

# ARBITRAJE Y SECTOR PÚBLICO

LIBRO CONMEMORATIVO DEL 35 ANIVERSARIO  
DE LA  
CORTE CIVIL Y MERCANTIL  
DE ARBITRAJE(CIMA)

TOMO I



COORDINADORES

FRANCISCO RUIZ RISUEÑO  
JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS



MADRID, 2024

ARBITRAJE  
Y SECTOR PÚBLICO

TOMO II

**Edición:**

CIMA - CORTE CIVIL Y MERCANTIL DE ARBITRAJE  
Jorge Juan, 8 2º - 28001 Madrid  
[www.cima-arbitraje.com](http://www.cima-arbitraje.com)

**Impresión:**

TORREBLANCA IMPRESORES, S.L.  
Paseo Imperial, 57 - 28005 Madrid

Depósito Legal: M-00000-2024

Impreso en España

## Arbitraje y contratos públicos en las transacciones comerciales internacionales

### I. SUPERACIÓN DE LAS RETICENCIAS GUBERNAMENTALES A LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS DE ESTADO

#### *1. El Estado como partícipe contractual transacciones internacionales*

EN un mundo caracterizado por la globalización y por la expansión de los mercados emergentes resulta conveniente prestar atención especial a una conflictividad protagonizada por el Estado y otras entidades estatales que cada vez participan más activamente en diversas transacciones comerciales e inversoras. Como la mayoría de los particulares, los Estados y los entes públicos celebran contratos a diario con operadores privados, muchas veces a largo plazo, que implican una gran cantidad de capital y afectan a recursos clave del Estado y que en ocasiones dan lugar a una particular confrontación. La internacionalización de esta modalidad contractual se justifica principalmente por la preocupación respecto a la imparcialidad de los tribunales nacionales en caso de litigio y por el objetivo de neutralizar la superioridad intrínseca de las instituciones del Estado, que poseen poderes soberanos para legislar y potencialmente interferir en los contratos. Sin estas preocupaciones, no sería necesaria una categoría separada de contratos estatales ni la determinación de su protección internacional a través de tratados y del recurso al arbitraje.

La participación de un Estado o entidad estatal en un contrato les coloca *prima facie* en una posición de ventaja y para contrarrestarla las partes privadas han desarrollado diversas cláusulas contractuales protectoras, como: a) las cláusulas de estabilización, que buscan mantener la legislación vigente del país receptor en el momento de firmar el contrato, en prevención de que futuros cambios legislativos no afecten al contrato; b) las cláusulas de elección de ley, que permiten referirse a un sistema de Derecho supranacional, como el Derecho transnacional o internacional, situando así el contrato fuera del ámbito de la legislación del país receptor; y c) las cláusulas arbitraje que facultan la posibilidad de acudir a este mecanismo de arreglo de controversias frecuentemente administrado por un



Centro especializado. Estas cláusulas, individualmente o en conjunto, tienen la virtud de “internacionalizar” la transacción, alejándola de la eventual interferencia de la legislación del Estado contratante o de sus tribunales de justicia

La internacionalización de una transacción contractual busca sustraer dicha relación del ámbito del Derecho interno del Estado implicado. Aunque un Estado puede comprometerse frente a otro Estado a no ejercer su poder legislativo si ello conlleva una violación de los deberes establecidos en acuerdos internacionales, no puede, mediante un contrato con un particular, obligarse a renunciar plenamente a su facultad de legislar. En otras palabras, el uso del Derecho internacional, que regula las relaciones entre Estados, no es adecuado para gobernar una relación contractual entre un Estado y un particular pues existe, en efecto, una diferencia esencial entre los tratados internacionales, que tienen como partes a los Estados, y los contratos internos que, aunque puedan tener elementos internacionales, no limitan completamente la soberanía legislativa de un Estado. Bien entendido que esta internacionalización debe manejarse cuidadosamente para no comprometer la soberanía legislativa esencial de los Estados, lo que podría generar conflictos legales y prácticos en la ejecución de estos contratos.

Numerosos contratos internacionales suscritos por el Estado reflejan la realidad política y económica de esta calificación. Sobre este punto, los internacionalistas dejaron bien sentado la inconveniencia de asimilar esta modalidad contractual a los tratados. Concretamente en la sesión de Oslo (1977), los miembros del *Institut de Droit International* afirmaron que un contrato con un particular no es un tratado, aunque contenga una referencia al Derecho internacional general; y, asimismo, que las normas del Derecho de los tratados, dominadas por el principio de estabilidad, son en gran medida irrelevantes en el caso de un contrato comercial, que está sujeto a un enfoque más evolutivo y dominado por la idea de salvaguardar el equilibrio contractual. Al entablar relaciones contractuales con los Estados no actúa como sujetos de Derecho internacional y el sometimiento de sus contratos a ese ordenamiento y la Corte Internacional de Justicia no es competente para resolver los eventuales litigios derivados de ellos.

Precisamente, la expansión del arbitraje en este sector ha sido impulsada por la demanda de internacionalización de los contratos de Estado, o contratos públicos internacionales (CPI), que implican a un Estado o entidad pública, caracterizados en muchos casos por un procedimiento de adjudicación competitivo y por las fuertes prerrogativas del poder público durante su ejecución, como la capacidad de modificar el contrato, interpretarlo unilateralmente y resolverlo.

De hecho, la experiencia demuestra que estos contratos suelen redactarse meticulosamente e incluyen disposiciones detalladas que abarcan muchas cuestiones, observándose una especial atención a las reglas rectoras y a la posibilidad de someter las controversias derivadas de dichos contratos al arbitraje, por considerar que es un mecanismo de resolución de controversias más neutral y eficiente y adaptado a las características peculiares de una relación contractual con un Estado y, sobre todo, del riesgo adicional que ello genera.

Al igual que en el contexto nacional, en las transacciones internacionales el Estado no es un socio contractual como los demás, pues cuenta en la relación con poderes exorbitantes, circunstancia que aleja esta modalidad contractual de los acuerdos privados, en los que determinadas cláusulas se descuidan con demasiada frecuencia (*midnight clauses*). En este caso, las disposiciones sobre la ley aplicable y la solución de litigios se consideran a



menudo las cuestiones jurídicas más delicadas evidenciándose un interés compartido, pues mientras que los operadores privados tratan de atemperar las eventuales consecuencias de la soberanía estatal, los Estados consideran seriamente hasta qué punto su compromiso puede afectar a los intereses públicos que deben tutelar, por ejemplo, a la hora de conceder a una empresa extranjera el derecho a explorar importantes recursos naturales como el petróleo o el gas.

## 2. Consolidación de la práctica

La actividad contractual del Sector Público, configurado por la Administración pública, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, empresas públicas, fundaciones públicas, consorcios públicos y otros entes de Derecho público, se proyecta en la adquisición de obras, bienes y servicios de proveedores a través de procedimientos abiertos y competitivos para obtener una buena relación calidad-precio, constituyendo, en su dimensión, transnacional un importante instrumento, englobando la legislación sobre contratación pública todas las leyes y reglamentos que el sector público debe respetar a la hora de adquirir bienes y servicios. Su objetivo es garantizar una transacción rentable mediante una competencia transparente y leal, de modo que el dinero de los contribuyentes se utilice con moderación y de forma adecuada, y al mismo tiempo resulte atractiva para las empresas del mercado, especialmente las pequeñas y medianas. También pretende evitar que el Estado abuse de su fuerza como comprador importante en el mercado.

La distinción entre contratos comerciales ordinarios concernientes a partes privadas y un contrato estatal celebrado entre una parte privada y un Estado o su entidad está universalmente reconocida en varios sistemas jurídicos nacionales, como el concepto francés de *contrat administratif* (Fernández Rozas, 2012 37-90), sin embargo, el enfoque preciso varía de un sistema a otro. Dadas las fuertes consideraciones vinculadas al interés nacional inherentes a la contratación pública, se reconoce a menudo la existencia de un elemento regulatorio de Derecho público y de discrecionalidad gubernamental en la negociación, celebración, ejecución y terminación de tales contratos.

Con el incremento de la participación del Estado en la economía, prosperó la insatisfacción de los particulares hacia los resultados de los dilatados procesos a través del complejo mecanismo administrativo y judicial. Por esta razón, en el último tercio del siglo XX se consolidó la práctica de la firma por parte de muchos Estados de numerosos contratos económicos o comerciales con cláusulas que incluían el recurso al arbitraje internacional, evidenciándose las ventajas de incluir cláusulas de arbitraje en los contratos públicos medida que se aceptaba su uso en los contratos comerciales privados. Y a las dificultades conceptuales iniciales para hacer cumplir los acuerdos de arbitraje entre partes privadas se añadieron problemas específicos derivados de la participación de una entidad gubernamental en el contrato, obligando a adaptar este mecanismo a la naturaleza y particularidades de los contratos públicos para superar así los obstáculos legales y administrativos que inicialmente dificultaban su implementación. De esta suerte, la propia evolución del Derecho de los negocios internacionales fue eliminado progresivamente la prohibición del



arbitraje para el Estado y otras entidades públicas en contratos mercantiles con sociedades extranjeras, tanto en el marco de la globalización y como en el de la construcción del Mercado Único europeo, donde resulta esencial una ordenación racional de la contratación pública transfronteriza para garantizar la libre competencia y fomentar un entorno competitivo justo, permitiendo, entre otras cosas, a todas las empresas participar en licitaciones públicas sin discriminación.

El Estado actúa como un operador económico, celebrando contratos y explotando actividades económicas para producir bienes y servicios, variando esta intervención en función de criterios de la política económica, incluyendo oleadas de nacionalizaciones y privatizaciones en sectores en crisis. Además, el incremento del “comercio de Estado”, donde el gobierno comercializa productos de monopolio público, se diferencia de la “contratación pública”, donde el gobierno compra productos para su uso o consumo, reforzando la figura del “Estado comerciante” y de las empresas públicas que auxilian en esta actividad. Concretamente, el art. XVII GATT describe las empresas comerciales del Estado como aquellas de propiedad estatal, con privilegios especiales o monopolios y al participar en transacciones económicas internacionales se observa la renuncia a su inmunidad de jurisdicción cuando se someten al arbitraje. El crecimiento de la contratación pública resalta consustancial al comercio internacional, promoviendo una competencia efectiva y acceso no discriminatorio a los contratos públicos. Representa, según datos recientes de la OMC, entre el 13% y el 20% del PIB global, con un potencial significativo para ayudar a los gobiernos a alcanzar sus metas de desarrollo.

