de interés general, lo que no impide que en nuevos casos los jueces puedan apartarse de dicho precedente siempre que sustenten debidamente la nueva resolución.

Otra diferencia importante con el proceso contencioso-administrativo reside en que las normas sobre los procesos constitucionales disponen la obligatoria publicación de la jurisprudencia en el *Diario Oficial El Peruano* lo que permite a los distintos operadores del derecho (otros magistrados, académicos, abogados, etc.) conocer el tenor de los fallos a fin de enterarse de los razonamientos seguidos por los jueces y las posibles tendencias jurisprudenciales sobre determinadas materias.

Como colofón a esta parte del trabajo que hemos dedicado a analizar los procesos constitucionales (en especial al proceso de amparo) destinados a tutelar derechos fundamentales en los aspectos que guardan conexión con el proceso contencioso-administrativo, a fin de obtener una visión más ajustada del rol y de los alcances de este último proceso, es necesario recordar que en el diseño del modelo de justicia constitucional consagrado por la Constitución peruana de 1993 existe un proceso constitucional denominado acción popular que tiene por objetivo específico el control de la constitucionalidad y/o legalidad de los reglamentos y toda otra norma de carácter general subordinada a la ley, que se tramita ante el Poder Judicial y que la sentencia que se expide en dicho proceso tiene efectos generales (78). Pongo énfasis en esta materia porque en el derecho comparado normalmente la competencia para controlar la legalidad de los reglamentos es parte del ámbito característico del proceso contencioso-administrativo, lo que no sucede en el Perú que confiere dicha atribución a un proceso constitucional específico como es la acción popular.

### (c) **La exclusividad del proceso contencioso-administrativo y la subsidiariedad del proceso constitucional de amparo**

Conforme se ha venido señalando en este trabajo, desde la entrada en vigencia del primer Código Procesal Constitucional en diciembre del año 2004 la regla que rige la procedencia entre ambos tipos de proceso es que el contencioso-administrativo es el proceso ordinario por excelencia al que pueden acudir los afectados para

---

(78) Dicho proceso lo he analizado en «La garantía constitucional de la acción popular», publicado en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* núm. 4, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990, pp. 153 ss. También, MORÓN, Juan Carlos, «Evolución de la acción popular: El modelo peruano de control sobre reglamentos», en *Pensamiento Constitucional* núm. 19, Lima, 2014, pp. 355 ss. y también en la obra «El Control jurídico de los reglamentos de la administración pública», Gaceta Jurídica, Lima 2014.

peticionar la tutela judicial de sus derechos o intereses contra cualquier actuación de las entidades de la administración pública que los afecte vulnerando el ordenamiento jurídico (79). En dicho contexto el proceso de amparo tiene un carácter marcadamente residual porque se trata de una vía de urgencia que debería constituirse como un proceso expeditivo y dinámico exclusivamente destinada para la protección de sus derechos constitucionales amenazados o vulnerados, que solo se puede utilizar cuando no existan otras vías procedimentales específicas, pero igualmente satisfactorias para la protección eficaz de los derechos fundamentales de los afectados (80).

### 3.3 LOS PROCESOS ARBITRALES EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO

Otro aspecto en el que se diferencia el régimen del proceso contencioso-administrativo en el Perú respecto de los referentes comparados, además de que la impugnación de la legalidad y/o constitucionalidad de las normas reglamentarias es materia del proceso constitucional de acción popular, es que toda controversia contractual que se pueda producir entre los privados y el Estado en una relación contractual se tiene que ventilar por regla general necesariamente en la vía arbitral.

El recurso al proceso arbitral como mecanismo establecido por el legislador peruano para resolver las controversias del Estado en sus relaciones contractuales con privados en materia de compras públicas (adquisición de bienes, prestación de servicios y contratación de obras), fue introducido por primera vez en la Ley núm. 26850 denominada «Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado» de 1997, que ha servido de base para todas las normas posteriores que han modificado o vuelto a regular desde entonces el régimen de compras públicas en el Perú, como

---

(79) Sobre el tema: ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy, «Proceso contencioso-administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas», *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* núm. 11, Lima, 2012., pp. 14 ss.

(80) Consideramos ilustrativo glosar la resolución del Tribunal Constitucional peruano recaída en el expediente núm. 04650-2011-PA/TC de 20 de enero del 2012 que reseña la posición del citado alto Tribunal sobre las relaciones entre procesos contencioso-administrativo y de amparo:

«5. Que el Tribunal Constitucional ha determinado qué significa que el amparo sea considerado como proceso subsidiario y excepcional. El proceso de amparo sólo atiende requerimientos de urgencia (STC 4196-2004-AA/TC) y cuando las vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho (STC 2006-2005-PA/TC). En consecuencia, si el demandante dispone de un proceso cuya finalidad también es la protección del derecho constitucional presuntamente lesionado, siendo igualmente idóneo para tal fin, entonces debe acudir a dicho proceso.

