

EL ARBITRAJE EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

DERIK LATORRE BOZA*

Hoy se reavivan nuevamente las flamas de un debate que se creyó superado por la arrolladora liberalización de nuestra sociedad: ese debate se manifiesta al nivel jurídico mediante un diálogo, no siempre pacífico, entre los denominados Derecho Público y Derecho Privado¹. Es necesario señalar que este último ha logrado, notorios avances en el ámbito público por intermedio, *verbigracia*, de una corriente que estuvo en el clímax de la moda, en el Perú, durante los años noventa y que se denomina Análisis Económico del Derecho.

Una de las muestras más importantes de esta "liberalización" fue la decisión de incorporar en la Ley N° 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento la conciliación extrajudicial y el arbitraje como mecanismos de solución de controversias. En tal sentido, podemos señalar que "la introducción del arbitraje en el Derecho administrativo, así como otras figuras de corte convencional o negocial, inaugura un nuevo sistema de relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos [...], en un intento de legitimación democrática de la actividad administrativa en detrimento de la actividad imperativa clásica"². Y es que la concepción de un Estado paternalista, centralizado y autoritario cede frente a la necesidad de legitimar un Estado promotor, descentralizado y democrático.

Para los fines de este artículo, nos centraremos en el arbitraje como mecanismo de mayor difusión y uso. En tal sentido, enfatizo el hecho de que la Constitución Política del Estado en su artículo 63 establece que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. Por su parte, la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, previó la figura del "Arbitraje del Estado", disponiendo que podían ser sometidas a arbitraje nacional o internacional, sin necesidad de autorización previa, las controversias derivadas de los **contratos que celebren el Estado Peruano** con nacionales o extranjeros domiciliados o no en el país, inclusive las que se refieran a sus bienes, así como aquellas controversias derivadas de contratos celebrados entre personas jurídicas de derecho público, entre sí.

Como puede verse, no obstante que la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje estaba prevista en la Ley General de Arbitraje, se recogió esta figura para regularla de manera especial en normas propias de la contratación estatal, con lo que

* El autor es abogado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y actualmente presta sus servicios en la Gerencia de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE.

¹ Desde la perspectiva del Derecho Privado se ha afirmado que la distinción entre este y el Derecho Público ya no es posible de sostenerse. Sin embargo, académicos del Derecho Administrativo sostienen que los "dolores de muerte" del Derecho Público no son tales, sino que constituyen los "dolores de parto" del Derecho Administrativo. Ver: CARRILLO, Fernando. Derecho Administrativo y Sistemas de Regulación. www.iadb.org/sds/doc/sgc-Doc63-S.pdf, BID, Washington, Enero 2000, p. 8

² TRAYTER, Juan Manuel. En: Revista de Administración Pública N° 143, Mayo-Agosto, 1997, Madrid, p. 77

se generó una nueva figura que es lo que se denomina "arbitraje administrativo", que constituye un arbitraje sui generis, que presenta características propias que lo diferencian del arbitraje privado o común, matices que nos permiten hablar de una nueva modalidad entre los denominados mecanismos alternativos de prevención, gestión y solución de controversias³. Al respecto, puede definirse el arbitraje administrativo como aquel mecanismo "mediante el cual la Administración Pública en cualesquiera de sus manifestaciones y los administrados, pueden pactar que sus diferencias, surgidas en las materias de su libre disposición o en aquellas expresamente señaladas por la ley, sean resueltas por árbitros mediante un laudo que tiene la eficacia de la cosa juzgada, excluyendo así el asunto concreto del conocimiento de los órganos jurisdiccionales competentes"⁴.

Como se decía, este nuevo tipo de arbitraje presenta características propias e incluso una naturaleza jurídica especial y, por tanto, es importante empezar señalando que el tratamiento normativo del arbitraje administrativo debe hacerse de modo completamente independiente de mecanismos estrictamente administrativos o consensuales, pues constituye un campo híbrido, en el que convergen características que se han entendido, hasta ahora, muchas veces incompatibles unas con otras⁵.

Podemos señalar algunas de esas características especiales del arbitraje administrativo, empezando por la necesidad de desarrollar los procesos arbitrales sobre la base del principio de la transparencia e incluso el de la publicidad, pues tratándose siempre de temas que involucran el manejo de fondos o recursos públicos, la privacidad o la reserva propias del arbitraje privado, resultan, por lo menos, discutibles. Una segunda muestra la constituye la naturaleza híbrida del "arbitraje de derecho" en el ámbito de las contrataciones públicas a diferencia de lo que sucede en el privado; tenemos que en el ámbito privado, el arbitraje de derecho puede ser conocido exclusivamente por abogados, mientras que en el arbitraje administrativo, el Tribunal Arbitral colegiado podría tener como miembros a profesionales no abogados, con la única condición de que el Presidente sí sea abogado⁶. Otras diferencias pueden

³ El artículo 4 del TUO de la Ley N° 26850 establece el principio de especialidad de las normas de contrataciones públicas, que prevalecen sobre las normas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que fueran aplicables. Una de las normas de derecho común, supletoriamente aplicable, es la Ley General de Arbitraje, por lo que en caso de contradicción en lo que dispongan las normas propias y la LGA, prevalecen las primeras.