## II. TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

### 1. Problemas de delimitación

LOS contratos estatales y otros contratos celebrados por el Estado pueden estar sujetos a regímenes de Derecho público o privado, encuadrándose dentro del ordenamiento jurídico interno. La solución preferible se consigue aplicando los principios normales de conflicto de leyes, es decir, determinando, objetivamente, la ley con la que el contrato tiene una conexión más estrecha. Presuntamente, se trata de la ley del Estado contratante y, aunque esta presunción adolece de cierta debilidad, normalmente será difícil de rebatir si el contrato debe ejecutarse en dicho Estado y si, por la propia ley del Estado, éste está obligado a contratar por referencia a dicha ley. Debe reconocerse que ha habido pocos casos en los que la ley del Estado ha sido inadecuada para responder al problema específico planteado, por lo que los tribunales arbitrales, comprensiblemente, han tenido que complementar la ley del Estado con el concurso de los principios generales del derecho. Pero el uso de tales principios como fuente suplementaria de Derecho para evitar un *non liquet*, es muy diferente del desconocimiento del Derecho del Estado contratante como Derecho básico y propio. Debe adelantarse que la noción de “contrato de Estado” es ambigua pues,



en un sentido amplio, incluye todo contrato celebrado entre cualquier órgano del Estado y una persona física o jurídica privada extranjera, mientras que, en un sentido más estricto, se refiere a contratos entre un Estado y una persona privada extranjera, generalmente en el contexto de las inversiones internacionales. Los contratos estatales comprenden un amplio abanico de temas, incluyendo acuerdos de préstamo, contratos de suministro de bienes o servicios, contratos laborales, y grandes proyectos de infraestructura, como la construcción de autopistas, puertos o embalses.

Uno de los tipos más prevalentes de contratos estatales es el contrato de explotación de recursos naturales, comúnmente denominado “acuerdo de concesión”, que tiene una destacada presencia en los sectores de recursos naturales de los países en desarrollo. Los inversores extranjeros suelen ingresar a estos mercados mediante la celebración de un contrato de inversión extranjera con el Estado o una entidad, siendo esta modalidad contractual especialmente común en sectores donde la entidad estatal opera como un monopolio legal, conforme a las leyes locales. En consecuencia, los contratos estatales son de vital importancia para la realización de inversiones extranjeras directas.

Generalmente, los ordenamientos jurídicos nacionales abordan los contratos celebrados con el Estado o con entidades estatales como una categoría especial de contratos sujetos a normas reguladoras especializadas. Las normas sobre la capacidad de una entidad estatal para celebrar contratos se establecen en la legislación que crea dicha entidad, identificando los ámbitos en los que tiene capacidad para contratar. Asimismo, la fuente de la ley aplicable a estos contratos suele encontrarse en los estatutos y reglamentos que rigen tanto el objeto del contrato como la entidad estatal que lo celebra, inclinándose estos contratos a establecer igualdad entre las partes contratantes, a diferencia de los contratos administrativos, que son acuerdos destinados a la satisfacción de intereses públicos y caracterizados por la preeminencia de la Administración e incluyen obras, concesiones de obra y servicios, suministros y servicios. A su lado, los contratos privados son aquellos celebrados por Administraciones públicas cuyo objeto sea distinto de los anteriores, en tanto que los contratos de obras, suministros, servicios, concesiones de obras y servicios en sectores como el agua, energía, transportes y servicios postales tienen regímenes específicos contando incluso con Leyes específicas cuando se trate de contratos en materia de Defensa y Seguridad.

El contrato puede celebrarse, de un lado, entre un poder adjudicador y un cocontratante extranjero (público o privado), y ejecutarse en el Estado del poder adjudicador o en el Estado del cocontratante; y, de otro lado, entre un poder adjudicador y un cocontratante extranjero (privado o público) y ejecutarse en un tercer Estado; sin olvidar que, el contrato puede ser susceptible de ejecución en parte en el territorio de varios Estados. Es cierto que estas distintas hipótesis no siempre plantean similares problemas jurídicos, pero tienen en común la integración del contrato administrativo en la esfera internacional por la presencia de un elemento extranjero, que coloca a las partes en una situación objetivamente internacional.

Calificar el carácter internacional de un contrato resulta un paso previo para determinar las herramientas jurídicas aplicables en caso de violación de compromisos. En el caso de los CPI los órganos convocantes deben observar normas nacionales y disposiciones



internacionales, ya sean de Derecho indicativo (*soft law*) o compromisos en tratados comerciales internacionales (*hard law*), cuyo incumplimiento puede resultar en represalias comerciales con costos políticos y financieros. Consustanciales a los CPI son un conjunto de características, como la exploración, extracción y transporte de minerales, así como la construcción y administración de plantas para su procesamiento, en contraste con el simple objeto de una mera compraventa. En ciertos casos, la larga duración de estos contratos implica una colaboración estrecha entre el Estado y el operador, y requiere instalaciones permanentes en el país donde tienen lugar las operaciones previstas en el contrato. También se contempla la aceptación de responsabilidades por parte del operador y la concesión de ciertos privilegios o potestades públicas. La estrecha vinculación del inversor con el progreso económico y social del país de la inversión es otro rasgo distintivo. En términos generales, existe un régimen jurídico diferenciado para los contratos administrativos y los contratos privados. Los contratos administrativos se rigen, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la normativa nacional, específicamente en España por la Ley de Contratos del Sector Público y sus disposiciones de desarrollo. Por otro lado, los contratos privados se regulan, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas específicas, por la Ley de Contratos del Sector Público de manera general, y por el Derecho privado en lo que respecta a sus efectos, modificación y extinción.

Dado el grado de cooperación necesaria entre las partes y la magnitud de las operaciones previstas en el contrato, la relación contractual en los CPI busca equilibrar los objetivos de promoción social y el legítimo enriquecimiento del contratante extranjero se incluyen cláusulas de estabilización y de elección del Derecho aplicable que protegen contra las incertidumbres derivadas de posibles modificaciones legislativas.

## 2. Bloques normativos implicados

### A) Perspectiva multilateral

Un CPI permite trasladar la resolución de controversias a un escenario internacional, aplicando procedimientos diferentes a los nacionales, como el arbitraje, administrado por instituciones internacionales especializadas o conforme a los mecanismos de un tratado comercial internacional.

Los acuerdos comerciales internacionales en el ámbito de la contratación pública pretenden garantizar una competencia efectiva y un acceso recíproco y no discriminatorio a los contratos públicos entre las partes contratantes por encima de los umbrales establecidos en dichos acuerdos, permitiendo al sector público alcanzar el objetivo de optimizar el uso de los fondos públicos en la adquisición de bienes, servicios y obras de construcción.

En los ordenamientos nacionales y supranacionales se reconocen una serie de principios de contratación pública que ahora tienen valor positivo, obligando a las Administraciones y aplicables por la justicia administrativa en casos de disputas sobre normas de contratación pública. Los organismos internacionales como la CNUDMI, OCDE,



CNUCC y el Banco Mundial ofrecen sus servicios y/o emiten guías y lineamientos conocidos como “Mejores Prácticas Internacionales” que, aunque no vinculantes, sirven como referencia para mejorar los procesos de contratación pública en los países, promoviendo la transparencia y eficiencia.

Los tratados comerciales internacionales buscan adoptar normas uniformes para contratos públicos, respetando las leyes nacionales y combatiendo prácticas corruptas. Estos tratados varían en cobertura de productos, dependencias participantes y umbrales de valor, involucrando licitaciones de alto valor y contenido tecnológico. La CNUDMI, por ejemplo, emite directivas que sugieren lineamientos para resolver controversias durante la contratación, permitiendo recursos de reconsideración y revisión ante órganos independientes como el Tribunal de Justicia Administrativa en México.

En este contexto, el Acuerdo sobre Contratación Pública (ACP) de la OMC (versión 2012) es un instrumento plurilateral obligatorio para sus Estados Parte, que establece principios generales y procedimientos detallados para la contratación pública, con el objetivo de abrirla a la competencia internacional y garantizar la transparencia y no discriminación. Dicho Acuerdo inserta mecanismos independientes para resolver diferencias en contratación pública, incluyendo procedimientos internos de revisión y el mecanismo de solución de diferencias de la OMC, permitiendo a los proveedores impugnar infracciones y asegurar medidas provisionales rápidas.

Los avances en el sector se caracterizan por su lentitud pues la mayoría de los gobiernos no han alcanzado aún acuerdos vinculantes en materia de contratación pública, ya sea en el marco de la OMC o mediante acuerdos comerciales preferenciales, como se evidencia en que los compromisos recíprocos negociados para el acceso al mercado no han demostrado ser efectivos para incentivar a los gobiernos a adquirir más bienes y servicios de proveedores extranjeros. Bien es verdad que esta tendencia parece revertir en los últimos años, en primer lugar, con la ampliación del aprovisionamiento extranjero por parte de los gobiernos en la mayoría de los países, independientemente de si han suscrito compromisos internacionales a tal efecto, en segundo lugar, con el aumento de la adopción de buenas prácticas internacionales, poniendo menos énfasis en la reciprocidad específica del acceso a los mercados y enfocándose más en la cooperación internacional en materia regulatoria y, por último, mediante esfuerzos por mejorar la transparencia y fomentar políticas que favorezcan la competencia de manera más general.

La mayoría de los gobiernos aún no han acordado disciplinas vinculantes en materia de contratación pública, ya sea en la OMC o en un acuerdo comercial preferencial, sugiriendo la investigación empírica que los compromisos de acceso al mercado negociados recíprocamente no han sido eficaces para inducir a los gobiernos a comprar más a proveedores extranjeros. Sin embargo, el aprovisionamiento en el extranjero por parte de los gobiernos ha ido en aumento en la mayoría de los países, independientemente de si los Estados han asumido compromisos internacionales a tal efecto, aunque hay algunas pruebas de que esta tendencia se invirtió después de 2008 en varios países que tenían la libertad de hacerlo, reflejando la difusión de buenas prácticas internacionales. Los hechos estilizados sugieren que se reconsidere el diseño de la cooperación internacional en materia de regulación de la contratación pública, haciendo menos hincapié en la reciprocidad específica del acceso a



los mercados y más en la cooperación y el aprendizaje internacionales en materia de regulación, los esfuerzos por impulsar la transparencia y la búsqueda de políticas favorables a la competencia de forma más general (Hoekman, 2017 568-602)

## B) Perspectiva de la Unión Europea

En el marco del Mercado Único de la UE, la adjudicación de los contratos públicos se efectúa de conformidad con el principio de la mejor oferta, sin importar el país de origen de la empresa oferente (art. 26.2º TFUE). En este contexto, se ha desarrollado una calificación específica para los contratos públicos y las concesiones con interés transfronterizo, fundamentales para la libre circulación de bienes, servicios, trabajadores y capitales, considerándose estos instrumentos como contratos administrativos internacionales entre partes situadas en Estados europeos, aunque se reconoce este concepto, no existe un régimen específico para ellos. Las autoridades estatales han adoptado esta noción, permitiendo adjudicaciones a entidades extranjeras, a menudo a través de adjudicación directa, contactando directamente con empresas para presentar ofertas.

Los procedimientos de contratación pública en la UE se basan en normas nacionales, y para contratos de alto valor, en normas generales de la UE. La legislación de la UE establece normas mínimas armonizadas para garantizar condiciones equitativas de competencia, presumiendo la Comisión Europea un interés transfronterizo para contratos por encima de ciertos umbrales y evaluando este interés según el objeto, valor, características del sector y lugar de ejecución del contrato. Junto a ello, la UE promueve oportunidades de negocio a través de acuerdos comerciales bilaterales que incluyen capítulos sobre contratación pública, precisando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que el interés transfronterizo puede derivarse de la importancia económica del contrato, su lugar de ejecución o sus características técnicas. Incluso contratos de escasa cuantía pueden tener interés transfronterizo si cruzan fronteras entre Estados miembros. Los contratos públicos excluidos de las Directivas de la UE deben respetar los principios de no discriminación y transparencia.