De otro lado, también es válido recordar que dicha causal de improcedencia será aplicada siempre y cuando existan otros procesos judiciales que en la práctica sean rápidos, sencillos y eficaces para la defensa de los derechos que protege el proceso de amparo. En caso contrario, es obvio que el proceso de amparo constituye la vía idónea y satisfactoria para resolver la controversia planteada. Por ello, en la STC 1387-2009-PA/TC, se señala que “(...) La urgencia de tutela tiene que ser valorada por el juez en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada o amenazada con la acción u omisión”.

De las sentencias precitadas, es claro que en el presente caso debe determinarse si el otro proceso (el ordinario) no cumple con la característica de urgencia, que define al proceso de amparo y que debe estar plenamente evidenciado en el caso concreto; y es el demandante quien tiene la carga de la prueba para justificarlo.»

es el caso de la vigente ley núm. 30225 Ley de Contrataciones del Estado (en adelante LCE) (81).

La introducción del arbitraje en el régimen de compras públicas estuvo fundada en 4 razones: (i) promover la celeridad en la solución de las controversias; (ii) asegurar que la resolución este a cargo de profesionales especialistas en la materia; (iii) que los procesos arbitrales son más simples y expeditivos que los judiciales y (iv) las reglas de trámite de los procesos arbitrales son más flexibles y menos engorrosas y formalistas que las judiciales.

De las razones reseñadas por nuestra parte no tenemos duda que la principal que justificó que el propio Estado adoptara el arbitraje como el mecanismo por excelencia para resolver sus controversias con los contratistas privados fue la mayor celeridad de los procesos arbitrales en comparación con los procesos judiciales, con el objeto de reducir sustancialmente los problemas que se generarían de que importantes sectores de la población sean afectados porque el Estado no podría contar oportunamente con los bienes, servicios y obras indispensables para poder atender las necesidades de la colectividad, las que podrían verse paralizadas durante un dilatado litigio judicial. Hoy día en el Perú un proceso contencioso-administrativo en promedio puede demorarse en su tramitación de 4 a más años, o en el mejor de los casos más de 3 años, en cambio un proceso arbitral en materia de compras estatales puede demorar máximo un año y medio y en promedio un año. Para el legislador de 1997 que el marco legal de compras públicas estableciese el arbitraje como mecanismo obligatorio de solución de controversias con los contratistas ofrecía a los agentes económicos privados: (i) la reducción de importantes costos de transacción, porque se suprime a los proveedores el riesgo de tener que litigar ante el Poder Judicial lo que encarecería los precios ofrecidos al Estado; y (ii) mayores garantías de imparcialidad, porque en el caso de que el arbitraje este a cargo de un tribunal cada una de las partes puede designar a uno de los árbitros y los escogidos a su vez elegir al presidente.

Pero probablemente otro de los aspectos jurídicos que ha influido decisivamente en la determinación del Estado peruano de que todos los conflictos derivados de sus relaciones contractuales, en materia de concesiones y asociaciones público-privadas, como en el régimen de compras públicas, deben obligatoriamente resolverse en la vía arbitral, es el marco constitucional claramente favorecedor de dicho mecanismo. Son tres los preceptos de la Constitución Política que otorgan cobertura constitucional al arbitraje en contrataciones públicas en el Perú, los que transcribimos a continuación (los énfasis son nuestros):

«Artículo 62.

[...]

Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley [...]

---

(81) Ley núm. 30225 conforme a la versión recogida en el Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo núm. 082-2019-EF, reglamentada mediante Decreto Supremo 344350-2018-EF.

Artículo 63.

[...]

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.

Principios de la Administración de Justicia

Artículo 139. Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y arbitral.»

Como se puede apreciar el artículo 62 de la Constitución transcrito equipara a la vía arbitral al mismo nivel que la judicial como un medio con aptitud para resolver las controversias que se generen entre los participantes de un contrato. El artículo 63 también constitucional faculta en forma expresa al Estado y por ende a todas las entidades de derecho público en general a someter las controversias derivadas de sus relaciones contractuales a arbitraje nacional o internacional y el numeral 1) del artículo 139 Constitucional le otorga carácter jurisdiccional a la vía arbitral, que en consecuencia adquiere la calidad de jurisdicción especial (82).

El Estado peruano se ha servido de dicha cobertura constitucional favorable al arbitraje para desde el año 1997 disponer legislativamente que el único cauce para que se resuelvan las controversias respecto de los contratos de compras públicas sea obligatoriamente el arbitraje, de modo que todo postor que tiene interés en contratar con el Estado y postula presentado sus propuestas en un procedimiento administrativo de selección de contratistas tiene previo conocimiento que toda controversia que se produzca durante la relación contractual que pueda entablar con el Estado en caso de obtener la buena pro, solo podrá resolverse mediante un proceso arbitral que en el ordenamiento jurídico peruano por mandato constitucional tiene carácter jurisdiccional.

En la misma medida la norma legal que regula con carácter general los procesos arbitrales en el Perú, nos referimos al Decreto Legislativo núm. 1071, denominado Ley General de Arbitraje (en adelante: LGA) enuncia en su artículo 4 que las entidades administrativas pueden someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos y convenios que celebre.

