

ARBITRAJE Y CONTRATOS: EL TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE LA CONTRATACION PÚBLICA (TACOP)

El arbitraje es una institución de derecho privado que nace con la finalidad de ofrecer una solución alternativa a la judicial para resolver los conflictos que puedan surgir entre las partes en un contrato o negocio jurídico. Las bondades del sistema, su mejora constante y su configuración como un instrumento ágil, rápido y barato además de efectivo y justo, han determinado su extensión y aplicación también en el ámbito del derecho público donde se ha revelado como un mecanismo valioso y práctico para la resolución de controversias. El reconocimiento legal de la posibilidad de someter a arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública supone un paso de gigante en la resolución de conflictos generados en el marco de la contratación administrativa.

Grupo de Contratos del Sector Público

Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P.

La Administración Pública Española es hoy una realidad polifacética y poliédrica que desarrolla un amplio abanico de actividades entre las que destaca, sin duda, la actividad contractual, mediante la que crea un mercado específico de bienes y servicios, el **mercado de la contratación pública**, que es, sin embargo, objeto de una regulación propia y peculiar, como es la contenida en la Ley de Contratos del Sector Público - Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP - y sus muchas normas de desarrollo.

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo abogados, S.L.P.

El mercado de la contratación pública y su régimen jurídico, han sido tradicionalmente **reacios a la figura del arbitraje**, y ello porque en virtud del **principio de autotutela administrativa**, y de la existencia de un orden jurisdiccional especializado en la "materia administrativa", existen mecanismos suficientes para el debido conocimiento y resolución de los conflictos que pudieran derivar de la actuación – o interacción – administrativa.

En el ámbito específico de la contratación administrativa, la **facultad interpretativa y directiva del órgano de contratación** primero, y los mecanismos administrativos – recursos administrativos, responsabilidad patrimonial contractual y extracontractual, etc. – y judiciales – recursos contencioso administrativos – de solución de controversias después, han impedido que los tradicionalmente denominados "**medios alternativos de solución de controversias**" (como son la conciliación, la mediación y el arbitraje) tuvieran entrada en el régimen jurídico de las Administraciones Públicas con carácter general y en el específico de la contratación pública en particular.

Es cierto que el **Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas**¹ – en adelante TRLCAP -, establecía, en su artículo 60 (apartado segundo) y bajo la rúbrica "*Recursos y arbitraje*", que el **sometimiento a arbitraje** se ajustaría a los requisitos establecidos en la Ley General Presupuestaria o en las correspondientes normas de otras Administraciones Públicas, si bien esta previsión no abría la puerta a la posibilidad de someter a arbitraje contiendas que surgieran entre la Administración y los particulares, sino que más bien se limitaba a recordar que **no cabe**, en principio y salvo norma específica en contrario, enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes, y mucho menos **transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública estatal, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos**, sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno.

¹ Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Sin embargo, la Ley 34/2010, de 5 de agosto, y en concreto su artículo 1.3, ha introducido un nuevo artículo 320 en la Ley 30/2007², - LCSP -, que ha venido a consagrar la institución del arbitraje en el ámbito de la contratación pública, y cuyo tenor es el siguiente:

Los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública podrán remitir a un arbitraje, conforme a las disposiciones de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, la solución de las diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

La regulación expresa del arbitraje en el marco de los contratos del sector público supone el reconocimiento de dicha vía como mecanismo alternativo al judicial para la solución de controversias nacidas en el seno de la contratación pública, mecanismo que a su vez ofrece indudables ventajas para ambas partes en el contrato y ello por la **celeridad y eficacia** que caracteriza esta vía de solución de controversias, si bien se restringe a los contratos celebrados por entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan el carácter de Administración Pública³.

Así las cosas, el recurso al arbitraje tiene, en materia de contratación pública, un protagonismo notable, si bien su operatividad dependerá, en gran parte, de las medidas que al efecto se adopten a la hora de contratar, pues es necesario que se prevea en los pliegos que rigen la contratación la posibilidad de acudir al arbitraje como mecanismo de solución de las controversias, vigente el contrato, en materia de efectos, resolución y extinción.

² La redacción originaria de la LCSP nada establecía respecto de la posibilidad de someter a arbitraje las contiendas que derivaran de conflictos o discrepancias relativas a la ejecución, cumplimiento o extinción de los contratos en ella regulados.

³ De acuerdo con el artículo 3.2 LCSP, solo tienen la consideración de Administración Pública:

- La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.
- Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social
- Los Organismos autónomos.
- Las Universidades Públicas.
- Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y
- Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características del artículo 3.2.e) LCSP.

El Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública.

La **Asociación Europea de Arbitraje**⁴ (AEADE), institución arbitral de relevancia, ha creado en su seno un **Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública**⁵, formado por una lista de miembros de acreditada experiencia profesional nacional e internacional en el ámbito de la contratación pública, juristas de reconocido prestigio y excelente cualificación técnica que serán llamados a conocer y solucionar los asuntos que se sometan al arbitraje de este Tribunal⁶.

Las ventajas que presenta el recurso al arbitraje en materia de contratación son múltiples:

- **Rapidez**: La controversia deberá ser resuelta por un laudo que dicte el/los árbitros expertos integrados en el Tribunal en un plazo no superior a seis meses desde la fecha de contestación a la demanda, salvo acuerdo en contrario de las partes o por decisión del árbitro atendiendo la complejidad del asunto.

- **Flexibilidad**: Las partes en conflicto pueden modificar las reglas del procedimiento en cuanto a elección de los árbitros, leyes aplicables al fondo de la controversia, etc.

- **Calidad y eficacia de la solución arbitral**: la probada cualificación técnica de los árbitros del TACOP y la posibilidad de ampliar o reducir el plazo para dictar el laudo revela la voluntad de cumplir los objetivos de celeridad sin detrimento del estudio profundo del asunto y de la mejor solución del mismo.

⁴ www.aeade.org

⁵ <http://www.aeade.org/corte/arbitraje/index.php?len=es&pag=contratacion-publica>

⁶ En principio las partes podrán acordar el nombramiento de un único árbitro o de tres árbitros y en defecto de acuerdo entre las partes, el Comité de Dirección y de Designaciones del TACOP, designará a los árbitros. Dicho Comité podrá modificar el orden rotatorio preestablecido cuando concurrieran circunstancias que pudieran afectar a la independencia o imparcialidad del árbitro – árbitros – o su plena disponibilidad para cumplir el mandato encomendado, pudiendo oírse en tal caso a las partes interesadas.

Así las cosas, sería conveniente **promover la inclusión de la cláusula arbitral en los pliegos** que rigen la contratación de los entes, organismos y entidades del Sector Público que no tengan la consideración de Administración Pública, de tal modo que las controversias que pudieran surgir en relación con los efectos y extinción de los contratos que celebren se someta al conocimiento del **Tribunal de Arbitraje de la Contratación Pública**. Ello no sólo permitiría a los contratistas disponer de un mayor poder de decisión en relación con quien va a resolver el asunto o que reglas se van a aplicar al procedimiento, sino que además les garantizaría una **solución más rápida, ágil y eficaz** de las controversias que pudieran surgir en el seno de tales contratos.

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. esta integrado por Juan Santamaría Pastor, Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Alejandro Hernández del Castillo y Pilar Cuesta de Loño.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma jlpalma@gomezacebo-pombo.com o al Departamento de Derecho Administrativo, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel: 915 829 415)