Los contratos públicos son vitales para las economías de los Estados miembros al aportar más del 16 % del producto interior bruto (PIB) de la UE. Desde el Acta Única de 1987 y el Tratado de Maastricht de 1992, la apertura de los mercados nacionales de contratación pública se convirtió en uno de los principales objetivos de la UE, impulsando la transposición de Directivas europeas sobre contratación pública y concesiones. Estas incluyen: a) Directiva 2014/23/UE sobre la adjudicación de contratos de concesión, que regula la contratación en sectores públicos y de servicios de utilidad pública mediante concesiones; b) Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, que establece procedimientos de compra para garantizar la transparencia y la igualdad de trato entre licitadores; y, c) Directiva 2014/25/UE sobre contratación en sectores de servicios públicos como agua, energía, transportes y servicios postales. En el ámbito de las políticas exteriores, la UE adoptó el Reglamento (UE) 2022/1031 sobre el Instrumento de Contratación Pública Internacional (ICPI), destinado a facilitar el acceso de operadores de Estados miembros a contratos en terceros países y permitir a la Comisión restringir el acceso a contratos públicos de la UE a ciertos operadores económicos basándose en el IMPI. Finalmente, la STJUE 7 de septiembre de 2021 (C-927/19), en el caso *Klaipėdos*, reafirmó los principios fundamentales de la contratación pública, destacando que el derecho del poder adjudicador de permitir aclaraciones posteriores de una oferta inicial debe respetar el principio de igualdad de trato.



En suma, los contratos públicos con interés transfronterizo en el espacio europeo fomentan la competencia y la prestación de servicios públicos, estableciendo la UE normas de publicidad y transparencia para evitar preferencias indebidas y asegurar que los licitadores conozcan los elementos esenciales del contrato, reforzándose esta racionalidad económica por la jurisprudencia del TJUE, al promover la difusión de información sobre los candidatos y las fases del procedimiento.

### III. UNA NUEVA MANIFESTACIÓN CONFLICTIVIDAD INTERNACIONAL

#### *1. Expansión del arbitraje en la contratación pública internacional*

EVIDENTEMENTE, los contratos públicos, regidos por normas de Derecho público y sujetos a la acción de los tribunales arbitrales, que representan una forma de justicia privada paralela, incluyen una relación aparentemente contradictoria, habida cuenta que la función del contencioso administrativo es garantizar que las actividades administrativas se realicen legalmente y promuevan el interés público. Pese a ello, resulta notorio que cada vez más Estados estén acudiendo al arbitraje como método para resolver conflictos en la contratación pública, sustrayéndolos del ámbito administrativo por varias razones: la urgencia en la provisión de bienes o servicios esenciales para el Estado, la necesidad de especialización en la resolución de litigios, la garantía de confidencialidad, la accesibilidad de los tribunales arbitrales internacionales para resolver disputas con entidades extranjeras, y/o la flexibilidad que los árbitros privados ofrecen en la comprensión de condiciones económicas y de mercado más efectiva.

Estas aparentes ventajas ni son de aceptación pacífica ni están exentas de críticas. Las principales preocupaciones para muchos de los Estados que acuden a procedimientos de arbitraje son la legitimidad, las interpretaciones amplias de los tribunales y los elevados costos financieros. Las dudas sobre la legitimidad incluyen conflictos de interés de los árbitros y prácticas que socavan la rendición de cuentas, la transparencia y la consideración de ser tratado como una mera entidad comercial al quedar despojado de su soberanía. En respuesta, desde ciertas instancias gubernamentales se han denunciado estos procedimientos y se han retirado de un marco institucional internacional que se había ido consolidado en los últimos años. Y a ello se une que, los costos financieros del arbitraje, que pueden incluir laudos, honorarios de abogados y costos administrativos, son prohibitivos, especialmente para países pequeños y pobres.

El camino hacia la aceptación del arbitraje por las autoridades gubernamentales ha sido complejo, desigual y aún no se ha consolidado totalmente. En el pasado, el Estado rara vez intervenía en los asuntos del mercado, pues el antiguo concepto de inmunidad soberana respaldaba la idea de que permitir que el Estado fuera demandado sin su consentimiento afectaría negativamente al bienestar público. Incluso cuando se renunciaba



a esta inmunidad y se permitía que el Estado fuera demandado, no existía la necesidad de un método extrajudicial de resolución de disputas debido a la mínima actividad comercial estatal.

## *2. Pros y contras de su aceptación*

En la actualidad, el arbitraje se emplea para la resolución de conflictos mucho más allá de sus orígenes centrado en las relaciones contractuales privadas, siendo ampliamente adoptado por los gobiernos estatales para la contratación con el sector privado, produciéndose este creciente compromiso gubernamental en favor del proceso arbitral, en general, a partir de un examen esporádico y contextual de las consideraciones que distinguen esta faceta del arbitraje de su uso en el sector privado, tras verificarse tanto los beneficios sociales que puede ofrecer como los límites especiales que se imponen a su utilidad y valor, garantizando a su vez sus posibilidades al servicio del sector público e impidiendo que se convierta en un instrumento para subvertir los intereses estatales que todo gobierno debe proteger. De esta manera, se asegura que el arbitraje no solo sea eficaz en la resolución de conflictos, sino también coherente con los principios y objetivos del interés público.

Las posibles reticencias a que el Estado o las entidades públicas recurran al arbitraje no acostumbran a contar con un fundamento constitucional, al menos en los países de nuestro entorno, por lo cual su alcance puede ser modificado por el legislador y, en particular, tales reticencias pueden ser derogadas por disposiciones legislativas explícitas, además de que el recurso al arbitraje ha sido previsto expresamente desde hace tiempo en varios tratados internacionales. La ampliación de la posibilidad de someter a arbitraje los litigios en los que participen entidades públicas, en nuevos ámbitos, no cuestionaría estas soluciones existentes, que ya permiten dicho recurso.

Ahora bien, frente al planteamiento posibilista esbozado, son muchos los argumentos que se han esgrimido en contra el recurso al arbitraje en este sector, dominando uno de carácter psicológico según el cual no resulta de recibo que el Estado carezca de confianza en su propia justicia., al lado de otros de carácter jurídico de mayor enjundia centrados en el carácter de orden público de la competencia del juez administrativo junto al principio de indisponibilidad de los poderes de las personas públicas. Y se argumenta también que someterse a este tipo de arreglo fuera del ámbito estatal supone una inadmisibles pérdida de soberanía y autoestima del Estado.

En efecto, el Estado contratante no es equivalente a los contratistas privados al estar investido por la autotutela administrativa a la hora de cumplir con sus obligaciones. La existencia de esta prerrogativa requiere entonces la oportuna regulación de la participación del Estado en diversas operaciones y la consideración de sus intereses de manera más restringida, para convertirla en una excepción tolerada. Por eso resulta menester tomar en consideración el estatus de soberano del Estado en el momento de la celebración del acuerdo para determinar si se compromete con dicho estatus o como particular y que



cualquier intervención que perjudique estos acuerdos debe limitarse a casos de utilidad pública y al pago de una indemnización adecuada.

Resulta de aceptación común que un Estado es un contratante cuando dispone de sus elementos constitutivos y celebra contratos a través de sus agentes y que su implicación en tales operaciones no le priva de sus atributos soberanos ni lo convierte en un mero contratante. De ahí que no se involucre contractualmente en los acuerdos adoptados por sus órganos si bien, pero en contrapartida, no puede desentenderse de las relaciones iniciadas por las entidades resultantes de una agrupación. Dicho en otros términos el Estado, en sentido estricto, se va liberando progresivamente de la contratación directa, delegando esta opción a otras entidades, las cuales están sujetas a otras consideraciones y cuestiones jurídicas.

Con independencia de que más adelante se insista en esta cuestión, es pertinente cuestionar la capacidad de los organismos públicos para incluir una cláusula compromisoria en sus contratos cuestión que, aunque es menos debatida hoy en día, sigue siendo esencial para comprender la integración del arbitraje en las relaciones contractuales que vinculan a dichos organismos. Baste retener que, en las últimas décadas, su capacidad para someterse a arbitraje ha sido ampliamente aceptada. Los Estados han abandonado gradualmente la idea de una soberanía absoluta, reconociendo la autoridad del Derecho internacional para regular sus obligaciones mediante contratos o tratados, basada en principios como la buena fe y el estoppel, que prohíben a los Estados adoptar normas contrarias a los compromisos asumidos, incluido el arbitraje. Para llegar a esta situación, los Estados han cambiado de actitud, adoptando el arbitraje como un medio adecuado de resolución de controversias sus transacciones internacionales. Además de celebrar acuerdos bilaterales, han contribuido a la creación de organismos especializados como el CIADI, GATT, CNUDMI, OMGI y la OMC. Como muestra de ello, el Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados de 1965 reconoció la capacidad de los organismos públicos para someterse a arbitraje en litigios con entidades extranjeras y la práctica apunta a que la mayoría de los Estados han autorizado el arbitraje, sujeto a aprobación en casos que involucran a sus organismos, evidenciando una evolución significativa en un tema que fue durante mucho tiempo controvertido y legalmente prohibido.

La interrelación entre los objetivos del arbitraje y las especificidades de las entidades públicas, como sus inmunidades y las consideraciones de interés público, han dado lugar a particularidades de ese modelo arbitral en relación con el arbitraje tradicional entre operadores comerciales privados; que deben ser tenidas muy en cuenta para evitar sorpresas indeseadas en su aplicación. Prueba de ello es que en los últimos tiempos se han prodigado los estudios en torno a la apreciación de esas diferencias cuyos resultados han permitido a los operadores en una concreta transacción comprobar las ventajas de esta alternativa y a los árbitros llevar a cabo los arbitrajes de manera eficaz.

Cabe preguntarse si la participación de un Estado en un arbitraje implica alguna variación sustancial respecto a la concepción tradicional de este procedimiento alternativo de resolución de controversias. En principio, para recurrir al arbitraje se requiere el consentimiento de las partes y, una vez prestado dicho consentimiento, el Estado acepta



participar de manera sustancialmente igual que su oponente privado, despojándose así de los elementos de soberanía que le confieren inmunidad en materia de jurisdicción y aceptando ser juzgado conforme a los términos del acuerdo de arbitraje. Además de las consideraciones relativas a la inmunidad soberana, se acepta generalmente que, una vez que un Estado ha consentido someterse a arbitraje y luego se niega a participar en el procedimiento, el arbitraje puede continuar de manera unilateral. Los tribunales y cortes internacionales han sostenido consistentemente que el intento de un Estado de revocar unilateralmente un acuerdo de someter las controversias a la resolución de dicho tribunal no afecta la jurisdicción del foro en cuestión. Este principio está claramente establecido en el art. 25 del Convenio del CIADI, el cual estipula: “El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

No resulta controvertido la consolidación paulatina del arbitraje como un dispositivo eficiente para la resolución de controversias en el ámbito internacional, particularmente en contratos con empresas extranjeras o transnacionales y si bien inicialmente, esta práctica fue recibida con hostilidad, con el tiempo ha prosperado y se ha asentado firmemente en la escena internacional. Actualmente se instrumenta mediante un acuerdo accesorio o se incorpora como una cláusula en el contrato principal permitiendo a las partes designar uno o varios árbitros para resolver sus controversias, utilizando procedimientos *ad hoc* o institucionales.