#### (a) **Carácter obligatorio**

El régimen legal de las compras públicas en el Perú determina que toda controversia surgida desde la firma del respectivo contrato con la administración pública referida a la ejecución, interpretación, resolución inexistencia, ineficacia, nulidad e

---

(82) El Tribunal Constitucional peruano ha tenido ocasión de referirse a la constitucionalización del arbitraje en su jurisprudencia recaída en el expediente núm. 06167-2005-HC (Caso Fernando Cantuarias Salaverry).



invalidez del contrato, deberá obligatoriamente resolverse mediante arbitraje, luego de haberse descartado la conciliación en caso haberse pactado esta última.

Las posibles dudas sobre la constitucionalidad de la obligatoriedad del arbitraje como el único medio para resolver las controversias contractuales con el Estado respecto del régimen de compras públicas, excluyendo al Poder Judicial del conocimiento de dichas materias que como sabemos tiende más bien a ser la regla general en los ordenamientos regidos por un ordenamiento de Derecho Administrativo similar al peruano, fue rápidamente superada porque se entiende que al establecerse legalmente en el régimen que regula las compras estatales la regla de que toda controversia contractual con el Estado solo puede resolverse mediante un proceso arbitral, los agentes económicos que quieren participar como postores presentándose en los procedimientos administrativos de selección convocados han tenido conocimiento de dicha regla y por tanto tiene que haber sido materia de su evaluación al momento de considerar su participación o no como postores para en caso de obtener la buena para contratar con el Estado.

#### (b) **Materias arbitrables y no arbitrables**

La regla general es que el arbitraje es el medio para solucionar las controversias que se originan a partir de la suscripción del contrato y durante toda la etapa de ejecución contractual. A continuación sintetizamos los temas más comunes o que con mayor frecuencia son materia de proceso arbitrales en la contratación estatal:

- Aspectos vinculados a la ejecución de las prestaciones contractuales.
- Aspectos vinculados a la interpretación, resolución, nulidad e invalidez del contrato.
- Ampliaciones del plazo contractual y en caso de obras el pago de mayores gastos generales.
- Discrepancias respecto de valorizaciones o metrados
- Conformidad de la recepción de las prestaciones en el caso de bienes y servicios.
- Liquidación del contrato de ejecución o consultoría de obras.
- La legalidad de las penalidades aplicadas.
- Procedencia de la ejecución de las garantías.
- Procedencia de indemnizaciones por daños y perjuicios
- Aspectos vinculados al pago y los intereses por la mora en el pago.
- Posibles defectos o vicios ocultos.

Se excluye expresamente la posibilidad de que se discuta mediante un proceso arbitral la decisión de la entidad contratante o de la Contraloría General de aprobar o no la ejecución de prestaciones adicionales a las pactadas en el respectivo contrato, así como 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 las citadas prestaciones adicionales, razón por la que las controversias sobre dichas decisiones podrían ser materia de impugnación en sede administrativa y eventualmente mediante el correspondiente proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial, pero no en vía arbitral.

**(c) Plazos para iniciar el arbitraje**

La regla general es que el arbitraje solo puede iniciarse desde que el respectivo contrato entra en vigencia hasta en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, que en el caso de la adquisición de bienes y servicios se produce luego de que el funcionario competente otorgue conformidad de la recepción de las prestaciones a cargo del contratista y se efectúe el correspondiente pago al contratista y en el caso de los contratos de ejecución y de consultoría de obras la culminación definitiva del contrato se produce luego de haber quedado consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda.

La única excepción a la regla de que el arbitraje debe iniciarse antes de que culmine el contrato se produce cuando se imputa al contratista responsabilidad por vicios ocultos en los bienes y servicios y obras con posterioridad a la fecha en que la entidad contratante otorgó su conformidad, razón por la cual el plazo para solicitar el arbitraje se computa recién desde ese momento.

El reglamento de la LCE establece plazos de caducidad específicos para iniciar el arbitraje respecto de ciertas controversias que se pueden producir durante el desarrollo de la relación contractual en los que el plazo promedio es de quince (15) días hábiles desde que se producen los hechos que pueden ser materia de discusión arbitral.

**(d) Modalidad o tipo de arbitraje**

El marco legal del ordenamiento que hemos dado en llamar de compras públicas en el Perú establece que el arbitraje puede estar a cargo de un árbitro unipersonal o de un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros, lo que en la práctica depende de la cuantía involucrada. En caso de que la respectiva cláusula arbitral no contenga indicación al respecto, o en caso de duda, será resuelto por árbitro único. Se exige que el árbitro único o el Presidente del respectivo Tribunal Arbitral que se nombre tengan que ser abogados y contar con especialización acreditada en Derecho Administrativo, arbitraje y contrataciones con el Estado.

El arbitraje obligatoriamente es de derecho, por tanto no es posible que en la contratación pública se realice un arbitraje de equidad o de conciencia.

En tal sentido se establece expresamente un orden de prelación normativa conforme al cual los árbitros al resolver deberán aplicar el Régimen de la LCE y su Reglamento, así como las normas de derecho público y supletoriamente las de derecho privado, pero manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho sustantivo al momento de resolver.

