

**Arbitraje de los contratos administrativos:
Un enfoque desde el Derecho Público**

*Arbitration of Administrative Contracts:
An Approach from Public Law*

HORACIO ANDALUZ VEGACENTENO *

Recibido: 23 de julio de 2020

Aceptado: 14 de octubre de 2020

Resumen

De acuerdo con la Ley de Arbitraje de Bolivia, los contratos administrativos no pueden ser objeto de arbitraje. Este artículo demuestra que dicha prohibición no tiene fundamento en una supuesta naturaleza sustantiva de dichos contratos.

Palabras clave: arbitraje boliviano / arbitraje comercial / contratos administrativos.

Abstract

According to Bolivian Law of Arbitration, administrative contracts cannot be object of arbitration. This article demonstrates that such a

* Profesor de Teoría General del Derecho y de Derecho Constitucional (UPSA). LLM Harvard Law School, antiguo alumno de la Academia de La Haya de Derecho Internacional, Máster en Derecho Internacional (Universidad Complutense de Madrid). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8869-8447>

Contacto: handaluz@cotas.com.bo

Revista de Derecho de la UCB – *UCB Law Review*, Vol. 4 N° 7, octubre 2020, pp. 89-104 ISSN 2523-1510 (en línea), ISSN 2521-8808 (impresa). DOI: <https://doi.org/10.35319/lawreview.2020750>

prohibition has no basis in an allegedly substantive legal nature of such contracts.

Keywords: Bolivian arbitration / commercial arbitration / administrative contracts.

El contrato es un acto jurídico que tiene el mismo carácter en derecho público que en derecho privado; o más bien, no hay distinción entre el derecho público y el derecho privado y el Estado está obligado por los contratos que ha celebrado como un simple particular.

–León Duguit, 1913

(Las transformaciones generales del Derecho)

I

La Ley 708¹ excluye del arbitraje dieciséis materias en total, según la literalidad de su texto. Una simple lectura de ellas muestra que se

¹ La Ley 708 modificó innecesariamente la Ley 1770. A cambio de no haber necesidad para la reforma en los términos que la hizo, la Ley 708 perpetúa ciertos defectos de su antecesora (como mantener la remisión a las normas del proceso civil, contribuyendo a que se tome el arbitraje como un apéndice de aquel); reglamenta lo que las leyes de arbitraje no regulan (como las fases del arbitraje o la designación de peritos); introduce normas sin consecuencia jurídica aparente (como establecer un plazo para el dictado del laudo y, a la vez, excluir que éste pueda ser anulado por haberse dictado fuera de plazo); simple y llanamente no norma nada (como cuando se limita a decir que el laudo será anulado por la “autoridad judicial competente”, sin jamás individualizarla en la organización judicial, y a la que, al final, se tiene que llegar residualmente a partir del carácter vis atractivo que la Ley del Órgano Judicial da a los jueces públicos en materia civil y comercial); y, cuando quiere ponerse a tono con las legislaciones más modernas,

trata de una reiteración incesante de la misma idea, a saber, que no son arbitrables los derechos que no son de libre disponibilidad. Así, lo único prohibido de arbitrar son los contratos administrativos². La presente argumentación de *lege ferenda* va a favor de su arbitrabilidad, y se la hace desde el derecho público, para evitar la petición de principio de hacerlo desde el arbitraje. Hacerlo desde el arbitraje presupondría implícitamente su arbitrabilidad, cuando es esto precisamente lo que tiene que demostrarse.

Tres cuestiones de forma: Uno, aunque la brevedad del texto no justifica su fragmentación en subtítulos, se pone sus partes en números romanos. Dos, la numeración de los párrafos en arábigos obedece a fijar la unidad conceptual de cada uno de ellos. Tres, las únicas fuentes legales citadas textualmente son las de carácter histórico; para las vigentes, solo se indica el artículo respectivo.