Por consiguiente, el arbitraje, ya sea nacional o internacional, es un medio reconocido de solución de controversias, que ha luchado por su reconocimiento y ahora goza de una considerable autonomía e independencia. Formalizado mediante una cláusula o acuerdo, el arbitraje está desvinculado del contrato básico, de modo que la impugnación de la nulidad del contrato principal no implica necesariamente la nulidad del arbitraje. No existe un vínculo material directo entre el contrato principal y la cláusula compromisoria, salvo en determinadas circunstancias. Una restricción que afecte al contrato principal tendría el mismo efecto sobre la cláusula compromisoria. En caso de nulidad del contrato principal, el árbitro tiene la competencia para pronunciarse sobre la validez de la cláusula compromisoria, ya que cualquier posible controversia, incluida la de validez, sería contractualmente de su competencia.

### 3. Estrategias

En general, cuanto más significados sean los intereses presentes en el sector público involucrado en una disputa, menos probable es que el gobierno esté dispuesto o se incline a aceptar el arbitraje, o cualquier proceso neutral de resolución de controversias alternativo. Siempre que sea factible, una técnica para continuar disfrutando de los beneficios del arbitraje en asuntos de importancia gubernamental es su fragmentación, dividiendo la disputa en sus componentes para resolver los menos importantes mediante arbitraje y los mayores con negociación u otro método de resolución de controversias. Sin embargo, en casos donde el interés gubernamental sea más marcado, la estrategia más inteligente podría ser adoptar el arbitraje para resolver toda la disputa.



Celebrar un contrato con una entidad estatal o controlada por el Estado plantea cuestiones complejas ante la posibilidad de que la actuación del Estado esté influida por turbulencias políticas, cambios en la opinión pública o inestabilidad económica, sin olvidar los riesgos de expropiación. Más concretamente, las partes comerciales también pueden enfrentarse a un trato desfavorable por parte de los tribunales nacionales, cambios legislativos o reglamentarios que afecten la relación contractual, o al incumplimiento de una garantía estatal. Ignorar estos riesgos al negociar un contrato puede tener consecuencias significativas, como la imposibilidad de entablar procedimientos contra el Estado o de ejecutar una sentencia judicial o un laudo arbitral. Así pues, los términos del contrato deben redactarse cuidadosamente e ir acompañados de una estrategia específica para eventuales controversias, pues si surge una disputa con una entidad estatal, una contraparte comercial privada deberá enfrentarse problemas jurisdiccionales si el propio Estado no es parte de la cláusula de arbitraje.

Han de ser conscientes las partes de las características distintivas de la negociación con una entidad estatal y evaluar cada caso individualmente. Una estrategia adecuada consiste en introducir flexibilidad en los contratos mediante mecanismos escalonados o de pasos múltiples, como la negociación y la mediación antes del arbitraje, pues existe la percepción de que el arbitraje podría imponer un riesgo al disminuir o negar el interés público que el gobierno debe garantizar.

También la estrategia debe reparar en que un obstáculo común es la defensa de la inmunidad soberana que protege a los Estados frente a los contenciosos internacionales, operando en dos niveles: inmunidad frente a una demanda e inmunidad en la ejecución de una solución condenatoria, obligando a contrapartes comerciales al contratar con entidades gubernamentales, a asegurarse de que se renuncia debidamente a la inmunidad del Estado tanto frente a demandas como ejecuciones. Téngase en cuenta que existen sistemas donde los Estados gozan de inmunidad total y sistemas donde solo gozan de inmunidad en asuntos soberanos.

Incluso cuando el arbitraje se admite, la resistencia puede manifestarse en tácticas obstruccionistas y conducir a los Estados a intentar evitarlo una vez surgida la disputa, invocando, por ejemplo, la inmunidad soberana y, en esta dirección, algunos Estados se han negado a comparecer ante el tribunal arbitral para mostrar su descontento con el proceso. Por otro lado, obtener un laudo arbitral contra una entidad estatal puede ser una ganancia insuficiente para el operador privado si el Estado alega la inmunidad soberana para impedir su ejecución incurriendo en gastos significativos solo para descubrir que no puede recuperar los daños. Por ello, es fundamental alcanzar una inequívoca inmunidad soberana, asegurándose de que abarque tanto la inmunidad en cuanto a la demanda como a la ejecución. Ciertamente, una cláusula de arbitraje suele ser suficiente como renuncia a la inmunidad en el primer caso y debería conferir competencia al tribunal, sin embargo, una renuncia expresa ofrece mayor protección si es clara y acorde con la legislación local para evitar obstáculos en la ejecución de laudos arbitrales, teniendo en cuenta que solo será efectiva si lo permite la legislación nacional.

En consecuencia, el recurso al arbitraje es tanto una cuestión política como jurídica y su elección no es otra cosa que una estrategia para alcanzar los objetivos de la política gubernamental. Para los operadores privados, el arbitraje puede mitigar el poder del



gobierno, por lo cual, la decisión de someterse a arbitraje debe ser cuidadosamente evaluada, sopesando las ventajas y desventajas estratégicas en comparación con otras estrategias de resolución de disputas, para asegurar que se protejan los intereses públicos y se logre una resolución justa y eficiente del conflicto.

#### IV. ARBITRABILIDAD DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL

##### *1. Admisión progresiva*

DESDE la puesta en marcha del acuerdo de arbitraje, a lo largo de todo el procedimiento y, en última instancia, en el momento de la ejecución de un laudo, la presencia de un Estado como parte en la disputa imprime una especificidad especial a todas las actuaciones, cuyo punto de partida es la cuestión de la arbitrabilidad de los CPI acerca de la cual no se registra en los distintos sistemas una respuesta uniforme. Si bien la práctica apunta hacia una flexibilizado en esta materia, en otros todavía se encuentran presentes importantes limitaciones en ciertos Estados. Ello obliga a un doble examen: por una parte, determinar a modo previo si el contrato específico es susceptible de ser sometido a arbitraje según la legislación aplicable y para ello han de considerarse de manera exhaustiva el particularismo presente en las normativas y jurisprudencias nacionales; y, por otra parte, en caso de que la respuesta sea favorable, proceder a un examen cuidadoso de la autoridad de los funcionarios públicos para obligar a sus mandantes asegurándose con ello que los representantes estatales tengan el poder legal para comprometer al Estado en procedimientos arbitrales. Sentado esto, durante el proceso arbitral, la condición de Estado de una de las partes puede plantear desafíos adicionales, tales como cuestiones de inmunidad soberana y la posible intervención de intereses públicos que puedan influir en la disputa. La ejecución de un laudo arbitral también puede enfrentar obstáculos específicos, dado que la inmunidad de ejecución es un aspecto crítico que debe ser evaluado en función de la legislación aplicable y las convenciones internacionales, como la Convención de Nueva York.

No acostumbran a tener un fundamento constitucional las eventuales reticencias a que el Estado o las entidades públicas recurran al arbitraje, al menos en los países de nuestro entorno, por lo cual su alcance puede ser modificado por el legislador y, en particular, tales reticencias ser derogadas por disposiciones legislativas explícitas; además de que el recurso al arbitraje ha sido previsto expresamente desde hace tiempo en varios tratados internacionales. La ampliación de la posibilidad de someter a arbitraje las controversias en las que participen entidades públicas, en nuevos ámbitos, no cuestionaría estas soluciones existentes, que ya permiten dicho recurso.

La arbitrabilidad de los contratos administrativos internacionales o transfronterizos dependerá de los criterios establecidos por la legislación aplicable para calificar el contrato como de Derecho público o privado. Destaca en tal sentido un instrumento de especial



relevancia en esta materia: la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional, firmada en Ginebra el 21 de abril de 1961, que reconoce la capacidad de las personas jurídicas de Derecho público para celebrar acuerdos de arbitraje y debe recordarse aquí, que desde la perspectiva de la UE, el Reglamento Bruselas I bis excluye el arbitraje de su ámbito de aplicación, y que las Directivas europeas de 2014 sobre contratos públicos y concesiones no abordan esta cuestión.

Las partes de un contrato administrativo pueden prever el recurso al arbitraje a través de la inclusión de una cláusula compromisoria en el contrato y, alternativamente, una vez surgido el litigio, acordar someterse a arbitraje mediante un convenio arbitral. Además, tienen la opción de elegir una institución arbitral que administre el procedimiento conforme a un reglamento de arbitraje, o bien, pueden designar uno o varios árbitros y establecer las normas del procedimiento, incluyendo la obligación de resolver el litigio en un plazo razonable.

Frente a las dificultades inherentes de acudir a la jurisdicción, el arbitraje internacional se presenta como una solución viable al ofrecer ventajas significativas para la resolución de litigios relacionados con contratos administrativos transfronterizos o internacionales debido a su flexibilidad y capacidad de adaptación a las características específicas del mercado en cuestión.

Tradicionalmente se ha distinguido en los contratos comerciales con participación de organismos públicos si el Estado actúa *iure imperii* (en ejercicio de su poder soberano) o *iure gestionis* (en calidad de entidad comercial). Sin embargo, esta distinción no siempre resulta satisfactoria al no abarcar adecuadamente el creciente número de contratos entre organismos públicos y partes privadas y en los últimos cuarenta años el notable incremento de los litigios relacionados con ellos ha sido impulsado por la desaparición de la doctrina de la no-arbitrabilidad, ampliándose el ámbito del arbitraje a reclamaciones relativas a la formación, interpretación y ejecución de contratos comerciales, así como a disputas con importantes implicaciones sociales. Los tribunales arbitrales internacionales ahora revisan rutinariamente controversias relacionadas con los intereses públicos, incluyendo aquellas derivadas del ejercicio de la soberanía. Al mismo tiempo factores económicos e ideológicos han promovido una mayor interacción entre los sectores público y privado, y una creciente dependencia de actores privados para funciones públicas en casi todos los Estados industrializados.

Las controversias relacionadas con temas económicos o de inversiones han sido una constante en las relaciones entre Estados desde el siglo XIX. No obstante, estas diferencias no siempre se originaron o resolvieron por medios pacíficos. La verdadera innovación radicó en la participación directa de individuos particulares, tales como inversionistas y empresas, en estas controversias con Estados, sin recurrir a la protección diplomática y presentándose directamente ante instancias internacionales. A principios del siglo XX, se produjo un avance significativo con la administración de arbitrajes por parte de la Corte Permanente de Arbitraje, al involucrar asuntos de inversiones extranjeras a través de reclamaciones diplomáticas. Resulta significativo que en la práctica de numerosos Estados se constituyeron un gran número de comisiones arbitrales, comisiones mixtas de reclamaciones y arbitrajes *ad hoc* con la finalidad de resolver decenas de controversias presentadas por extranjeros cuyos derechos de propiedad, créditos o garantías habían sido vulnerados debido a situaciones internas, tales como guerras civiles o revoluciones. Dichas circunstancias llevaron a que los Estados se vieran obligados a ofrecer una justa



compensación por las pérdidas sufridas marcando este desarrollo una transición significativa en la forma en que se manejaban las diferencias internacionales, permitiendo una mayor intervención de actores privados en la arena de resolución de conflictos económicos y sentando las bases para el moderno arbitraje internacional de inversiones.