El arbitraje institucional debe estar a cargo de una institución arbitral a la que se le encomienda la organización y administración del proceso arbitral (83). SE ha establecido que solo será posible pactar el arbitraje *ad hoc* tratándose de contratos de bienes, servicios y consultoría en general cuyos montos contractuales sean

---

(83) Las instituciones arbitrales de mayor prestigio en el Perú son: El Centro de Conciliación y Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú; el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, el Centro de Arbitraje de AMCHAM Perú, el Centro de Conciliación, Arbitraje y Peritaje del Colegio de Ingenieros del Perú, Consejo Departamental de Lima y es obligado referirse al Sistema Nacional de Arbitraje de OSCE.

menores o iguales a un importe equivalente a 25,000 dólares, porque la experiencia ha demostrado que se prefería dicho tipo de arbitrajes en un importante porcentaje de los casos pero que no ofrecían las mismas garantías de transparencia, independencia e imparcialidad que un arbitraje institucional.

(e) **Principales aspectos procesales**

Dependiendo de que se haya pactado en el respectivo convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional o uno *ad hoc*, la solicitud que plantee la parte interesada dando inicio al proceso arbitral debe dirigirla en el primer caso ante la correspondiente institución arbitral escogida, mientras que tratándose de los arbitrajes *ad hoc*, que operan bajo esa modalidad ya sea porque se pacto en el contrato o simplemente porque no se pactó que el arbitraje fuera institucional, la solicitud que da inicio al arbitraje se dirige a la otra parte por escrito, incluyendo la designación del árbitro cuando corresponda, además de un resumen informativo de la controversia a ser sometida a arbitraje y su cuantía, de manera referencial y con fines únicamente informativos.

La instalación del árbitro unipersonal o, en su caso del tribunal arbitral, trae como consecuencia de que en caso se haya imputado al contratista la posible comisión de alguna de las infracciones administrativas tipificadas en el Régimen de la LCE se deba suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionador a cargo de la sala competente para ejercer la potestad sancionadora del Tribunal administrativo de OSCE (84), a efectos de garantizar la vigencia de los derechos al debido procedimiento y al de defensa, lo que permite que previamente se dilucide a través del proceso arbitral la legalidad o conformidad al contrato de la conducta del contratista y que la decisión adoptada mediante el correspondiente laudo por el tribunal arbitral tenga que ser considerada por la sala del Tribunal de OSCE para determinar la responsabilidad o no del supuesto infractor.

La facultad para dictar medidas cautelares esta regulada por Decreto Legislativo núm. 1071, denominado Ley General de Arbitraje (85). Si una parte se encuentra interesada en obtener una medida cautelar pero todavía no se instala el árbitro único o tribunal arbitral la solicitud se debe plantear ante un juez para que la evalúe y resuelva, cuya decisión puede ser objeto de impugnación mediante un recurso de apelación para que lo resuelva el grado superior del propio Poder Judicial, pero en la hipótesis que se haya iniciado el proceso arbitral deberá reconducirse el recurso de modo que se tramite como recurso de reconsideración para que lo resuelva el árbitro unipersonal o tribunal arbitral recién instalado. Las medidas cautelares solo pueden ser solicitadas por las partes del proceso, no rige el principio de congruencia, pero si el de adecuación, el o los árbitros pueden dictar una medida cautelar distinta a la solicitada en tanto se cumpla con el propósito de asegurar la eficacia de la decisión arbitral y cause menos perjuicio a la parte que la soportará. Para dictar

---

(84) Es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado –OSCE– que entre sus diversas funciones tiene a su cargo velar y promover el cumplimiento de dicho marco legal; supervisar y fiscalizar en forma selectiva y aleatoria los procesos de contratación, administrar el Registro Nacional de Proveedores (RNP); operar el Sistema Electrónico de las Contrataciones del estado (SEACE) e imponer sanciones a los proveedores inscritos en el RNP que contravengan el citado marco legal.

(85) Artículos 47 y 48.

una medida cautelar se requiere oír a la otra parte, salvo que se demuestre que ello volvería ineficaz la medida y contra la resolución de los árbitros que responden a la solicitud de otorgamiento de la medida cautelar solo cabe recurso de reconsideración que ellos deben resolver. En cuanto a la ejecución de la medida cautelar otorgada en principio debería corresponder a los propios árbitros que la conceden, salvo que la ejecución implique el uso de la fuerza pública, caso en el cual la ejecución de la medida cautelar dictada por los árbitros solo podría corresponder al Poder Judicial.

(f) **Régimen de los árbitros**

Si las partes pactan en el respectivo contrato someter al arbitraje a la administración de una institución arbitral se deberán seguir las reglas de designación de árbitros de dicho centro de arbitraje.

Como se ha señalado anteriormente, la regla es que corresponde a las partes pactar si el arbitraje debe ser resuelto por árbitro único o por un tribunal arbitral conformado por tres (3) árbitros.