II

Un contrato es un acuerdo de voluntades. Y un acuerdo de voluntades que decide excluir de la jurisdicción estatal la resolución de ciertas controversias es un contrato de arbitraje. Que dicho acuerdo esté expresado en una cláusula contenida en otro contrato, o que lo esté

se cohíbe, normando ineficientemente (como cuando introduce la figura del árbitro de emergencia pero lo ata a su inclusión expresa en la cláusula arbitral, en vez de normarlo como un efecto accesorio de dicha cláusula).

² Esta prohibición desplegó sus efectos en el tiempo con carácter inmediato, tanto (1) para los arbitrajes en curso, como (2) para los pactados al amparo de Ley 1770, pero no iniciados antes del cambio legislativo. Las disposiciones transitorias Segunda y Tercera de la Ley 708, referidas a los dos supuestos anteriores, no son de aplicación a los contratos administrativos. Véase la SCP 1017/2017-S1-AAC, de 11 de septiembre, y la SCP 554/2019-S4-AAC, de 25 de julio.

en un documento independiente; que su formación sea coetánea o posterior a la formación de la relación jurídica arbitrable; o que su objeto sea determinable (eventuales controversias futuras) o determinado (controversias actuales), da siempre lo mismo: es un contrato. Lo demás, si es cláusula o convenio arbitral, es un asunto de denominación y regulación legislativa, que, más allá de las diferencias accidentales, en nada cambia el efecto principal y definitorio de su naturaleza jurídica, a saber, la exclusión de la jurisdicción estatal.

Es el Estado –su derecho positivo– el que permite que su jurisdicción sea sustraída por contrato. Y es también el que decide las hipótesis en las que tal sustracción es válida y en las que no, dando contenido al objeto del contrato de arbitraje. Esto es lo que la doctrina y legislación universalmente denominan materia arbitrable. Una precisión respecto del lenguaje: lo arbitrable no son jamás materias, sino siempre derechos. Específicamente, controversias sobre derechos. Tan simple como que, si el arbitraje es un medio de resolución de controversias, versa, en efecto, sobre controversias; y éstas, por definición, son una contraposición de derechos. Son los derechos en disputa los que dan sentido a la materia arbitrable. Y por eso ésta debe entenderse como un complejo entramado de derechos que se consideran arbitrables.

La posibilidad de arbitrar se predica, así, respecto de cada uno de los derechos que integran la materia en cuestión. El derecho positivo da la opción de que en un caso concreto determinados derechos puedan ser arbitrados. Y ya que ejercer esta opción es disponer del derecho, suele ocurrir el redoblado equívoco de equiparar la arbitrabilidad de los derechos con su disponibilidad: lo que importa, por una parte, un razonamiento circular según el cual son arbitrables los derechos disponibles y son disponibles los derechos arbitrables; y, por otra, asumir a priori que arbitrabilidad y disponibilidad son connaturales a algunos derechos. Y no es así. No hay derechos arbitrables ni disponibles por naturaleza, sino sólo, y siempre, por virtud del

derecho positivo. Lo mismo ocurre a la inversa: tampoco hay derechos indisponibles ni de orden público por naturaleza, sino también sólo y siempre por derecho positivo. Para ambos casos se trata de lo mismo: un acto estatal que traduce en términos jurídicos una política pública.

El derecho positivo, en la forma de la legislación sobre arbitraje, usa dos criterios para definir los derechos arbitrables. De un lado, acude a un permiso general, abierto e inclusivo, que consiente que se someta a arbitraje toda una categoría de derechos, específicamente, aquellos de libre disponibilidad por parte de sus titulares. De otro lado, acude a una prohibición, tasada y cerrada, que marca las fronteras de dicho permiso, estableciendo las excepciones a la regla: si el permiso deja arbitrar la generalidad de los derechos disponibles, la prohibición tasa aquellos que, a pesar de su libre disponibilidad, no pueden ser arbitrados. Otra vez: no se trata de una virtud por naturaleza, sino de una práctica común en la legislación de la materia. Nada más.