Tras un largo período de incertidumbre, la arbitrabilidad de las controversias relativas a esta especial relación es hoy generalmente aceptada en el Derecho comparado, está plenamente reconocida por el Derecho internacional y se despliega lentamente en el sistema español.

En Europa, la aceptación del arbitraje como método para resolver litigios en contratación pública varía significativamente entre los Estados miembros. Incluso, algunos países carecen de disposiciones claras sobre la arbitrabilidad de estos contenciosos, condicionados por la transposición fiel de las directivas europeas que no mencionan el arbitraje como opción de resolución, mientras que otros o han adoptado leyes que expresamente permiten el arbitraje para disputas relacionadas con la interpretación, ejecución y resolución de contratos públicos, o han establecido sistemas híbridos donde se recurre a órganos especializados, del tipo de una Junta Arbitral de Contratación Pública.

La situación refleja una evolución hacia la aceptación y utilización del arbitraje en el ámbito de la contratación pública en Europa, aunque aún existen diferencias significativas en las regulaciones y prácticas de los Estados miembros y es previsible que este desarrollo continuará moldeando el panorama legal en los próximos años, buscando establecer soluciones más claras y consistentes en la resolución de estos litigios.

Reposa esa arbitrabilidad en varios postulados: el principio general de validez del acuerdo de arbitraje, el principio de buena fe, las necesidades de los entes públicos así como las del comercio internacional y en el principio general *pacta sunt servanda*. La consideración de la propiedad privada en manos de extranjeros y su protección no es nueva, pero la globalización actual la ha hecho mucho más habitual.

## 2. Situación del Derecho español

En el Derecho español, la fórmula del arbitraje se contemplaba en el Decreto 3637/1965, que regulaba la “contratación exterior” celebrada y ejecutada por el Estado y sus organismos autónomos fuera del territorio nacional. Concretamente su art. 5 establecía que en todos los contratos del Estado en el extranjero se incluirían cláusulas para preservar los intereses del Estado ante posibles incumplimientos del empresario, autorizar modificaciones contractuales y resolver discrepancias mediante fórmulas de arbitraje, preferentemente con sumisión a Tribunales españoles. Con posterioridad, la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, en su art. 117, también reguló la contratación exterior incluyendo una previsión sobre arbitraje. Específicamente, disponía que en los contratos con empresas extranjeras se procuraría la incorporación de cláusulas de arbitraje para resolver discrepancias, y permitía transigir previa autorización



del Consejo de Ministros. Esta norma diferenciaba entre la contratación con empresas extranjeras, que podrían incluir cláusulas de arbitraje, y con empresas españolas, que quedarían sujetas a los órganos jurisdiccionales españoles. Tanto el Decreto de 1965 como la Ley de 1995 se basaban en la autonomía de la voluntad de las partes. La aceptación de la cláusula de arbitraje o la sumisión a tribunales españoles se realizaba en el marco de las estipulaciones contractuales. Ambas normativas contemplaban la posibilidad de que la Administración ejerciera el *ius variandi*, o la facultad de modificación unilateral de los contratos, mediante negociación y cláusulas contractuales.

En el ámbito de la contratación internacional, el Consejo de Estado, ya en 1995, reconoció la plausibilidad y eficacia del sometimiento a una cláusula compromisoria (Merino Merchán, 2008, p. 723). En particular, en su Dictamen 1338/94, relativo a la adquisición de una partida de aviones Mirage y material asociado mediante contratación directa con el Gobierno de Qatar, conforme al artículo segundo del RD 1120/1977, de 3 de mayo, que regula la contratación de material militar en el extranjero, se incluyó un pacto de arbitraje en el contrato (cláusula 6ª). Este pacto establecía que las disputas serían resueltas en Lausanne (Suiza), conforme al Reglamento de Arbitraje de la CCI, por un panel de tres árbitros nombrados de acuerdo con dichas normas. Además, se designaron las leyes federales suizas como *lex contractus*, excluyendo sus disposiciones sobre conflictos de leyes.; y en el que el Alto Cuerpo Consultivo mantuvo que: "... ningún impedimento jurídico puede formularse a la inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato de esa naturaleza; ya que no está sometido, obviamente, por razón de las partes intervinientes, a las limitaciones que sobre estos particulares pudieran derivarse de la legislación interna. Y cabe establecer este sistema de dirimir sus diferencias en virtud del principio general de autonomía de la voluntad que ha de operar, con todas sus consecuencias, en el plano de las relaciones entre Estados".

Importa señalar que la Ley 11/2011 incluyó una Disposición Adicional única para regular las controversias significativas que surjan entre la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, las cuales se resolverán sin recurrir a la vía administrativa ni jurisdiccional. Esta regulación también se extendió a las controversias que se presentase entre las sociedades mercantiles estatales y las fundaciones del sector público estatal con su Ministerio de tutela, la Dirección General de Patrimonio o los Organismos o Entidades públicas que poseyesen la totalidad del capital social o dotación de aquellas. Como puede apreciarse, en este último caso no se trata de un auténtico arbitraje, sino de una comisión de resolución de conflictos que sustituye al recurso de alzada impropio, donde los conflictos entre órganos sujetos al ministerio de tutela son resueltos por el superior jerárquico.

Posteriormente es obvio que el profundo malestar gubernamental con la experiencia internacional en el sector fotovoltaico, hidráulico y termo-solar, unido al rechazo de la Comisión de la UE a los arbitrajes de inversión y la ausencia de una regulación concreta en las Directivas transpuestas, provocó la desaparición del arbitraje en el texto de la norma que ha alcanzado a blindar prácticamente todo impulso de promoción del arbitraje. Todo ello se manifestó en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. De esta suerte, en orden a los contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero la disposición adicional primera dispone que:



- “2. En los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles.
3. En los contratos con empresas extranjeras se procurará la incorporación de cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles para resolver las discrepancias que puedan surgir. Cuando no sea posible, se procurará la incorporación de cláusulas de arbitraje. En estos contratos se podrá transigir previa autorización del Consejo de Ministros o del órgano competente de las Comunidades Autónomas y entidades locales”.

No puede negarse la escéptica referencia al arbitraje expresada como segunda opción para la contratación en el extranjero, si bien en esta norma el legislador no puede ocultar la necesidad de incorporar cláusulas arbitrales dado que otorga una mayor fiabilidad a la empresa extranjera que contrate con una Administración pública española.

En el Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, que adopta medidas urgentes para incorporar diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en ciertos sectores, el art. 123 establece el arbitraje como un método ordinario para resolver conflictos relacionados con “los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos”. Por lo tanto, en sectores como agua, electricidad, transporte, puertos y aeropuertos, servicios postales, y la prospección y extracción de petróleo, gas, carbón y otros combustibles sólidos, donde esta normativa es aplicable y la entidad contratante posee derechos especiales o exclusivos, el arbitraje se emplea de manera habitual para resolver disputas surgidas durante la ejecución de los contratos. No es necesario que el arbitraje esté explícitamente previsto en la documentación contractual, aunque en estos casos, se requiere el acuerdo de ambas partes.

Lo anterior permite considerar que el legislador establece dos sistemas en función del lugar donde se celebra el contrato, distinguiendo entre aquellos que se formalicen en España y los que se formalicen y ejecuten en el extranjero, y en este último caso, a su vez, hace una diferenciación entre empresas nacionales y extranjeras.

- i) Contratos formalizados en España, las empresas se someterán a los juzgados y tribunales de justicia españoles y las controversias que pudieran surgir se sustanciarían conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, sin que exista ninguna excepción a tal precepto. Para asegurar su cumplimiento, el legislador exige que, cuando concurren empresas extranjeras, estas han de renunciar al fuero que pudiera corresponderles y declarar que se someten a los juzgados y tribunales de justicia españoles de cualquier orden.
- ii) Contratos que se formalicen y ejecuten en el extranjero, no se exige tal requisito cuando el contratista sea una empresa extranjera. En este sentido, el apartado tercero de la Disposición Adicional Primera deja como potestativa dicha eventualidad, quedando únicamente obligado el órgano de contratación a procurar incluir cláusulas de sumisión a los tribunales españoles, y cuando ello no fuera posible, a procurar la incorporación de cláusulas de arbitraje. Sin embargo, cuando las empresas sean españolas, el apartado segundo de la citada Disposición Adicional establece nuevamente la obligatoriedad de la inclusión de cláusulas de sumisión expresa a los Tribunales españoles.



Una vez admitido el arbitraje, con la limitación subjetiva previamente mencionada, es necesario determinar el procedimiento, el árbitro o la institución arbitral encargada de administrarlo. Habida cuenta que la norma remite a la LA/2003, parece suficiente incorporar el convenio arbitral en el pliego de cláusulas administrativas de la licitación. Es importante considerar que, para integrar la especificidad de la contratación administrativa en las previsiones del art. 9 LA, el contenido del contrato se forma a partir de los pliegos de cláusulas administrativas, los pliegos de prescripciones técnicas y la oferta del licitador. No parece haber impedimento para que las partes decidan someter una controversia sobrevenida a un arbitraje *ad hoc* y, en la misma dirección, los pliegos de cláusulas administrativas pueden encomendar el arbitraje a una institución arbitral, asegurando así la resolución adecuada de cualquier conflicto que pueda surgir durante la ejecución del contrato.

## V. IMPLANTACIÓN DEL ARBITRAJE

### *1. Esfuerzos para conciliar la dicotomía entre lo público y lo privado*

LA globalización y el comercio internacional han aumentado el número de arbitrajes comerciales internacionales al tiempo que paralelamente han ido evolucionando los arbitrajes donde el inversor y el Estado son partes, a partir principalmente de un sistema basado en tratados internacionales, en un primer momento esencialmente bilaterales, que en la actualidad está experimentando una profunda crisis. Habitualmente la entrada de la inversión extranjera directa en un país reposa en un contrato donde, de una parte, figura el Estado receptor o alguna entidad estatal creada en virtud de la ley de dicho un Estado a la que se confiere el control de una actividad económica y, de otra parte, un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera. La contratación pública se ha convertido en una forma de acción administrativa cada vez más importante y su regulación se caracteriza por una multiplicidad de instrumentos y fuentes jurídicas, incluidos tratados internacionales, contratos tipo y contratos modelo en cuya aplicación interviene una multiplicidad de agentes, entre ellos organizaciones internacionales, asociaciones industriales, financieros y árbitros.