Cuando las partes no hayan pactado la forma de designación del árbitro único o los árbitros, corresponderá a OSCE designar el árbitro único si es que no se hubiera llegado a un acuerdo entre las partes. Asimismo se dispone que en el caso corresponda la conformación de un tribunal arbitral, OSCE será competente para designar el árbitro que la parte renuente no haya querido designar a pesar del requerimiento de la parte que solicita el inicio del arbitraje; o, que en el caso que los dos (2) árbitros efectivamente designados por cada una de las partes (contratista y entidad pública contratante) no hayan podido ponerse de acuerdo para designar al tercer árbitro dentro de los plazos legales, corresponderá también a OSCE designarlo.

Se exige que los árbitros sean y permanezcan durante el desarrollo del arbitraje independientes e imparciales respecto de las partes, lo cual constituye una condición indispensable para garantizar su objetividad, esa es la razón por la cual se prohíbe tener cualquier tipo de relación personal, profesional o comercial con las partes. En caso contrario los árbitros pueden ser objeto de recusación la que se resolverá conforme a las reglas del correspondiente centro arbitral en caso de haberse pactado encargársele la administración del arbitraje, o por OSCE en los casos de arbitrajes *ad hoc* y en los administrados por dicha entidad quien resolverá sobre la recusación y a designar al árbitro sustituto en caso de declararla fundada.

Los árbitros están sometidos a las reglas y deberes que establece el Código de Ética que aprueba OSCE (86) y el reglamento de la LCE, creándose un Consejo de Ética facultado para imponer sanciones de amonestación, suspensión temporal o inhabilitación permanente para ejercer el cargo de árbitro, en caso de cometer las infracciones que transgredan los principios de independencia, imparcialidad, transparencia y buena conducta procedimental (87).

---

(86) Código de Ética para el arbitraje en contrataciones con el Estado aprobado mediante Resolución núm. 028-2016-osce/PRE

(87) La LCE dispone que el referido Código de Ética de OSCE será también aplicable «de manera supletoria» a los arbitrajes administrados por una institución arbitral que no tenga aprobado un Código de Ética o, que teniéndolo no tipifique la infracción cometida por el árbitro o no establezca la

**(g) Laudo**

El laudo tiene carácter definitivo, inapelable, definitivo y obligatorio para las partes, tiene valor de cosa juzgada y conforme a la Ley de Arbitraje (88) si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo en la forma y plazos establecidos, la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo a la autoridad judicial competente, ejecutándose como una sentencia.

Uno de los aspectos que distingue el arbitraje en materia de contrataciones con el Estado es que los árbitros están obligados a remitir el laudo a OSCE, dentro de los cinco (5) días hábiles de notificado a las partes, para su registro y publicación en el SEACE, en la página web institucional de OSCE (89), lo cual garantiza la publicidad de los mismos y acceso a cualquier persona que este interesado en analizarlos, lo cual es coherente con el principio constitucional de publicidad que debe regir toda actuación de la administración pública y lo diferencia con el arbitraje que se realiza entre privados en el cual por el contrario la regla es la confidencialidad.

Precisamente la Contraloría General de la República ha tomado en cuenta los laudos arbitrales que figuran en el referido SEACE emitidos durante el período 2003-2013 para realizar un interesante estudio de sus resultados y tendencias con el objeto de formular recomendaciones que puedan servir para que las entidades administrativas mejoren su desempeño durante los procesos de contratación y en el patrocinio de sus intereses en los procesos arbitrales (90). Sin embargo en el citado Informe la Contraloría General deja constancia que los 2,796 laudos arbitrales del citado período 2003-2013 registrados en el portal web de OSCE no constituye el universo de todos los laudos arbitrales emitidos en el ámbito de la contratación pública de compras en el Perú, porque el registro de laudos arbitrales en el portal web de OSCE solo ha sido obligatorio a partir del año 2008.

A diferencia de lo que sucede en otros países que también han acogido, aunque con matices, la posibilidad de que en determinados ámbitos de la contratación estatal las controversias entre las partes se puedan resolver en vía arbitral y que permitan el control judicial amplio de los laudos arbitrales, en el Perú la única vía de impugnación del laudo es el denominado recurso de anulación ante el Poder Judicial pero que solo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos, es decir no esta destinado para revisar el fondo de lo resuelto por los árbitros (91).

---

sanción aplicable. Asimismo crea un Consejo de Ética que se encarga de determinar la comisión de infracciones y de imponer las sanciones respectivas pero integrado por funcionarios designados por tres Ministerios del Poder Ejecutivo, lo que para algunos no garantiza su objetividad o imparcialidad, además de significar un excesivo reglamentarismo del arbitraje con el Estado.

(88) La tipificación de las infracciones éticas que pueden cometer los árbitros sancionables por el Consejo de Ética ora en el artículo 216 del Reglamento según texto modificado por el Decreto Supremo núm. 056-2017-EF.