Un examen de la Ley 708 revela su desvío con respecto a dicha práctica. Para esta Ley, la prohibición de arbitrar no es un *posterius*, sino un *prius*. No es sólo que por su ordenación sistemática las materias excluidas del arbitraje anteceden al permiso general, sino que no hay tal permiso. (1) El primer artículo propiamente normativo de la Ley es una prohibición (artículo 4), que encima se pretende general y abierta con la exclusión ociosa de “cualquiera otra [materia] determinada por la Constitución o la ley” (artículo 4.13), como si lo prohibido por una constitución pudiese ser autorizado por una ley y como si la competencia para producir nuevo derecho se extinguiese de no advertirse que pueden dictarse otras leyes. (2) Su siguiente artículo es una ampliación de la prohibición (artículo 5), que enfatiza su carácter bautizándose de “expresa”, como si el listado de exclusiones del artículo anterior no fuese también expreso o como si prohibir arbitrar una materia no fuese lo mismo que excluirla del arbitraje. (3) Para rematar: decir

que se pueden arbitrar los “temas no prohibidos por la Constitución y las leyes” (artículo 39.I) no es un permiso. Un permiso no es lo que queda después de una prohibición. Es al revés: es la prohibición lo que queda después de un permiso, en tanto aquélla es excepción de éste. La redacción empleada por la Ley en este asunto revela que su concepción del poder prima sobre su concepción de la libertad individual, al punto que, como defendiendo aquélla frente a ésta, se ha esforzado para eludir en su texto cualquier referencia a la arbitrabilidad de los derechos disponibles, cayendo en una serie de reduplicaciones y redundancias normativas que hubiese podido evitar con tan sólo hacer del permiso, y no de la prohibición, el *prius*.

Considérese: una ley que, a título de regla abierta e inclusiva, se limitara a permitir el arbitraje tan sólo de los derechos disponibles, no necesitaría excluir la “propiedad de los recursos naturales” (artículo 4.1), asunto que es tan de orden público como que la propia Constitución atribuyó tal propiedad al Estado (artículo 348). Ni tampoco requerirían de exclusión “los títulos otorgados sobre reservas fiscales” (artículo 4.2), “los tributos y regalías” (artículo 4.3) ni “las licencias, registros y autorizaciones sobre recursos naturales en todos sus estados” (artículo 4.6), que son todos asuntos indisponibles por estar sujetos a regulación administrativa y tributaria.

Lo mismo que son indisponibles, como asuntos de derecho constitucional, el “acceso a los servicios públicos” (artículo 4.5), con la estrecha salvedad de los efectos patrimoniales de su prestación, las “cuestiones que afecten al orden público” (artículo 4.7) y las “funciones del Estado” (artículo 4.11). Como tampoco es disponible, por definición, la cosa juzgada (artículo 4.8), porque no se puede disponer de aquello que es inmodificable (artículo 1451 del Código Civil y artículo 397.I del Código Procesal Civil). Lo mismo que tampoco puede disponerse de “las cuestiones que no sean objeto de transacción” (artículo 4.12), desde que únicamente se puede transar

sobre derechos disponibles (artículo 946 del Código Civil y artículo 233.II.3 del Código Procesal Civil).

También son indisponibles, por ínsitos a la personalidad jurídica atribuida al ser humano, el “estado civil y la capacidad” (artículo 4.9); lo mismo que “los bienes y derechos de incapaces sin previa autorización judicial” (artículo 4.10), por la especial e inveterada protección que recibe este grupo humano; y lo mismo que “las controversias en materia laboral y de seguridad social” (artículo 5.1), que son indisponibles desde las reformas constitucionales de 1938 (artículo 129: “Los derechos y beneficios reconocidos por ley a favor de los trabajadores y empleados son irrenunciables. Son nulas las convenciones contrarias o que tiendan a burlar sus efectos”), que inauguraron el constitucionalismo social en el país. Y tampoco son disponibles, por ser asuntos de derecho internacional público y, por tanto, concernientes al Estado en tanto sujeto de dicho orden, “los acuerdos comerciales y de integración entre Estados” (artículo 5.2) ni “los contratos de financiamiento externo” entre el Estado y “organismos financieros internacionales” (artículo 5.3).