El arbitraje como institución jurídica se basa en el consentimiento mutuo de ambas partes para recurrir a este mecanismo y aceptar la decisión del árbitro o tribunal arbitral. El consentimiento del Estado puede manifestarse en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), en tratados multilaterales, en contratos firmados por el propio Estado, un organismo o una empresa pública, o en la legislación nacional sobre inversiones. Por su parte, el consentimiento del inversor puede encontrarse en acuerdos o contratos de inversión, o en la propia demanda de arbitraje presentada conforme a lo previsto en tratados internacionales, ya sean multilaterales o bilaterales, o



conforme a la legislación interna de inversiones del Estado receptor. El arbitraje comercial internacional ha ejercido una influencia significativa sobre el arbitraje de inversiones, aunque este último esté desarrollando características distintivas. Una de las influencias del arbitraje comercial en el de inversiones es, probablemente, la permanencia de la libertad de elección del Derecho aplicable (autonomía conflictual), presente por ejemplo en el art. 42.1º del Convenio del CIADI. Sin embargo, el arbitraje de inversiones se está consolidando como un método de resolución de controversias en el que se aplica predominantemente el Derecho internacional.

Durante mucho tiempo, la cuestión de si los contratos entre Estados y personas de derecho privado pueden sustraerse al derecho nacional y someterse a las normas de Derecho internacional ha sido objeto de gran controversia. Sin embargo, el art. 42 del Convenio del CIADI ha dado una clara respuesta afirmativa al afirmar que “El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables”. Es cierto que el art. 42 se aplica específicamente a los acuerdos de inversión y a las controversias que puedan surgir en virtud de estos. No obstante, en el contexto actual, no existe ninguna razón por la que esta solución deba limitarse a una categoría particular de contratos estatales. En otras palabras, la norma establecida en el art. 42 puede considerarse representativa de un principio de aplicación más amplia.

Un número considerable de estos arbitrajes, comerciales o de inversiones, se origina a partir de controversias generadas en proyectos de infraestructura, pero su ámbito de actuación es mucho más amplio. Baste atender a que las instituciones administradoras de arbitraje cada vez prestan mayor atención a estas nuevas formas de conflictividad adaptando sus Reglamentos a las mismas.

En el ámbito global, se han establecido numerosos acuerdos detalladamente negociados en los cuales participan Estados y entidades estatales, alcanzando un equilibrio procesal mediante la inclusión de cláusulas de arbitraje mutuamente vinculantes. La existencia y efectividad de este componente adjudicativo fundamental en una red extensa y compleja de contratos financieros, comerciales y de inversión no puede ser ignorada por ningún tribunal internacional, pues estos acuerdos han sido creados en respuesta a las necesidades del comercio internacional, facilitando la participación activa de los Estados y las entidades privadas.

Subyacen en este argumento consideraciones políticas esenciales en el sentido de que la amplia implicación de los Estados en el comercio global exige que los árbitros hagan valer los consentimientos contractualmente acordados, incluso cuando dichos acuerdos busquen limitar la soberanía estatal. En consecuencia, puede interpretarse como un esfuerzo para conciliar la dicotomía entre lo público y lo privado, integrando el arbitraje comercial como un componente esencial del sistema gubernamental internacional.



## 2. Validez y aceptación

El arbitraje internacional, más liberal que el arbitraje nacional, dominado por el particularismo de los Estados, fomenta una cultura de contratos administrativos internacionales adecuada al contexto de la globalización de los mercados. Sin duda, el arbitraje es más rápido que un recurso contencioso administrativo ante un tribunal estatal, ya que las partes pueden fijar el plazo para que el árbitro dicte el laudo, garantizando el respeto de los derechos de defensa. La celeridad del procedimiento es beneficiosa para los cocontratantes privados, cuya estabilidad financiera puede depender de su participación en contratos públicos. Aunque el arbitraje puede ser costoso, este costo puede ser compensado por la importancia del contrato o de la concesión, tanto para la parte contratante como para el poder adjudicador

Se alinea la resolución de litigios a través del arbitraje con los intereses tanto del Estado como de la parte privada, ya que ambos prefieren evitar someter las disputas a los tribunales de la otra parte. El arbitraje ha ganado atención en contratos estatales, especialmente debido a casos importantes donde las disputas se resolvieron mediante este método. Muchos contratos firmados por Estados o entidades estatales incluyen la opción de arbitraje, como en concesiones gubernamentales y contratos de construcción, así como en la industria petrolera y en contratos con instituciones financieras internacionales.

Concretamente, entre las relaciones jurídicas derivadas de los contratos públicos y dominadas por normas de Derecho público, y los tribunales arbitrales, que constituyen una justicia privada, parece existir una relación casi contradictoria. No obstante, cada vez más Estados se muestran abiertos al uso del arbitraje en la contratación pública, buscando limitar el carácter público de estos procedimientos. Las principales razones son comprensibles. En primer lugar, los procedimientos de contratación pública implican la provisión de bienes o servicios urgentes para el Estado, lo que no permite esperar largos procesos judiciales. Además, estos litigios requieren un alto grado de especialización, lo que lleva a preferir árbitros expertos en lugar de tribunales ordinarios. La confidencialidad, más fácil de garantizar en el arbitraje, es otro factor relevante. También es significativo que la adjudicación de contratos a entidades extranjeras puede resolverse con el concurso de tribunales arbitrales internacionales, cuya práctica es más accesible que la de los tribunales nacionales. Finalmente, los contratos públicos a menudo requieren una comprensión de las condiciones económicas y de mercado, donde los árbitros privados pueden ser más flexibles que los tribunales.

En la práctica, no parece haber un método de arbitraje favorito. A menudo, la elección del arbitraje está acompañada por la obligación de las partes de intentar primero llegar a un acuerdo. Aunque el arbitraje *ad hoc* cuenta con gran aceptación, muchos contratos estatales eligen instituciones tradicionales de arbitraje como la CCI, conocidas por su experiencia en arbitrajes con Estados.

El arbitraje de la CCI es frecuentemente empleado por Estados y entidades estatales. Aproximadamente el 10 por ciento de los arbitrajes administrados por la CCI involucran a un Estado o a una entidad estatal y abarcan una amplia gama de casos, cubriendo tanto controversias comerciales como de



inversión. Las reclamaciones derivadas de contratos comerciales configuran el mayor volumen de diferencias de casos que involucran a Estados o entidades estatales. Dentro de estos contratos comerciales, los tipos más comunes son aquellos relacionados con la construcción, el mantenimiento y la operación de instalaciones o sistemas. (CCI, "Arbitraje que Involucra Estados y Entidades Estatales bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI", 2012).

Antes de la creación del CIADI, muchos procedimientos arbitrales importantes sobre contratos estatales se realizaban mediante arbitraje *ad hoc*, insistiéndose en ocasiones que la sede del arbitraje estuviese en el territorio del Estado.

Hoy en día, se acepta que cuando un Estado o entidad estatal se somete a arbitraje, esta elección es válida, salvo limitaciones impuestas por leyes nacionales, lo cual contrasta con actitudes de hace algunas décadas, cuando se sugería que un Estado podía ignorar un acuerdo de arbitraje firmado. Sin embargo, persiste cierta resistencia al arbitraje, especialmente en "Estados en desarrollo", que a menudo ven el arbitraje internacional como una elusión de la autoridad estatal, y si bien esta resistencia ha disminuido, sigue siendo fuerte en algunos países donde el arbitraje no está permitido para contratos gubernamentales.

En conclusión, aunque el arbitraje ofrece ventajas claras para resolver disputas en contratos estatales, su implementación enfrenta desafíos y resistencia que deben ser manejados cuidadosamente para asegurar su efectividad.

En el marco de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, su art. I.1° establece que la Convención es aplicable a los laudos arbitrales que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas, debiendo entenderse incluido al Estado y sus organismos públicos, como evidenciaron los trabajos preparatorios y se demuestra reiteradamente en la ejecución de laudos de inversiones al margen del CIADI. La única forma de arbitraje regulado en el Convenio sobre arreglo de diferencias relativa a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 es aquella que tiene como partes a un inversor privado y un Estado contratante o una subdivisión política u organismo público acreditado por éste. Por el hecho de incorporarse a este instrumento los Estados signatarios muestran claramente que el obstáculo de la falta de subjetividad arbitral de los Estados se encuentra prácticamente superado. Según su art. 25.1° de este instrumento el Estado Contratante puede designar subdivisiones u organismos públicos para que actúen como parte en el procedimiento arbitral, otorgándoles capacidad jurídica propia ante el Centro.

No obstante, el consentimiento de estas entidades deberá estar sujeto a aprobación del Estado.

- i) Los Tratados internacionales de inversión contemplan la posibilidad del Estado de someter las sus controversias a arbitraje, sea del CIADI, otras instituciones arbitrales, o al arbitraje *ad hoc* con arreglo a las reglas de arbitraje de la UNCTRAL.
- ii) Según la resolución del *Institut de Droit International* sobre "Arbitraje entre Estados, entidades estatales o empresas extranjeras", adoptada el 12 septiembre 1989, en la sesión de Santiago de Compostela: "Un Estado, una empresa estatal, o una



entidad estatal no pueden invocar su incapacidad para concertar un acuerdo de arbitraje como motivo para negarse a participar en un arbitraje al que ha dado su consentimiento”.

- iii) Numerosas legislaciones estatales han venido a reconocer expresamente tal posibilidad. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que ésta no se recoge siempre en las leyes de arbitraje. Como excepción cabe referirse al art. 2.2º LA/2003, sobre la imposibilidad para el Estado y los organismos públicos de invocar los privilegios de su propia ley para evitar el arbitraje, que en Derecho interno puede ser contrario a los principios del Derecho administrativo. Según los términos del precepto, cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, “esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral”.

## VI. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS PROBLEMAS EN PRESENCIA

### *1. Negociación del contrato*

A modo previo, la eficacia de los CPI requiere la existencia de una determinada disposición en las técnicas de contratación para asegurar la eficiencia, transparencia y legalidad en los procesos negociador, con el objetivo de proporcionar a los órganos de contratación las herramientas necesarias para desarrollar estrategias coherentes con la planificación y objetivos estratégicos de la organización a la que pertenecen. Para facilitar la elaboración de estas destrezas, es fundamental ofrecer guías de buenas prácticas que incluyan principios y metodologías probadas, que abarquen desde la identificación de necesidades hasta la ejecución y monitoreo de los contratos, asegurando que cada etapa del proceso esté alineada con las metas organizacionales y el marco legal aplicable. Las guías de buenas prácticas deben incluir, entre otros aspectos: a) orientaciones sobre cómo integrar la estrategia de contratación con la planificación general de la organización, asegurando que las adquisiciones contribuyan al logro de sus objetivos a largo plazo, b) métodos para realizar un análisis exhaustivo del mercado, identificando oportunidades y riesgos, y evaluando la capacidad de los proveedores potenciales; c) recomendaciones para diseñar procesos de licitación que fomenten la competencia leal, la transparencia y la obtención de la mejor relación calidad-precio; d) directrices para identificar, evaluar y gestionar riesgos asociados con la contratación, minimizando el impacto de posibles contingencias; y, e) herramientas para el seguimiento y evaluación de los contratos, asegurando que se cumplan los términos acordados y se alcancen los resultados esperados. Al promover la adopción de estas guías de buenas prácticas se facilita a los órganos de contratación del Estado y a los asesores de las empresas extranjera el desarrollo de estrategias bien fundamentadas y alineadas con la misión y visión de la organización. Esto



no solo mejora la eficiencia y la transparencia en la gestión de los recursos públicos, sino que también contribuye a generar confianza en los procesos de contratación pública y a maximizar el valor obtenido de cada transacción.

Desde la perspectiva del negociador estatal junto a las habilidades apuntadas resulta esencial para desenvolverse con soltura en los complejos procesos que conlleva la contratación pública contar con una especialización en gestión y negociación. Por esa razón los intervinientes han de estar capacitados para negociar eficazmente con proveedores, gestionar proyectos de gran envergadura y asegurar que los contratos se ejecuten conforme a los términos acordados. Debe contarse, pues, con personal altamente especializado dentro de la estructura de los órganos de contratación para garantizar la eficacia y la legalidad de los procesos de contratación pública. Aspectos fundamentales como la profesionalización del personal, su formación continua, un cierto grado de independencia y una especialización en gestión y negociación son elementos clave que deben ser integrados en cualquier órgano de contratación. Ello implica, de un lado, la profesionalización de los individuos encargados de la contratación, con constancia de que posean conocimientos y habilidades específicos en esta área, adquiridos mediante una educación formal y experiencia práctica, para asegurar que las decisiones tomadas sean informadas y alineadas con las mejores prácticas y normativas vigentes; y, de otro lado, la formación continua para mantener al personal actualizado respecto a los cambios legislativos, tendencias del mercado y nuevas tecnologías. Esto no solo mejora la competencia técnica del personal, sino que también incrementa su capacidad para innovar y adaptarse a nuevos desafíos. Para evitar influencias indebidas y garantizar que los procesos de contratación sean justos y transparentes ha de asegurarse la independencia en la toma de decisiones mediante la implementación de mecanismos que protejan a los funcionarios de presiones externas y conflictos de interés.

En conclusión, la incorporación de estos elementos en la estructura de los órganos de contratación no solo mejora la eficiencia y la transparencia de los procesos de contratación pública, sino que también protege los intereses del Estado y de la ciudadanía, asegurando que los recursos se utilicen de manera óptima y responsable.

Como señala la Directiva 2014/24/UE en sus cdo. 121 “una mejor orientación, información y apoyo a las entidades adjudicadoras y los agentes económicos podría también contribuir en gran medida a hacer más eficiente la contratación pública gracias a la posesión de mejores conocimientos y de una mayor certidumbre jurídica y a la profesionalización de las prácticas de contratación”. Siguiendo esta orientación, la Comisión Europea, inició un proceso dirigido a la mejora en la profesionalización de quienes han de actuar en el mercado de la contratación pública, destacando, la Recomendación (UE) 2017/1805, de 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública.

Habida cuenta que los gobiernos son los principales clientes de bienes y servicios, las empresas extranjeras que deseen participar en las oportunidades de contratación han de negociar el contrato en pie de igualdad con el co-contratante estatal. Esto ha dado lugar a la inclusión de disciplinas de contratación en los acuerdos comerciales y a la admisión buenas prácticas reguladoras acordadas internacionalmente a través de una combinación dinámica de normas bilaterales, regionales, plurilaterales e internacionales sobre contratación pública conducente a una aceptable convergencia de políticas y enfoques, *v.gr.*: a)



promover la eficiencia económica en los procesos de obtención de bienes, servicios y suministros para el sector público; b) apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación; o, c) promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública.

En este marco, los CPI incluyen tanto cláusulas de Derecho aplicable como cláusulas de arbitraje y, como se ha indicado, cláusulas de estabilización, que pueden ser más eficaces cuando van unidas a un acuerdo de arbitraje, que intenta garantizar que los litigios no se someterán a los tribunales del Estado en cuestión. Ciertamente, si el contrato estipula que las disputas deben someterse a estos tribunales, hay pocas probabilidades de que la cláusula de estabilización tenga algún efecto, pues el régimen de estabilización del contrato será efectivo solo si proporciona a la empresa extranjera acceso a un foro neutral con la autoridad para emitir laudos ejecutorios. En el caso de que el único recurso previsto en la cláusula de estabilización del contrato solo permita recurrir a los tribunales del Estado contratante, la suerte del referido contrato queda atrapado en el ordenamiento jurídico local y al albur de que dichos tribunales sean capaces de fallar en contra de su gobierno.

## 2. *Ámbito del convenio arbitral*

### A) Particularidades

Semejante riesgo obliga a prestar una atención especial a la cláusula arbitral inserta en el contrato y superar una práctica a descuidarla o a admitir que sea impuesta por el Estado, quien optará estratégicamente por un juez local o un arbitraje proclive a sus intereses. Dicha cláusula puede incluirse en el contrato principal o establecerse por separado como un acuerdo arbitral, ambos con efectos jurídicos equivalentes. En los contratos públicos, aunque las partes puedan recurrir a mecanismos de solución de diferencias establecidos en tratados, no es infrecuente optar por un arbitraje pactado, de ahí la importancia de esta materia.

Una de las grandes ventajas del empleo del arbitraje internacional es situar la validez de la cláusula arbitral fuera del control del Estado parte en el contrato, aumentando las posibilidades de ejecución de los laudos. Baste atender a que la Convención de Nueva York permite la ejecución de laudos arbitrales extranjeros en más de 150 países, incluso contra propiedades gubernamentales, sujetas a las normas de inmunidad soberana, lo cual fortalece los contratos transfronterizos. Y a esta ventaja debe añadirse la acción del denominado “principio de separabilidad” según la cual la nulidad del contrato principal no afecta a la validez de la cláusula de arbitraje, delegando al tribunal arbitral la decisión sobre su validez (principio de *kompetenz-kompetenz*), reforzando con ello la independencia de la cláusula de arbitraje del contrato principal, especialmente frente a modificaciones unilaterales por parte de gobiernos.

Una elección inapropiada o impuesta de una cláusula de esta naturaleza, podría romper el equilibrio económico del contrato y ocasionar incluso, que todas las cláusulas que hubiesen sido meticulosamente negociadas carezcan de valor en la práctica. Entre los



extremos que los negociadores deben reparar está la opción por un arbitraje administrado por un centro especializado (Fernández Pérez, *supra*) y si persisten en esta actitud, dichos centros deberán admitir la modificación de sus cláusulas modelo para incorporar una serie de variables específicas de este sector contractual. Entre otras cabe referirse a las siguientes: a) la preferencia a que el número de árbitros sea de tres; b) la posibilidad de que el presidente del tribunal sea elegido por los árbitros designados por cada parte o por las propias partes y no por el centro administrador del arbitraje; c) la ampliación del plazo para el nombramiento de árbitros; d) la inaplicación de las reglas sobre el árbitro de emergencia; y e) el mantenimiento de la confidencialidad de la existencia del arbitraje, del procedimiento arbitral, de las presentaciones hechas por las partes y de las decisiones tomadas por el tribunal arbitral, incluyendo sus laudos, excepto cuando lo exija la ley aplicable.

## B) Redacción

En la etapa de negociación, las partes acostumbran a poner especial énfasis en las obligaciones sustanciales del negocio subyacente, en detrimento de la cláusula de resolución de controversias que, en definitiva, será aquella que defina quien juzgará el cumplimiento o incumplimiento de dichas obligaciones. Por eso resulta prioritario, si se opta por el arbitraje, asegurar que la cláusula de arbitraje se negocie de manera libre o, al menos, con pleno conocimiento de causa. Para lograr esto cuando la celebración de un contrato requiera la aprobación o autorización de un órgano deliberante, la cláusula compromisoria deberá ser objeto de una decisión individualizada por parte de dicho órgano y, en todo caso, su conclusión debería ser sometida a una deliberación independiente y, por tanto, a un debate específico, con el fin de que la parte estatal se comprometa con pleno conocimiento de causa.

La redacción de la cláusula es de la mayor importancia, porque lo más distintivo del arbitraje como modalidad de resolución de controversias, es su premisa más fundamental: la autonomía de las partes. Resulta, pues, muy conveniente que los abogados, especialmente aquellos que representan a la Administración pública, dediquen una preparación minuciosa y una atención meticulosa a la redacción de la cláusula de arbitraje y al régimen arbitral en general. En el contexto gubernamental, ciertos aspectos pueden ser tan importantes que desaconsejen el uso del arbitraje. Al optar por el arbitraje, los abogados del gobierno podrían estar renunciando a poderes, salvaguardias o derechos exclusivos del Estado, por lo que es vital evaluar estos elementos cuidadosamente antes de tomar una decisión y no debe olvidarse que la inclusión de una cláusula de arbitraje en un contrato elimina por completo la cuestión de la inmunidad soberana.

Cada indicación propuesta en la redacción de una cláusula arbitral debe ser cuidadosamente analizada por sus posibles repercusiones. El abuso del proceso puede manifestarse de manera sutil y aparentar ser inocente, por eso en el contexto del arbitraje que involucra al Estado, ha de examinarse cualquier parámetro relacionado con el alcance del arbitraje en función del sector público y los objetivos gubernamentales. La jurisprudencia revela que la negligencia en la redacción de la cláusula arbitral puede tener consecuencias muy negativas. Resulta habitual que los abogados pasen por alto las posibles implicaciones de un arbitraje desde el inicio de una relación contractual, incluso en bufetes de abogados de



prestigio, y no perciban la importancia del contenido de la cláusula arbitral hasta que ya es demasiado tarde.

En contraste con el litigio judicial, las partes que eligen el arbitraje pueden controlar todo el proceso de resolución de controversias, a través de la redacción del acuerdo de arbitraje. Para su redacción del acuerdo de arbitraje y el establecimiento de su alcance debe tenerse en cuenta si debe abarcar toda una relación contractual o solo aspectos particulares y si debe redactando antes de que una disputa haya surgido con posterioridad cuando la controversia ya haya surgido. Las partes pueden designar el alcance de la competencia del tribunal arbitral y establecer el régimen relativo a los costes, incluyendo un tope o un rango alto-bajo en la cantidad que puede ser concedida por el árbitro. Todo el fondo y el proceso están sujetos al consentimiento de las partes al establecer el arbitraje como el medio para resolver su disputa, pudiendo éstas determinar el Derecho sustantivo y procesal que rige tanto el proceso de arbitraje como el fondo de la disputa. Y entre otras opciones figura la determinación del arbitraje será administrado por una institución arbitral o adoptará la forma de arbitraje *ad hoc*, y el establecimiento de los plazos.

### C) Efectos

Una cláusula de solución de controversias dentro de un CPI otorga certidumbre a las partes y seguridad jurídica para el cumplimiento o ejecución en las condiciones y términos pactados. Los requisitos de igualdad de trato, no discriminación y transparencia garantizan la competencia leal entre las empresas licitadoras y evitan la corrupción y el clientelismo. Como afirma el preámbulo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público como objetivos que inspiran esta regulación figuran, en primer término, lograr una mayor transparencia en la contratación pública y, en segundo lugar, la consecución de una mejor relación calidad-precio. Pero pueden incorporarse otros postulados como aquéllos referidos a la sostenibilidad, en particular criterios medioambientales, sociales e innovadores, al tiempo que la adjudicación de contratos públicos puede servir también para realizar ciertos objetivos políticos y estratégicos.