(89) Los laudos pueden revisarse en: <http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/laudos/arbitraje1.asp>

(90) «El Arbitraje en las Contrataciones Públicas durante el periodo 2003-2013». Contraloría general de la República. Lima 2015, <http://doc.contraloria.gob.pe/estudios-especiales/estudio/Estudio-Arbitraje-Online.pdf>

(91) Decreto Legislativo núm. 1071, Ley de Arbitraje, artículo 62. Recurso de anulación. 1. Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente

Se establece la obligación de que las sentencias del Poder Judicial que resuelvan de manera definitiva el recurso de apelación contra laudos también sean remitidas a OSCE, para su registro y publicación en la página web institucional de dicha entidad (92).

Un aspecto polémico durante algún tiempo en el Perú fue la posibilidad de impugnar los laudos arbitrales mediante los procesos constitucionales, en especial el amparo, cuando alguna de las partes alegaba la afectación de algún derecho constitucional, porque podía producirse el peligro que por esa vía se abriera la posibilidad de que los jueces o el Tribunal Constitucional ingresaran a revisar el contenido de los laudos arbitrales y en consecuencia se postergase vía procesos constitucionales la definición de una controversia ya resuelta en vía arbitral.

La referida polémica ha sido zanjada jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional peruano (93) que ha establecido con carácter de precedente vinculante las siguientes reglas para la procedencia del amparo contra laudos:

– El amparo «arbitral» debe ser considerado un mecanismo excepcional, razón por la cual no procederá su uso para pretensiones referidas a la protección de derechos constitucionales vinculados al debido proceso o tutela procesal efectiva, la existencia de convenio arbitral o la arbitrabilidad de las cuestiones sometidas por las partes al arbitraje, toda vez que dichas cuestiones deben controvertirse mediante el recurso de anulación ante el Poder Judicial al que ya hicimos referencia.

– El referido amparo «arbitral» solo procede en tres situaciones específicas: a) Cuando el sentido del laudo arbitral vulnere precedentes vinculantes expedidos por el propio Tribunal Constitucional; b) Cuando los árbitros hayan ejercido control difuso de constitucionalidad y por ende en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales inaplicado por considerarla inconstitucional en el caso concreto sometido a su conocimiento una norma legal que había sido declarada constitucional por el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial; y c) Cuando un tercero ajeno al proceso arbitral interponga el amparo sustentado en la afectación de sus derechos constitucionales a consecuencia del laudo pronunciado en dicho proceso arbitral.

– La procedencia del amparo en los supuestos a) y b) a que se refiere el párrafo anterior esta supeditada a que los interesados primero hayan planteado sus cuestionamientos ante los propios árbitros y que estos hayan tenido oportunidad para pronunciarse en primer lugar sobre dichos cuestionamientos.

– La sentencia recaída en un proceso de amparo que declare fundada la demanda podrá declarar la nulidad total o parcial del laudo arbitral y el mandato de emisión por los árbitros de uno nuevo, pero el Tribunal Constitucional cuida de señalar que no corresponde a los jueces o al propio Tribunal en ningún caso resolver acerca de la cuestión de fondo que fuera materia del arbitraje.

---

establecidas en el artículo 63.2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Esta prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.

(92) Puede revisarse la relación y el texto de las citadas sentencias en: [http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/sentencias\\_judiciales/sentencias.asp](http://www.osce.gob.pe/descarga/arbitraje/sentencias_judiciales/sentencias.asp)

(93) Nos referimos a la sentencia recaída en el expediente núm. 00142-2011-PA/TC de fecha 21 de setiembre del 2011, que se puede revisar en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

**(h) La Junta de Resolución de Disputas**

La LCE incluye a las denominadas Juntas de Resolución de Disputas como un medio adicional de solución de controversias en una fase previa al arbitraje exclusivamente para los contratos de obra, con el objeto de que puedan prevenirse o resolverse durante la ejecución de la obra, desde el inicio del contrato hasta la recepción total de la obra

Las Juntas de Resolución de Disputas deberían servir para evitar la excesiva tendencia a arbitrarizar las controversias en los contratos de obra, otorgando a las partes un medio para solucionar los conflictos que se generen durante la obra en marcha, evitando su paralización, situación que privaría al Estado de poder contar en los plazos previstos con las obras o infraestructuras necesarias para satisfacer las necesidades de la colectividad y que tendría la ventaja adicional de reducir los costos y la dilación que implica esperar la solución de dichas controversias en un arbitraje, aunque sean sustancialmente menores que en el caso que las controversias tuvieran que ser resueltas mediante procesos judiciales.

**(i) El arbitraje como medio de solución de controversias en contratos de concesión y de asociaciones público-privadas APPs**

Desde que se iniciaron a comienzos de la última década del siglo pasado lo que en el ordenamiento peruano se han denominado los «Procesos de Promoción de la Inversión Privada» en materia de servicios públicos y concesiones principalmente de infraestructura, los contratos de concesión o de transferencia de activos de empresas privatizadas que suscribieron el Gobierno Nacional (Poder Ejecutivo) y los inversionistas privados, consagraron al arbitraje como el medio de solución de controversias, en lugar de la vía judicial, por las mismas razones de mayor celeridad, especialización y flexibilidad que justificaron que posteriormente hacia el año 1997 el arbitraje se extendiera como el medio de solución de controversias también en la contratación de compras públicas. Posteriormente los contratos que con la misma finalidad suscribieron los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales (municipalidades) también incluyeron a la vía arbitral como el mecanismo para la solución de controversias entre los concesionarios privados y las citadas entidades estatales.