⁴ FRAGA PITTALUGA, Luis. El Arbitraje en el Derecho Administrativo. Editorial Torino. Caracas 2000. p. 48

⁵ En la normativa venezolana se vienen aplicando el arbitraje y la conciliación como formas anticipadas de culminar el proceso contencioso administrativo, pudiendo señalar al respecto que los obstáculos principales que se han encontrado para su aplicación se deben fundamentalmente a que por el carácter eminentemente privado de estos se suscita una contraposición con el carácter público que es inherente al proceso contencioso administrativo y, en segundo lugar, la existencia del principio de legalidad y el interés público como elementos que informan la actuación de la Administración. Ver: *BADELL MADRID, Rafael. Los medios alternativos de solución de conflictos en el proceso contencioso-administrativo.* www.badellgrau.com/conflictosprocesocontencioso.html. P. 1

⁶ Esta característica del arbitraje administrativo de contrataciones públicas es una de las que más polémica está generando, pues se la juzga incluso de patológica. Sin embargo, debe precisarse que el principio que rige el derecho administrativo y el público en general es el de *legalidad*, por lo que se ha optado por solo permitir la existencia del arbitraje de derecho y no el

encontrarse en la designación residual de árbitros y en la resolución de recusaciones en arbitrajes independientes o ad hoc, que en el caso del arbitraje de contrataciones públicas las efectúa el CONSUCODE, mientras que en el ámbito privado las efectúa el Poder Judicial; el número de árbitros en el caso de contrataciones públicas es uno o tres, no cabe otra alternativa; los plazos de prescripción o caducidad son distintos, pues los del arbitraje de contrataciones públicas son de carácter administrativo, mientras que en el ámbito privado se sujetan a los plazos del Código Civil y del Código Procesal Civil. En la doctrina comparada, afirman algunos autores⁷ que debieran establecerse responsabilidades e incompatibilidades específicas para los árbitros e incluso causales de anulación propias y dichos postulados parecen atendibles.

Como en todos los ámbitos donde se requiere solucionar conflictos que alteran el orden y la estabilidad social, la solución administrativa y luego contencioso administrativa que se le dio en la normativa anterior a los conflictos surgidos en la ejecución de los contratos en los que es parte el Estado generó una serie de sinsabores y descontento en los administrados, pues una de las partes (el Estado) era al mismo tiempo juez y parte, con lo que no se tenía la necesaria neutralidad que permita una mejor gestión del conflicto. Asimismo, las controversias se resolvían en periodos de tiempo (especialmente cuando se llegaba al proceso contencioso administrativo) sumamente extensos. Entonces, frente al cuestionamiento de la vía administrativa de solución de controversias se ha apostado por recurrir a nuevos medios, quizá más adecuados y con posibilidades de darle mayor criterio de especialización y celeridad a la solución de las mismas. Además, teniendo en cuenta que los árbitros son una suerte de "jueces privados" se pone punto final a la situación en que el Estado sea, al mismo tiempo, juez y parte, con lo que se avanza en la necesidad de contar con neutralidad e imparcialidad de estos terceros. El arbitraje administrativo en el terreno de las contrataciones y adquisiciones del Estado ha sido diseñado para sustituir tanto la vía propiamente administrativa como la vía judicial de solución de controversias.

El reto que se ha planteado desde el Derecho Público, incorporando estos mecanismos alternativos de solución de controversias abre un abanico de posibilidades, una de las cuales es que aporten en la consecución por parte del Estado de los servicios, bienes y obras que requiere para su funcionamiento, a costos razonables y en forma oportuna y, por parte de los administrados (contratistas), garantizar el trato justo y la reducción drástica de la arbitrariedad en la solución de las controversias.

de equidad o el denominado en la doctrina comparada como arbitraje técnico. Ante tal opción legislativa, es importante que cuestiones de índole técnica como pueden ser los contratos de ejecución de obra, por ejemplo, sean conocidas por un Tribunal mixto, que al final deberá resolver con arreglo a la normativa aplicable, pero teniendo en cuenta también los aspectos propiamente técnicos.

⁷ Ver GIL ECHEVERRY, Jorge Hernán, "El arbitraje en las relaciones del Estado", en Revista Iberoamericana de Arbitraje (www.servilex.com.pe/congreso_panama/b-01.html) p. 3