El Estado obligado por una cláusula compromisoria tras un proceso de negociación internacional, debe, por una parte, hacer honor a su firma y, por otra, someterse a las reglas del comercio internacional, ejecutando de buena fe el acuerdo que ha suscrito. En orden a la posibilidad de que las entidades públicas se sometan a arbitraje comercial internacional debe tenerse en cuenta que, al margen de lo previsto en ciertos convenios internacionales la obligatoriedad para los Estados parte de comprometer los entes administrativos en el arbitraje cada vez adquiere mayor aceptación siguiendo los dictados del art. II del Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, según el cual "... las personas morales consideradas por la ley a ellas aplicable como 'personas morales de Derecho público', estarán facultadas para concertar válidamente acuerdos o compromisos arbitrales".

Muchas cuestiones surgen cuando un Estado está involucrado en un arbitraje. Por ejemplo, si un demandante que ha firmado un contrato con una empresa estatal puede



dirigir su solicitud de arbitraje contra el Estado, materia ampliamente debatida, *v.gr.* en el asunto *Westland Helicopters v. Arab Organization for Industrialization y otros* (Asunto CCI nº 3879/AS, 1993). Y otra cuestión es si es posible resolver controversias de varios contratos estatales ante un único tribunal arbitral, especialmente en proyectos grandes como la construcción de autopistas o plantas eléctricas. En todo caso, la práctica arbitral se mueve entre dos corrientes: la extensión del convenio arbitral al Estado, aunque éste no haya firmado el contrato, o limitar la aplicación de dicho convenio a las entidades suscriptoras del contrato cuando posean personalidad jurídica propia. Como solución se apunta a que el papel desempeñado por el Estado en el momento de la conclusión, durante la ejecución, o en relación con la terminación del acuerdo, es un factor determinante para que los árbitros adopten una decisión al respecto, lo que no excluye atender a otros elementos fácticos que evidencien la existencia una intención contractual y no simplemente una intervención del Estado en el contexto de su autoridad reguladora o supervisora.

## VII. CONSIDERACIONES FINALES

LA globalización y la expansión de los mercados emergentes han incrementado la participación de los Estados y entidades estatales en las transacciones comerciales internacionales, lo que ha llevado a la necesidad de internacionalizar los contratos estatales, buscando esta internacionalización evitar la parcialidad de los tribunales nacionales y neutralizar la superioridad de las instituciones estatales mediante el uso de cláusulas contractuales como las de estabilización, elección de ley y arbitraje. Estas cláusulas permiten alejar la relación contractual del Derecho interno del Estado, garantizando una protección justa y equitativa de los derechos de las partes.

El arbitraje se ha adoptado en la contratación pública internacional como un método eficiente y neutral para resolver disputas, siendo el mecanismo preferido debido a su urgencia, especialización, confidencialidad y flexibilidad. Sin embargo, existen críticas hacia esta alternativa, principalmente por la percepción de pérdida de soberanía estatal y los costos financieros asociados. La aceptación del arbitraje en contratos públicos ha sido gradual y varía entre diferentes sistemas jurídicos, pero en general, se reconoce cada vez más como un medio válido para resolver disputas contractuales.

Los contratos con entidades estatales presentan desafíos particulares debido a la posible inestabilidad política y económica, por lo que deben negociarse y redactarse cuidadosamente las cláusulas de arbitraje para asegurar que sean efectivas y respeten la soberanía estatal. Las partes deben considerar estrategias como la inclusión de cláusulas de estabilización y elección de ley para proteger sus intereses, lo cual requiere un enfoque meticuloso y una comprensión profunda de las complejidades legales involucradas, siendo indispensable una investigación detallada sobre la arbitrabilidad del contrato y la autoridad de los funcionarios públicos participantes en el contrato, así como anticipar y abordar los desafíos que pueden surgir durante el procedimiento arbitral y la ejecución del laudo.



Los acuerdos que prevén la solución arbitral de las controversias derivadas de contratos entre soberanos extranjeros y partes contratantes privadas se han consolidado como una característica permanente del comercio transnacional, atribuyéndose esta preferencia especial por la solución arbitral, en lugar de la judicial, para resolver controversias contractuales estatales a diversas razones, algunas tradicionales y otras, resultado de la evolución contemporánea.

Tradicionalmente, el arbitraje ha resultado atractivo debido a la especialización y experiencia que pueden aportar los árbitros, quienes a menudo son expertos en el campo específico de la disputa, garantizando esta especialización que las controversias sean resueltas con un alto grado de competencia y conocimiento técnico. Además, la confidencialidad inherente al proceso arbitral, al evitar la publicidad de las controversias, puede aumentar la disposición de la parte perdedora a cumplir con el laudo, dado que se minimiza el riesgo de daños reputacionales. En el contexto contemporáneo, la evolución del comercio transnacional ha resaltado aún más las ventajas del arbitraje. La capacidad del arbitraje para ofrecer una resolución más rápida y flexible en comparación con los tribunales tradicionales se ha convertido en uno de los componentes esenciales en un entorno comercial globalizado y acelerado. Por si fuera poco, la ejecución de los laudos arbitrales, facilitada por la Convención de Nueva York, asegura que las decisiones arbitrales sean reconocidas y aplicables en más de 150 países, incluyendo contra propiedades gubernamentales, sujetas a las normas de inmunidad soberana.

En resumen, la preferencia por la solución arbitral en controversias contractuales estatales es el resultado de una combinación de factores tradicionales y contemporáneos que hacen de la misma un mecanismo altamente efectivo y eficiente en el ámbito del comercio transnacional. En efecto, el arbitraje proporciona una herramienta útil para resolver disputas en el ámbito de la contratación pública, promoviendo la eficiencia y la justicia. La evolución del Derecho internacional y la aceptación creciente del arbitraje indican que este método continuará siendo una opción viable para la resolución de conflictos en transacciones comerciales internacionales. Con todo, la integración del arbitraje en la contratación pública debe manejarse con cuidado para equilibrar los intereses públicos y privados sin comprometer la soberanía estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVIK, I., *Contracting with Sovereignty State Contracts and International Arbitration*, Hart Publishing, 2011.
- AUDIT, M. y SCHILL, S. (eds.), *The Internationalization of Public Contracts*, Bruselas, Bruylant, 2016.
- BÖCKSTIEIGEL, K.-H., *Arbitration and State Enterprises: Surveys on the National and International State of Law and Practice*, Deventer, Kluwer, 1984.
- BOWETT, D.W., "State Contracts with Aliens: Contemporary Developments on Compensation for Termination or Breach", *British Yearb. Int'l L.*, vol. 59, nº 1, 1988, pp. 49-74.



- BRACONNIER, S., "Arbitrage et contrats publics d'affaires: Vers la consécration d'un principe d'arbitralité", *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du prof. Michel Guibal*, t. 2, Presses Universitaires de Montpellier, 2006, pp. 32 ss.
- BROWER, C.N., "Arbitrating Against Foreign Governments", *J. Transnat'l L. & Pol'y*, 1997, 6, pp. 189–196.
- CARVER, J.P., "The strengths and weaknesses of international arbitration involving a State as a party: practical implications", *Arb. Int'l.*, vol. 1, n° 2, 1985, pp. 179–187.
- CREMADES, B.M., "Entidades paraestatales en el arbitraje de protección de inversiones", *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 631–641.
- CREMADES, B.M., "Participación de los Estados en el arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. III, 2010, n° 3, pp. 655–674, esp. pp. 662–663.
- DELAUME, G.R., "Arbitration with Governments: 'Domestic v. International' Awards", *The International Lawyer*, vol. 17, 1983, pp. 687–698.
- DELAUME, G.R., "Comparative Analysis as a Basis of Law in State Contracts: The Myth of the Lex Mercatoria", *Tul. L. Rev.*, vol. 63, 1988–1989, pp. 575 ss.
- DELAUME, G.R., "State Contracts and International Arbitration", *Am. J. Int'l L.*, vol. 75, 1981, pp. 784–819.
- DELAUME, G.R., "The Myth of the Lex Mercatoria and State Contracts", *Lex Mercatoria and Arbitration: A Discussion of the New Law Merchant* (T.E. Carboneau, ed), Dobbs Ferry, N.Y., Transnational Juris Publications, 1990, pp. 77–98.
- DOMKE, M., "Arbitration Between Government Bodies and Foreign Private Firms", *Arbitration Journal*, vol. 17, 1962, pp. 129–144.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Sistema de Derecho económico internacional*, Cizur Menor, Thomson – Reuters, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "Internacionalismo versus mercatorismo en la especialización del arbitraje internacional", *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. V, n° 1, 2012, pp. 37–90.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., "La dualidad arbitraje administrado / arbitraje *ad hoc* en las controversias internacionales", *Anuario de Arbitraje*, 2024 (en prensa).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A., "Participación del Estado y de los entes públicos en el arbitraje comercial internacional", *Arbitraje comercial internacional. Un estudio de Derecho comparado* (S.A. Sánchez Lorenzo, dir.), Cizur Menor (Navarra) Civitas-Thomson-Reuters, 2020, pp. 159–220.
- FOX, H., "States and the Undertaking to Arbitrate", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 37, n° 1, 1988, pp. 1–29.
- HO, J., "Front cover image for Internationalisation and State Contracts: are State Contracts the Future or the Past?", *Alternative visions of the international law on foreign investment: essays in honour of Muthucumaraswamy Sornarajah*, Cambridge University Press, pp. 2016, pp. 377–402.
- HOBÉR, K.I., "Arbitration Involving States", *The Leading Arbitrators' Guide to International Arbitration* (L.W. Newman y R.D. Hil, eds.). 2ª ed., JurisNet, 2008, pp. 651 ss.



- HOEKMAN, B., “International Cooperation on Public Procurement Regulation”, *The Internationalization of Government Procurement Regulation* (A.C. Georgopoulos, et al, eds.), Oxford University Press, 2017, pp. 568–602.
- JACQUET, J.-M., “Des contrats d’État aux contrats d’investissement: continuité et discontinuités”, *Journ. dr. int.*, vol. 147, 2020, pp. 1–39.
- LALIVE, P., “Raison d’État et arbitrage international”, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century: Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns Verlag, 2001, pp. 469–475.
- LEBEN, C., *La théorie du contrat d’État et l’évolution du droit international des investissements*, Leyden y Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.
- MAYER, P., “La neutralisation du pouvoir normatif de l’État en matière du contrat d’État”, *Journ. dr. int.*, 1986, pp. 5–78.
- MANIRUZZAMAN, A.F.M., “State contracts in contemporary international law: monist versus dualist controversies”, *Eur. J. Int’l L.*, vol. 12, n° 2, 2001, pp. 309–328.
- MERINO MERCHÁN, J.F., “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”, *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. I, n° 3, 2008, pp. 723–768.
- SORIANO HINOJOSA, Á., “La inmunidad del Estado y el arbitraje administrativo internacional”. *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. IX, n° 1, 2016, pp. 97–174.
- SORIANO HONOJOSA, A., *Arbitraje y Derecho público. Perspectiva interna e internacional* (Tesis Doctoral), Madrid, Universidad Complutense, 2020, p. 277.
- VAN HARTEN, G., “The Public–Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims against the State”, *Int’l Comp. L. Q.*, vol. 56, n° 2, 2007, pp. 371–394.
- VERHOEVEN, J., “Droit international des contrats et droit des gens”, *Rev. belge dr. int.*, vol. XIV, 1978–79, pp. 209–230.