Como se ha comentado al iniciar este trabajo, en la actualidad el Decreto Legislativo núm. 1362 que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público-Privadas y Proyectos en Activos (en adelante: Ley de APPs) y sus sucesivas modificaciones, dispone que todos los contratos que son comprendidos bajo dicha denominación genérica deberán incluir la vía arbitral como mecanismo de solución de controversias. Si en la cláusula arbitral del respectivo contrato se distingue entre controversias de naturaleza técnica y de naturaleza no técnica, las primeras deben ser sometidas a arbitraje de conciencia y las segundas a arbitraje de derecho, permitiendo que incluso estas últimas puedan ser sometidas a arbitraje de conciencia cuando ello resulte pertinente. Asimismo se establecen pautas para que la entidades contratantes o concedentes al momento de designar al árbitro que les corresponde, escojan preferentemente a un profesional con experiencia mínima de cinco (5) años en la materia controvertida o a un abogado con experiencia de regulación o concesiones, según la materia de la controversia.

Tema muy importante regulado por la Ley de APPs y que ha generado controversias en el medio jurídico peruano es el referido a las materias arbitrables en dichas modalidades de contratos. El Reglamento de la citada Ley ha señalado que (94) solo son arbitrables las «materias de libre disposición de las partes», con el propósito de restringir o impedir totalmente la posibilidad de discutir en vía arbitral las decisiones de los organismos reguladores de las inversiones privadas en servicios públicos y concesiones de infraestructura, cuando se emiten en ejercicio de potestades administrativas y que de ordinario primero son materia de impugnación en sede administrativa y luego mediante el proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

En nuestra opinión no cabe duda que en principio la vía legalmente prevista en el ordenamiento administrativo peruano para cuestionar las decisiones de los organismos reguladores, que nunca son parte de los contratos de concesión o de APPs, no es la arbitral, sino los mecanismos propios de impugnación de cualquier otra decisión administrativa de una entidad pública, es decir los recursos administrativos y si la resolución de dichos recursos en sede administrativa no satisface al interesado, en ejercicio de su derecho de tutela jurisdiccional, puede interponer una demanda contenciosa administrativa.

Sin embargo consideramos que en aquellos casos en los que el organismo regulador toma como parámetro o criterio para verificar el cumplimiento de sus obligaciones por el concesionario, reglas o compromisos contenidos en los respectivos contratos de concesión o de Apps, y en base a ellos ejercita las potestades administrativas que el marco legal establece y que muchas veces los propios contratos recogen, si debería ser procedente que se discuta en vía arbitral si la interpretación o alcance de las cláusulas contractuales pactadas por el inversionista con el concedente, que utiliza como parámetro o criterio de referencia el organismo regulador para el ejercicio de sus potestades, es o no es la correcta.

Consideramos que esa es la razón por la cual la Ley de APPs (art. 56.3) y su Reglamento (art. 133.2) han establecido, no sin polémica por parte de algunos sectores de la doctrina nacional, que en los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia de dicho organismo regulador, corresponde a la entidad pública titular del proyecto garantizar la participación oportuna de los referidos organismos reguladores en los procesos arbitrales «para coadyuvar al debido patrocinio del Estado», estableciendo asimismo en forma expresa la obligación del árbitro o del respectivo tribunal arbitral de permitir dicha participación de los organismos reguladores en los procesos arbitrales en los que se discutan las referidas decisiones y materias vinculadas a su competencia.

También se han previsto otros dos medios de solución de controversias, previos al arbitraje: el Amigable Componedor y la Junta de Resolución de Disputas. La figura del Amigable Componedor solo opera en aquellos contratos en los que se haya pacta-

---

(94) Decreto Supremo núm 240-2018-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1362

«Artículo 132. Cláusulas Arbitrales.(.....) Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje(...).

Artículo 133. Intervención del organismo regulador

133.1 No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el presente Título, las decisiones de los organismos reguladores u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa »



do una etapa de Trato Directo previa al inicio de un arbitraje nacional, caso en el cual las partes en cualquier momento de la referida etapa podrán acordar la intervención de un tercero neutral, al que se le denomina Amigable Componedor, quien podrá ser designado directamente por las partes o delegar su designación a un Centro Arbitral.

El Reglamento de la Ley de Apps dispone que luego que las partes presentan por escrito sus posiciones y se lleva a cabo una audiencia en las que las exponen, el Amigable Componedor deberá citar a audiencia para exponer y entregar su informe o formula de solución a las partes, las que podrán aceptarla total o parcialmente, caso en el cual lo acordado por las partes tendrá los efectos de una transacción.