De tanto redundar quedan dos cosas. (1) Que a fuerza de repetir no se amplía un contenido normativo. Ociosamente, sólo se lo reafirma. Así, de las dieciséis exclusiones listadas, con excepción de la prohibición general y abierta del artículo 4.13 y de la exclusión de los contratos administrativos (artículo 4.4), catorce repiten lo mismo, a saber, que, cualquiera que sea la parcela del ordenamiento, aquello que no es de libre disponibilidad de sus titulares, no es objeto de arbitramento. Por esta vía sólo se llega a un contrasentido: la Ley que se contuvo de reconocer la arbitrabilidad de los derechos disponibles, a carro de sumar prohibiciones, terminó reforzando la idea de la arbitrabilidad sólo, y nada más, de los derechos disponibles. (2) Que la única exclusión atribuible al imperio de esta Ley es la de los contratos administrativos. Excluirlos del arbitraje no es redundar en

la inarbitrabilidad de lo indisponible. Es exceptuar de lo disponible un entramado de derechos de contenido patrimonial.

Es dicha exclusión, y no alguna de las otras, la única con un auténtico carácter normativo, en el sentido de que es ella, y no las otras fuentes que le place reduplicar, la que impide arbitrar lo que, de otro modo, sería arbitrable por su disponibilidad. Concentrémonos en esto.

III

El objeto del contrato administrativo no es la función pública. Para evitar confusiones, ni siquiera lo es en el caso del servicio público, en que sólo se concede su gestión. El objeto es la adquisición de bienes y servicios. Acá, la Administración es cliente de los privados en un terreno de intercambio patrimonial. Y como es el intercambio patrimonial entre sujetos de derecho lo que da entidad a la relación jurídica, se acude a la forma normativa por antonomasia que se utiliza para regular las relaciones patrimoniales consensuales entre personas, a saber, el contrato. Dicho de otra forma, el mismo instrumento utilizado desde siempre por los particulares en su tráfico jurídico. El contrato administrativo es, pues, un contrato en todo el sentido de la palabra. Vayamos por orden.

Un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o modifica una obligación y el derecho subjetivo que le es correspondiente. Esta es su sustancia. Puestos lado a lado, tal sustancia es la misma tratándose del contrato civil o del administrativo. En lo que ambos se diferencian es en las particularidades de su régimen jurídico. Estas particularidades atingen (1) al proceso de formación del contrato, atado siempre a rigores formales pensados para que desde su formación se garantice el fin público administrativo; (2) a su ejecución, atada, también siempre, al ejercicio de ciertas

prerrogativas administrativas que arraigan en el mismo fin; y (3) a su juzgamiento, que corresponde a un fuero distinto al de derecho común. Ninguna de estas particularidades da al contrato administrativo sustantividad propia alguna.

Que el proceso de formación del contrato esté sujeto a formas rigurosas, en vez de decir de una sustancia propia del contrato administrativo, de hecho, ratifica su identidad de sustancia con el contrato civil, tanto como que la forma es para ambos contratos una condición para su validez, y que ambos comparten los factores constitutivos de consentimiento, objeto y causa, con lo que se asegura la identidad de ambos contratos a través de la identidad de sus elementos de formación.

Fijémonos en la segunda particularidad referida: las prerrogativas administrativas. Estas prerrogativas pueden agruparse en el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria, por un lado; y, por otro, en el privilegio de la modificación unilateral del contrato³. Por el primero, la Administración decide con fuerza ejecutoria sobre la invalidez del contrato, su interpretación, cumplimiento, prórroga, resolución, liquidación, aplicación de sanciones, aceptación de las prestaciones, devolución de fianzas, etc. Al contratista, por su parte, le asiste el derecho de impugnación contencioso-administrativa, si es su voluntad ejercerlo, abriendo la competencia de un tercero imparcial e independiente para revisar los actos de la Administración y revocarlos o atribuirles firmeza. Por el segundo privilegio, la Administración modifica por su sola voluntad el contrato, manteniéndose la equivalencia de prestaciones al acompañarse la modificación de una indemn-

³ Cf. Dromi, Roberto; *Derecho administrativo* (9ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2001), pp. 368-371; García de Enterría, Eduardo – Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de derecho administrativo*, tomo I (12ª edición, Lima, Palestra, 2006), pp. 733-747; Vedel, Georges; *Derecho administrativo* (6ª edición, Madrid, Aguilar, 1980), pp. 205-212. En la bibliografía nacional cf. Dermizaky Peredo, Pablo, *Derecho administrativo* (3ª edición, Cochabamba, Serrano, 1997), pp. 141 y 142; y Martínez Bravo, Juan Alberto; *Derecho administrativo boliviano* (2ª edición, Santa Cruz, El País, 2010), p. 193.

zación al contratista, a quien, como es obvio, le sigue asistiendo el derecho de impugnación contencioso-administrativa.

De la existencia de estos privilegios nace el lugar común de asumir para el contrato administrativo una sustancia distinta a la de su par civil. Este error en tratar lo accidental como esencial no repara en que las prerrogativas de poder público operan formalmente sobre el contrato, pero no alteran materialmente su contenido obligacional. En abono a la claridad: los privilegios del *imperium* estatal no sustituyen el acuerdo de voluntades, sino que son un accidente al hecho que uno de los contratantes sea la Administración, y son tan así accidentales, como que de hecho no operan cuando la Administración no es parte. De modo que considerar las prerrogativas de la Administración como propiedades definitorias de la esencia contractual es tan errado como inferir que sólo en Alemania hubo compositores barrocos porque Bach y Pachelbel fueron alemanes. En ambos casos, es una falacia de accidente la base del equívoco.

En el contrato administrativo la Administración es, a la vez de contratante, titular de sus potestades soberanas, y esto oscurece el hecho de que su régimen exorbitante sea una pura consecuencia de los poderes propios de la Administración; poderes que no pueden ser definidos sino es a partir de la Constitución. De hecho, (1) el privilegio de la decisión unilateral y ejecutoria no es otra cosa que el privilegio general de autotutela. Se trata de la pura aplicación de la potestad ejecutiva, nacida del artículo 172.1 de la Constitución, y que, desde su propia denominación, dice de suyo de la competencia de la Administración para ejecutar sus propias actuaciones, siempre con cargo a la probable revisión en el contencioso-administrativo a instancia del afectado. (2) El privilegio de la modificación unilateral del contrato es ejercicio de la potestad imperativa, que se desprende del mismo artículo 172.1, en la medida que “hacer cumplir” no es sino emitir órdenes y obligar al cumplimiento de las órdenes emitidas, mediante actos oportunos de mando para satisfacción del interés general, al

cual se supone que el contrato y las modificaciones ordenadas sirven. (3) El privilegio de la modificación unilateral también puede ser expresión de la potestad reglamentaria de la Administración, nacida del artículo 172.8 de la Constitución, que le confiere competencia normativa para producir reglamentos que, por las particularidades del sistema de fuentes, inciden, modificándolos, en los contratos de ejecución continua relacionados con tales regulaciones, en todas las prestaciones que no hubiesen sido ya cumplidas por el contratista⁴.

IV

Pasemos a la tercera particularidad: el enjuiciamiento de los contratos administrativos en la sede contenciosa-administrativa. Esta jurisdicción especializada, distinta a la común de derecho civil, no es causa ni efecto de una sustantividad propia del contrato administrativo. No es causa, porque es un asunto de organización judicial, no de derecho sustantivo. Y no es efecto, porque su origen es contingente a un problema de poder en un momento histórico determinado⁵.

⁴ Esto último es un límite que la garantía de irretroactividad (artículo 123 de la Constitución) impone a la potestad reglamentaria. Desde la introducción de esta garantía en las reformas constitucionales de 1843 (artículo 89: “Ninguna ley puede tener fuerza retroactiva”) hasta el presente, la Constitución jamás ha determinado ella misma su significado jurídico: no ha tomado partido por la teoría de los derechos adquiridos ni por la teoría de los hechos cumplidos. Tal determinación normativa ha correspondido al Tribunal Constitucional, el cual ha tomado partido por la teoría de los hechos cumplidos desde su primera sentencia en la materia: “se entiende por retroactividad no auténtica conocida también como retrospectividad cuando una Ley regula o interviene en situaciones fácticas aún no concluidas” (STC 11/2001-R/II, 5 de febrero, párrafo VI.1).

⁵ Cf. David, René; *Os grandes sistemas do direito contemporaneo* (2ª edición, Lisboa, Meridiano, 1978), pp. 55-166, 327-455; Merryman, John Henry; *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión, México DF, Fondo de Cultura Económica, 2003),

La Revolución francesa tomó del derecho inglés la división de poderes. Pero dedujo de ella una prohibición que vedaba a los jueces interferir en el funcionamiento de la Administración. Sin eufemismos: prohibía juzgarla. Su razón: la resolución de las controversias en que estaban implicados el poder ejecutivo y sus agentes no podía ser confiada a los tribunales, porque, de ser así, el poder ejecutivo quedaría subordinado al poder judicial. Convengamos en que la división del poder, por sí sola, más que garantía para la libertad, acrecienta sus riesgos. La división de poderes es relevante únicamente en tanto precondition de los frenos y contrapesos: para estructurar las competencias del poder público de tal manera que se fiscalicen recíprocamente es necesario que distintos órganos tengan distintas competencias, de tal manera que ínsito al ejercicio de las competencias propias sea el control de las ajenas.

Aquello es lo que hace de la división de poderes una garantía para la libertad. Bajo esta lógica, mientras que para fines del siglo XVIII ingleses y americanos recién independizados tenían a su disposición el *writ of mandamus*, para imponer a la Administración el cumplimiento de un acto debido, y el *quo warranto*, para cuestionar la legalidad de los actos administrativos, en Francia la Ley 16-24 de 1790, en sentido opuesto, disponía lo siguiente: “Las funciones judiciales son distintas y se mantendrán siempre separadas de las funciones administrativas; los jueces no podrán, bajo pena de abuso de funciones, obstaculizar en modo alguno la actividad de los cuerpos administrativos, ni convocar ante sí a los administradores por causa de sus funciones”⁶. Cinco años después estas disposiciones fueron recordadas por un segundo texto: “Se reitera la prohibición a los

pp. 163-171; Van Caenegem, R.C.; *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (1ª edición, Lima, Palestras, 2011), pp. 123-135.

⁶ Cit. por Vedel, Georges; en *ob. cit.* en nota al pie 3, p. 59.

tribunales para conocer de los actos administrativos, de cualquier clase que sean”⁷.

Una posición así no podía sostenerse. Violaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. (1) Su artículo 7 había llevado al derecho positivo el principio de legalidad en sentido lato (“Los que solicitan, facilitan, ejecutan o hacen ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o requerido en virtud de lo establecido en la Ley debe obedecer inmediatamente”). Si los poderes públicos sólo podían hacer aquello para lo cual habían sido habilitados legalmente, como quedaba del artículo 7, entonces los actos no autorizados de la Administración eran arbitrarios y algún remedio debía haber contra ellos. (2) A su vez, la libertad general de actuación, que nacía del artículo 5 (“Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que la Ley no ordena”), quedaba desprovista de medios de defensa frente a los abusos de la Administración si ésta no podía ser objeto de enjuiciamiento. (3) Y el artículo 16, que asentaba el régimen constitucional en la garantía efectiva de los derechos (“Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene constitución”), quedaba privado de su virtud jurídica, cayendo el principio de legalidad por su base y con él la garantía efectiva de la libertad, si a favor de la Administración regía tal suerte de inmunidad.

De quedarse así las cosas, la Revolución habría dado un rodeo para llegar al mismo punto: el enseñoramiento de la Administración sobre los ciudadanos. Se instituyó un remedio, en consecuencia, pero la cura no fue completa. Recelos y resquemores frente a un estamento judicial todavía monárquico condujeron a lo que, de otro modo, podría sin motivo creerse una solución contraída a las palabras y no al fondo de la cuestión: no los jueces, pero sí la Administración, juzgaría

⁷ Cit. por Duguít, León; en *ob. cit.* en nota al pie 1, p. 91.

a la Administración, porque “juzgar a la Administración es administrar”. La Constitución napoleónica del año VIII (1799), aplicando dicho razonamiento, creó el Consejo de Estado, para que se ocupe de las reclamaciones patrimoniales contra la Administración y del control de legalidad de sus actos (exceso de poder). Con el devenir del tiempo el Consejo tomó características judiciales, volviendo las cosas al curso natural de la división de poderes. Empero, dejó como legado una jurisdicción reservada para el juzgamiento de los actos de la Administración, incluyendo los contratos en los que ésta participa.

V

Llegados acá, no hay retorno: el contrato administrativo no tiene sustantividad propia. Es tan contrato como lo es uno de derecho civil. Que hoy el intercambio patrimonial de la Administración tenga un fuero propio para su enjuiciamiento es entendible por una cuestión de especialización, pero también por el simple acostumbramiento a una forma de organización judicial que se asume natural, acaso por su antigüedad y expansión en el derecho comparado.

Y ya que el fuero no sigue a una sustancia propia, nada hay que impida conceptualmente que las controversias sobre contratos administrativos sean radicadas en el fuero común de derecho civil o en el arbitraje. (1) En ambas sedes se litigan derechos de contenido patrimonial, como los que dan forma a los negocios jurídicos que los particulares celebran con la Administración. (2) En ambas sedes, también, la división de poderes, como garantía de los derechos, queda por igual asegurada. En el fuero común, porque, lo mismo que la jurisdicción contencioso-administrativa, es parte del poder judicial, por lo que ofrece las mismas garantías que ésta. Y en el arbitraje, porque, aun cuando por definición es un fuero inorgánico, por igual se trata de un fuero imparcial e independiente, cuyos laudos quedan abiertos

al escrutinio judicial a instancias del interesado, a través del recurso de nulidad. Y en ambas, a la vez, porque todo acto de aplicación del derecho está sujeto a las garantías constitucionales para el ejercicio de la jurisdicción y, por tanto, a la competencia de la jurisdicción constitucional para su enjuiciamiento.

Si no fuera así, estarían fuera del sistema jurídico. (3) Y a favor del arbitraje, en particular, hay una cuestión de coherencia. Prohibirlo es inconsistente con el hecho de que hasta los servicios públicos, aquello que se teorizó como fundamento y límite del Estado (Duguit⁸), puedan ser gestionados vía contrato por particulares (artículo 20.II de la Constitución). Si el Estado ha sustraído la gestión directa de sus propias obligaciones sustantivas, no debiera caer en el dogma de prohibir que las contingencias procesales de dichas obligaciones fuesen también sustraídas de su poder.

Referencias

- David, R. (1978). *Os grandes sistemas do direito contemporaneo* (2a edición). Meridiano.
- Dermizaky Peredo, P. (1997). *Derecho administrativo* (3a edición). Serrano.
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (9a ed.). Ciudad Argentina.
- Duguit, L. (1975). *Las transformaciones generales del Derecho* (1a edición). Heliasta.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2006). *Curso de derecho administrativo: Vol. I* (12ª edición). Palestra.

⁸ “La noción del servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público” (Duguit, León; en *ob. cit.* en nota al pie 1, p. 27).

Martínez Bravo, J. A. (2010). *Derecho administrativo boliviano* (2ª edición). El País.

Merryman, J. H. (2003). *La tradición jurídica romano-canónica* (8ª reimpresión). Fondo de Cultura Económica.

Van Caenegem, R. C. (2011). *ueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea* (1ª ed.). Palestra.

Vedel, G. (1980). *Derecho administrativo* (6ª edición). Aguilar.