En nuestra opinión esta figura del Amigable Componedor servir principalmente para que los funcionarios de las entidades estatales que son parte de la controversia puedan adquirir progresivamente mayor proclividad a conciliar o transar que la que han venido demostrando hasta la fecha, debido al temor al supuesto peligro que existe de la posible imputación de responsabilidad por los órganos de control, porque podrán fundamentarse en la opinión de un tercero neutral, imparcial e independiente, que incluso puede ser de una nacionalidad diferente al de las partes.

Para facilitar el acuerdo entre las partes y que no se generen prevenciones o recelos para la presentación de propuestas o posiciones por las partes durante la intervención del Amigable Componedor, se prohíbe que las partes puedan presentar como medio probatorio en un proceso administrativo, arbitral o judicial ningún documento presentado o declaración realizada por las partes o el Amigable Componedor durante el respectivo procedimiento, salvo que dichos documentos o declaración puede ser obtenido en forma independiente por la parte que este interesada en presentarlo.

En cuanto a la Junta de Resolución de Disputas se dispone que en los contratos puede pactarse para que en la etapa previa al inicio del arbitraje nacional las partes puedan someter sus controversias a la referida Junta, a solicitud de cualquiera de ellas, cuyos integrantes podrán ser designados de manera directa por las partes o encargada su designación a un Centro Arbitral. La decisión que adopte la Junta tendrá carácter obligatorio para las partes, lo cual no limita su facultad de poder llevar la controversia a la vía arbitral. El Reglamento de la Ley de Apps establece que conforme lo establezca el respectivo contrato la Junta puede constituirse desde el inicio de la ejecución contractual, con el fin de desarrollar adicionalmente funciones de absolución de consultas y emisión de recomendaciones respecto a temas y/o cuestiones solicitadas por las partes del Contrato y que el mecanismo de la Junta de Resolución de Disputas no es aplicable en aquellos casos que se trate de controversias que pueden ser objeto de resolución en procesos que se seguirán ante tribunales arbitrales internacionales conforme a lo previsto en el propio contrato de APP.

### 3.4 LOS PROCESOS PENALES

Otro mecanismo que a los que recurren algunos de los que se sienten afectados por lo que consideran actuaciones flagrantemente irregulares de la administración pública es el que se realiza a través de los procesos penales que se pueden incoar directamente contra los funcionarios públicos por la comisión de delitos en ejercicio de sus funciones. Al respecto el Código Penal peruano contiene un Capítulo específico dedicado a tipificar los diferentes delitos que pueden cometer los fun-

cionarios públicos (arts. 376 al 401.B), tales como: abuso de autoridad, concusión, peculado, corrupción de funcionario y otros varios tipos penales más abarcando un universo de ilícitos penales bastante numeroso.

La experiencia demuestra que no es inusual que la persona que se considere afectado injustamente por alguna decisión de la administración recurra a la denuncia penal para cuestionar la actuación de los funcionarios públicos, sin embargo no esta probado que dicha propensión a la criminalización sea realmente eficaz para corregir las conductas que se consideran ilegales, lesivas de los derechos de los administrados o que afectan los intereses de la colectividad.

En nuestra opinión en el Perú el recurso a la denuncia penal contra los funcionarios públicos en la práctica es utilizada como una suerte de sustituto a la casi nula operatividad de la responsabilidad patrimonial de la administración pública, que en el derecho comparado constituye uno de los principales mecanismos de control de la administración pública, pero que lamentablemente no cumple la misma función en el Perú.

#### 4. LA CASI INEXISTENTE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL PERÚ

##### 4.1 LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL EN LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO

Antes de la vigencia de la LPAG si alguien quería reclamar el resarcimiento de la administración por los daños a sus bienes y derechos solo podía tomar como fuente o base legal el ordenamiento privado sobre responsabilidad de las personas en general contenido en el Código Civil, debido a la carencia de normativa administrativa especial o de desarrollos jurisprudenciales importantes sobre la materia (95).

Es recién con la LPAG que se establece por primera vez en el ordenamiento jurídico-administrativo peruano en forma explícita el principio de garantía patrimonial de los particulares frente a los daños sufridos por el mal obrar de la Administración Pública (96) y se establecen en el artículo 260 los requisitos y condiciones.

Llegados a este punto es posible sintetizar las características generales en el ordenamiento peruano del régimen legal de la responsabilidad civil extracontractual de la administración pública en sus aspectos legislativos en el contexto de la citada LPAG:

a) Se configura un régimen sustantivo de carácter unitario, es decir con vocación de ser aplicable a todas las entidades públicas de los tres niveles de Gobierno (nacional, regional y local o municipal);

---

(95) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge E., *Panorama General del Derecho Administrativo en el Perú*, en Santiago González-Varas Ibáñez (coordinador), *Derecho Administrativo en Iberoamérica* (2.<sup>a</sup> edición). Instituto Nacional de Administración Pública, INAP, Madrid, 2012, pp. 1199 ss.

(96) LPAG: «Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo (...) 1.18. Principio de responsabilidad. La autoridad administrativa está obligada a responder por los daños ocasionados contra los administrados como consecuencia del mal funcionamiento de la actividad administrativa, conforme lo establecido en la presente ley. Las entidades y sus funcionarios o servidores asumen las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico».